

Número 44, Época II, enero 2021



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



Dykinson, S.L.
EDITORIAL

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA

**DERECHOS Y
LIBERTADES**
#44

REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO y DERECHOS HUMANOS

DERECHOS Y LIBERTADES

Número 44, Época II, Enero 2021



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO 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 III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2020.

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 PECES-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 CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (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 PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (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 SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

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
--------------------------------	----

ARTÍCULOS

El posthumanismo no es un humanismo	17
<i>Posthumanism is not an humanism</i>	

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Desigualdades complejas y entrelazadas: una propuesta de tratamiento jurídico-político	41
<i>Complex and intertwined inequalities: a proposal for a legal-political treatment</i>	

RAÚL SUSÍN BETRÁN

Derechos humanos y las entidades no humanas: algunas reflexiones sobre las corporaciones	81
<i>Human rights and non human entities: a few thoughts on corporations</i>	

MIGLE LAUKYTE

Crítica de la legitimidad del Derecho en tiempos de exclusión social. Repensar la responsabilidad del Estado desde el vínculo social de la ciudadanía	101
<i>Criticism of the legitimacy of Law in times of social exclusion. Rethinking the responsibility of the State from the social bond of citizenship</i>	

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

La tesis de la única respuesta correcta en Ronald Dworkin137
Ronald Dworkin's one right answer thesis

GIORGIO RIDOLFI

**Amnistías y Derecho internacional en perspectiva histórica:
 Bartolomé de las Casas vs. Hugo Grocio**167
*Annisties and international Law from an historial perspective:
 Bartolomé de las Casas v. Hugo Grocio*

VÍCTOR M. SÁNCHEZ

**José Luis López-Aranguren: democracia, moral, juventud
 y educación universitaria**209
José Luis López-Aranguren: democracy, moral, youth and university education

JOAN CARLES RINCÓN VERDERA

**El derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción:
 una contribución desde Latinoamérica**237
*The fundamental right to a corruption-free society:
 a contribution from Latin America*

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

Identificando derechos fundamentales en la Constitución española277
Identifying fundamental rights in the Spanish Constitution

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS

**Los delitos contra la libertad sexual de menores cometidos
 por miembros de confesiones religiosas**317
*Crimes against sexual freedom of minors committed
 by members of religious confessions*

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS

RECENSIONES

- Rafael DE LORENZO GARCÍA y Luis Cayo PÉREZ BUENO,
Fundamentos del Derecho de la Discapacidad353
RAFAEL DE ASÍS
- José María ALONSO SECO,
La política social como realización de derechos sociales.357
JOSÉ LUIS REY PÉREZ
- Fernando REY MARTÍNEZ,
Derecho antidiscriminatorio363
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
- Silvia SALARDI
Lo sport come diritto umano nell'era del post-humano......373
RAFAEL DE ASÍS
- Eduardo C.B. BITTAR,
Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça379
MICHELE ZEZZA

NOTICIAS

- El Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba”
sigue un año más trabajando en la defensa de los derechos391
LARA LUCÍA CUENCA GÓMEZ
- Webinar internacional “Struggles for recognition.,
cultural pluralism and rights of minorities”,
Universidad Carlos III de Madrid, 16 julio-4 agosto 2020393
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
- CV de los participantes**395

NOTA DEL DIRECTOR

El número 44 de “Derechos y Libertades” se inaugura con un trabajo de Antonio Enrique Pérez Luño. En *El posthumanismo no es un humanismo* emprende la tarea de mostrar la oposición existente entre el paradigma de la tradición cultural humanista y las principales tesis y postulados que actualmente defiende el posthumanismo. En este empeño, se analizan las respectivas respuestas que el humanismo y el posthumanismo ofrecen a las tres grandes preguntas que han compendiado, a lo largo de su historia, el significado de la filosofía: ¿cómo se conoce la realidad?; ¿qué son y cómo se explican el mundo y la vida?; ¿cuál es la mejor forma de vivir? Al mismo tiempo se estudian, asimismo, determinados motivos de la ambigüedad del proyecto de deshumanización posthumanista, para concluir con la exposición de los argumentos que avalan la persistencia de los valores, principios y derechos del humanismo, actualizados en función de las exigencias de nuestro tiempo.

En *Desigualdades complejas y entrelazadas: una propuesta de tratamiento jurídico-político*, Raúl Susín defiende que la pluralidad y diversidad de nuestras sociedades hace necesario pensar formas complejas de tratamiento jurídico-político de la desigualdad. Para ello, a partir del comentario de una actuación normativa vinculada con el velo islámico integral, que al no compartir lo anterior provoca efectos negativos, el autor propone una concepción de la justicia que integre redistribución y reconocimiento, al tiempo que se reivindica la importancia del diálogo y la incorporación de nuevas perspectivas como la interseccionalidad.

Por su parte, Migle Laukyte se pregunta si los derechos humanos pueden atribuirse a las personas no humanas, y en específico, a las corporaciones. En *Derechos humanos y las entidades no humanas: algunas reflexiones sobre las corporaciones* se analiza tal posibilidad desde tres perspectivas. Por una parte, se atiende a la relación entre los derechos humanos y las corporaciones a través de la libertad de empresa como derecho fundamental; por otra, se observa el proceso de “humanización” de la corporación en los tribunales; en fin, se explica que reconocer los derechos humanos a no humanos no siempre es prejudicial para las personas humanas.

Asier Martínez de Bringas aborda dos aspectos básicos del desarrollo contemporáneo de los derechos: migraciones y pueblos indígenas. En el trabajo *El impacto de los procesos migratorios sobre los derechos de los pueblos indígenas. Retos y desafíos para una política migratoria indígena* se propone un análisis de las características estructurales que definen la sociedad de la modernidad tardía, para entender cómo estos cambios en la configuración social determinan la manera de entender la política criminal y el Derecho penal frente a los procesos de exclusión. A partir de ahí se analiza la desintegración del necesario vínculo que tiene que darse entre Estado de Derecho y ciudadanía con derechos, fractura, que en la medida que es coadyuvada por el Estado en la producción de las condiciones materiales de exclusión, pondrían poner en tela de juicio la legitimidad de un Estado para castigar al excluido.

Una figura clave en el panorama iusfilosófico contemporáneo, como Ronald Dworkin, constituye el centro de atención del artículo de Giorgio Ridolfi. En *La tesis de la única respuesta correcta en Ronald Dworkin*, se analizan las presentaciones de dicha tesis en alguna de las obras más representativas del pensamiento del autor norteamericano. En el trabajo se intenta esbozar una lectura unitaria de “Los derechos en serio” y “El imperio de la justicia” basándose en los rasgos fundamentales del realismo jurídico y de algunas versiones del positivismo. Y se confronta esta interpretación con el asunto de la tolerabilidad, como mucho teórica, del Derecho injusto, que ella parece admitir.

En el siguiente artículo Víctor M. Sánchez asume un punto de vista histórico para plantear aspectos teóricos de la institución de la amnistía. En el trabajo *Amnistías y Derecho Internacional en perspectiva histórica: Bartolomé de las Casas vs. Hugo Grocio*, el autor se plantea la cuestión del conflicto de valores que implica toda amnistía: ¿cuál es el “bien” a priorizar en las circunstancias que facilitan la propuesta de amnistías?; ¿castigar penalmente los ilícitos más graves u ofrecer puentes de plata que faciliten la paz a costa de la obligación de castigo? Se analizan dos propuestas que supusieron una racionalización la ‘validez’ filosófico-jurídica de esta figura en el pensamiento occidental. Si Las Casas formuló la primera teorización sobre la validez limitada de las amnistías a partir de su teoría del ‘pacto social’, un siglo después Grocio respondió con la teoría del ‘dominio eminente’ del soberano que propugnaba la validez de cualquier amnistía fijada en tratados por razón de su utilidad pública.

La figura de José Luis López Aranguren constituye el centro de interés del trabajo de Joan Carles Rincón Verdura. En *José Luis López-Aranguren: democracia, moral, juventud y educación universitaria* el autor se propone poner de manifiesto,

desde la perspectiva cívica y moral, una parte del discurso educacional de José Luis López-Aranguren. Se presenta su visión de futuro sobre la universidad española del último tercio del siglo XX y su relación con las demandas que la juventud de su tiempo estaba planteando. En este sentido, Aranguren entendía que una universidad renovada y atenta a los problemas sociales podría contribuir activamente a conseguir los cambios necesarios que pusieran a España en el camino de la democracia como forma moral de vida; una universidad comprometida con los problemas de su tiempo y con las inquietudes de los jóvenes del momento.

Roberto Carlos Fonseca Luján aborda el problema de la existencia de un derecho a vivir en una sociedad libre de corrupción. En *El derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción: una contribución desde Latinoamérica* reconoce que la cuestión de la existencia de ese derecho es problemática, ya que su existencia no se ha rebatido con solidez, ni se ha fundamentado de manera satisfactoria. En el trabajo, tras revisar el estado de la discusión sobre los vínculos entre derechos humanos y corrupción, se aportan razones en favor del reconocimiento de este derecho. Asimismo, se comenta la contribución del constitucionalismo latinoamericano reciente al tema, que ya ha consagrado en algún caso a la libertad frente a la corrupción como derecho fundamental.

En *Identificando derechos fundamentales en la Constitución española*, Antonio Ibáñez Macías ofrece algunos criterios o reglas interpretativas simples para contribuir a la identificación de los derechos fundamentales en la Constitución española, cuestión que sigue siendo polémica en la doctrina constitucional. La propuesta del autor señala que hallamos derechos fundamentales no sólo en el Capítulo II del Título I de la Constitución española, sino también en el Capítulo III, en el Capítulo I, e incluso fuera del Título I de la Constitución. A todos los derechos identificados hay que aplicarles las consecuencias lógicas del carácter de norma fundamental de la Constitución. En consecuencia, vinculan a todos los poderes públicos, incluidos el poder legislativo y el poder judicial.

Y la sección de artículos se concluye con el trabajo de Fernando Santamaría Lambás, *Los delitos contra la libertad sexual de menores cometidos por miembros de confesiones religiosas*, en donde se estudia la responsabilidad que surge de la comisión de delitos contra la libertad sexual, en especial de menores, por miembros de Confesiones religiosas, tanto en el ordenamiento del Estado como en el ordenamiento confesional -centrándonos en el canónico-,

que es el que tiene un marco jurídico completamente definido, poniendo de manifiesto los límites a la autonomía de las confesiones religiosas a la hora de poder llegar a depurar las responsabilidades, tanto canónicas, como seculares, por los actos ilícitos cometidos por los clérigos o similares, de modo que se impida que esa autonomía de las confesiones religiosas se pervierta y se constituya en un obstáculo al castigo de los culpables.

Para terminar esta Nota, quiero resaltar que este número 44 inicia una nueva fase en la revista, que a partir de ahora será publicada en formato digital, con un testimonial edición en papel. En realidad, y como se señalaba en la presentación del número 43, el cambio estaba previsto para ese número, pero complicaciones debidas a los cambios y dificultades vividos a partir del mes de marzo de 2020, impidieron que la digitalización de la revista fuera total en aquella ocasión.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

EL POSTHUMANISMO NO ES UN HUMANISMO*

POSTHUMANISM IS NOT AN HUMANISM

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Universidad de Sevilla

Fecha de recepción: 15-4-20

Fecha de aceptación: 29-5-20

Resumen: *Este ensayo se propone mostrar la oposición existente entre el paradigma de la tradición cultural humanista y las principales tesis y postulados que actualmente defiende el posthumanismo. Para ello, se analizan las respectivas respuestas que el humanismo y el posthumanismo ofrecen a las tres grandes preguntas que han convalidado, a lo largo de su historia, el significado de la filosofía: ¿Cómo se conoce la realidad? ¿Qué son y cómo se explican el mundo y la vida? ¿Cuál es la mejor forma de vivir? A esas preguntas han respondido respectivamente, la gnoseología o teoría del conocimiento, la ontología y la deontología o la ética. Se estudian, asimismo, determinados motivos de la ambigüedad del proyecto de deshumanización posthumanista. El trabajo concluye con la exposición de los argumentos que avalan la persistencia de los valores, principios y derechos del humanismo, actualizados en función de las exigencias de nuestro tiempo.*

Abstract: *This paper aims to show the opposition between the Humanist cultural tradition and the main theses currently defended by Posthumanism. The structure of the paper is built upon the corresponding answers provided by both trends to the three main philosophical questions: How do we know reality? What are the world and life, and how are they explained? What is the best way to live one's life? Gnoseology (or theory of knowledge), Ontology, and Deontology or Ethics have respectively tried to provide answers for such questions. Certain ambiguities of the Posthumanist dehumanizing project are also addressed. The paper concludes with an exposition of the arguments that justify the continuity of Humanist values, principles, and rights, updated according to the demands of our time.*

* Una versión ampliada de este trabajo se publicará en el número 44 de la revista Doxa.

Palabras clave: humanismo, posthumanismo, dataísmo, deshumanización, sociedad digital, nuevas tecnologías, tecnología de la información y de la comunicación, inteligencia artificial, algoritmos, COVID-19

Key words: humanism, posthumanism, dataism, dehumanization, digital society, new technologies, information and communication technology, artificial intelligence, algorithms, COVID-19

1. PLANTEAMIENTO

En el año 1946 Jean-Paul Sartre publicó su célebre ensayo: *El existencialismo es un humanismo*¹, obra que junto con la *Carta sobre el humanismo* de Martin Heidegger de 1947², constituyen el manifiesto existencialista sobre la concepción del humanismo. Inspirándome en el título de la obra de Sartre, aunque intencionalidad inversa, propongo designar las reflexiones que prosiguen como: “El posthumanismo no es un humanismo”. Mi intención es mostrar, que bajo las propuestas de la ideología posthumanista se encubren determinadas falacias y trampas liberticidas que, entiendo con vehemente convicción, entrañan un riesgo grave para valores de la tradición humanista de persistente e irrenunciable actualidad.

El inicio del nuevo siglo, que coincidió también con el inicio de un nuevo milenio, se ha caracterizado por un protagonismo avasallador de las Nuevas Tecnologías (NT) y de las Tecnologías de la Información y de la Comunicación (TIC), en todos los ámbitos de la vida humana. Este fenómeno ha contribuido a que, desde determinados enfoques tecnocientíficos, se considere que la humanidad actual y sus valores consagrados por el humanismo, deben ser superados, ya que nos hallamos ante los albores de una nueva etapa. Así, James Barrat, sostiene el fin de la era humana y el inicio de una nueva era presidida por la omnipresencia de la inteligencia artificial (IA)³. A su vez, Yuval Noah Harari, afirma que se ha superado la era del *homo sapiens*, que ha sido suplantado por el *homo deus*⁴. Con las características e implicaciones a las que habrá ocasión de aludir *infra*.

¹ J. P. SARTRE, *El existencialismo es un humanismo*, trad. cast. de V. Prati, Edhasa, Barcelona, 1992.

² M. HEIDEGGER, *Carta sobre el humanismo*, trad. cast. de H. Cortés y A. Leyte, Alianza Editorial, Madrid, 2000.

³ J. BARRAT, *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*, trad. Cast., de S. Rodríguez, Paidós, México, 2017.

⁴ Y. N. HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, trad. cast., R. Joandomènec, Debate, Barcelona, 2016.

Entre las posturas que invocan hoy la ciencia y la tecnología como marco de referencia para el desarrollo de la vida individual y colectiva, deben distinguirse dos concepciones que obedecen a planteamientos diferentes. Es importante no dejar a la intemperie el respectivo alcance de esas dos concepciones, para evitar que puedan ser entendidas de una forma confusa y arbitraria. De ahí, que sea necesario distinguir netamente entre lo que implica las expresiones “transhumanismo” y “posthumanismo”. En numerosas ocasiones, estos términos son asumidos y empleados de forma indistinta, como sinónimos. Ambas expresiones aluden a la reivindicación del derecho a investigar y utilizar, con plena libertad, los avances de la tecnociencia, para conseguir el mayor grado de desarrollo tecnocientífico. Al propio tiempo, estos movimientos se proponen trascender los límites naturales, biológicos o sociales que actualmente condicionan el pleno desarrollo de la existencia. Ahora bien, existe una diferencia básica entre estas dos concepciones. Así, mientras los transhumanistas sostienen que la tecnociencia debe contribuir a la mejora, pero no a la suplantación de la especie humana⁵, los posthumanistas postulan la superación de la humanidad actual por una superhumanidad, como resultado final del proceso de desarrollo tecnocientífico. Para los transhumanistas la tecnociencia debe ser utilizada para una mejora de la calidad de la vida humana. En sus análisis prospectivos se alude reiteradamente a la expresión “humanidad aumentada”, para hacer referencia a aquellos progresos y desarrollos que en la condición humana pueden promover las NT y las TIC cuando se hace un uso adecuado de ellas. El transhumanismo no se propone, por tanto, la abolición de cuanto ha supuesto la cultura humanista. El posthumanismo implica la versión “fuerte” de esas proyecciones tecnocientíficas al ámbito de lo humano y, desde sus enfoques, no se duda en postular la sustitución del paradigma humanista por el paradigma posthumanista. De ello, infieren que nos hallamos ante el final de la era humana y la consiguiente aparición de una nueva forma de existencia: la posthumanidad.

En las reflexiones que siguen me ocuparé de esta última concepción e intentaré mostrar las falacias y trampas liberticidas que subyacen a su designio de abolir la tradición del humanismo. Plantear la contraposición entre humanismo y posthumanismo resulta hoy una tarea urgente y perentoria, cuando la entera población del mundo global que habitamos ha visto como se desmoronaba, de manera inimaginable y repentina, su convicción

⁵ Vid., por todos, F. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.

de seguridad existencial, a salvo de cualquier contingencia o imprevisto. El COVID-19 con sus devastadoras consecuencias sanitarias, sociales, económicas y políticas, ha abierto una brecha en la conciencia colectiva y ahora los miembros de la sociedad digital reclaman de la comunidad científica una evaluación objetiva y serena de esta crisis planetaria. Ante esas circunstancias parece no sólo oportuno, sino obligado, someter determinados postulados y previsiones posthumanistas sobre el mundo futuro a la criba crítica de la razón humanista.

2. APROXIMACIÓN AL HUMANISMO: MOMENTOS DE UNA SÍNTEISIS DIACRÓNICA

Para comprender los términos de la oposición posthumanista al humanismo, conviene tener presente algunos aspectos básicos que conforman el sentido del humanismo. En aras de ello, aludiré, con la máxima voluntad de concisión, a algunos de los momentos de la trayectoria humanista que revisten mayor interés para el propósito de este ensayo.

La tradición humanista occidental ahonda sus raíces en la cultura griega. A tenor de la cualificada opinión de Erik Wolf, puede situarse la génesis de la conciencia humanista en la célebre máxima del sofista Protágoras: “el hombre es la medida de todas las cosas”, es decir, que el ser humano es el centro de imputación de todos los procesos del mundo físico y de la realidad social⁶. Con ese postulado se producía, al propio tiempo, la decantación del pensamiento griego clásico desde la etapa cosmológica a la antropológica.

El ideario humanista hallará eco en algunos Diálogos platónicos y en la doctrina ético-jurídica y política de Aristóteles. Su impulso decisivo se manifestará en el seno de la corriente filosófica greco-romana del estoicismo. Será, precisamente, un estoico romano nacido en Córdoba, Lucio Anneo Séneca quien con su sentencia: “*homo homini sacra res*”⁷, compendiará y proclamará el sentido de la dignidad humana desde los inicios de la tradición humanista occidental.

El humanismo alcanza su plena consagración, y su propia denominación, en el Bajo Medievo y constituirá uno de los ingredientes básicos con-

⁶ E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, Klostermann, Frankfurt, a. M., 1952, vol., II, pp. 18 ss.

⁷ L. A. SÉNECA, *Epístolas morales a Lucilio*, libro XV, epist., 95, 33. Gregorio Peces-Barba, Rector-Fundador de la Universidad Carlos III de Madrid, tuvo el acierto de proponer este lema de Séneca como símbolo emblemático de dicha Universidad.

formadores de la cultura renacentista. Luego, en el siglo XVIII en el seno del proyecto ilustrado de la Modernidad, se producirá lo que, entiendo, que pudiera denominarse como: “institucionalización del humanismo”. En esta etapa es cuando puede hablarse, con propiedad, de la aparición de los derechos humanos como categoría histórica⁸ y se forja también la doctrina jurídico-política del constitucionalismo. Estas categorías darán origen y vertebrarán el Estado de Derecho, en cuyo seno los valores, principios y derechos forjados en la tradición humanista hallarán su plena institucionalización, es decir, su reconocimiento a través de un pertinente marco jurídico-político institucional.

El Estado de Derecho, en su prístina formulación liberal, será objeto de desarrollos y de críticas a lo largo del siglo XIX. En ese periodo, el humanismo ilustrado sufrirá también la descalificación de sus valores, desde algunas tendencias filosóficas y, en particular, será objeto de la implacable crítica de Friedrich Nietzsche.

En el siglo XX el Estado de Derecho será objeto de un ataque frontal por parte de los sistemas políticos totalitarios. Por eso, al finalizar la Segunda Guerra Mundial y para evitar la repetición de una catástrofe humanitaria como la que supuso ese trágico episodio bélico, se produjo una reivindicación de los valores humanistas a escala planetaria. La promulgación en París en el año 1948 de la Declaración universal de los derechos humanos, por parte de Naciones Unidas puede considerarse como la Carta Magna del humanismo contemporáneo y la consiguiente revalorización y actualización del legado de la cultura humanista⁹. En dicho texto se recogen los principales valores, principios y derechos del humanismo y constituyen el paradigma, para la fundamentación y la crítica, de las concepciones y de los sistemas jurídico-políticos de nuestro tiempo. Este importante logro humanista no implica el que los valores y derechos de la Declaración universal hayan adquirido vigencia en todos los ámbitos de nuestro planeta. En la actualidad, aunque de vergüenza reconocerlo, para millones de habitantes de nuestro mundo, la Declaración universal sigue siendo una promesa incumplida. De ahí, el peligro que subyace a aquellas pretensiones tendentes a considerar al humanismo como una experiencia conclusa, que debe ser superada.

⁸ G. PECES-BARBA, *Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

⁹ A. E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 12ª ed, 2017, pp. 79 ss.

3. MOMENTOS DE LA OPOSICIÓN ENTRE EL HUMANISMO Y EL POSTHUMANISMO

Para calibrar el significado y alcance de la contraposición entre humanismo y posthumanismo conviene, por razones de orden sistemático, analizar la respuesta que cada una de estas dos concepciones aportan a las tres grandes preguntas que han compendiado, a lo largo de su historia, el significado de la filosofía: ¿Cómo se conoce la realidad? ¿Qué son y cómo se explican el mundo y la vida? ¿Cuál es la mejor forma de vivir? A esas preguntas han respondido respectivamente, la gnoseología (la teoría del conocimiento, la epistemología, la lógica, la metodología...), la ontología y la deontología o la ética.

a) A la primera de esas preguntas, es decir, a la demanda *gnoseológica*, el humanismo ha respondido en términos de razón y de experiencia. Las diversas escuelas y movimientos filosóficos han puesto el énfasis en cada una de estas categorías a tenor de sus peculiares enfoques filosóficos. Las distintas posiciones filosóficas, desde las que el humanismo ha sido postulado, coinciden en sustentar que el conocimiento que trasciende o se sitúa más allá de la razón y/o de la experiencia humana, pertenece al ámbito de lo metafísico, lo irracional o lo fantástico.

En consonancia con tal planteamiento y corroborándolo, conviene recordar que el más célebre representante del irracionalismo del siglo XIX, Friedrich Nietzsche, se opuso a la tradición humanista y, en particular, a su versión ilustrada, al considerar este tipo de conocimiento como “humano, demasiado humano” (*Menschliches, Allzumenschliches*)¹⁰.

En la actualidad, el posthumanismo, desde una perspectiva que pretende ser antagonica a la de Nietzsche, coincide con él en su designio de superar el humanismo. Lo hace desde premisas inversas al carácter especulativo y a la “ensoñación” de las fabulaciones irracionales del filósofo germano, para invocar el rigor estricto de una reflexión tecnocientífica. Ejemplo elocuente de la actitud posthumanista es la propuesta de James Barrat de suplantarse la fragilidad del conocimiento humano gracias al empleo de la IA. Según Barrat el conocimiento racional y empírico, propio de los seres humanos es de carácter limitado, fragmentario y falible. Mientras

¹⁰ F. NIETZSCHE, *Humano, demasiado humano*, trad. cast, P. Simón, Prestigio, Buenos Aires, 1970.

que el conocimiento que propicia la IA es ilimitado, omnicomprendido e infalible¹¹.

El fenómeno del *Big-Data* permite un almacenamiento prácticamente ilimitado de informaciones, las cuales pueden ser procesadas y utilizadas en los más diversos ámbitos y para las más diversas finalidades¹². Todo ello, permite un avance del conocimiento de datos cuya entidad cuantitativa, en opinión de los posthumanistas, conduce a una nueva situación cualitativa en cuanto respecta al conocimiento de la realidad. Acorde con la célebre ley del método dialéctico que postula el paso de la cantidad a la calidad, la actitud posthumanista no duda en afirmar que nos hallamos ante un conocimiento cualitativamente distinto y superior al *modus cognoscendi* del pasado, gracias a las aportaciones de la IA.

b) En el plano *ontológico*, el humanismo ha explicado el ser y el tiempo a través de la comprensión racional y/o empírica de la realidad, propiciando una indagación del ser que condujera a entender y posibilitar su pleno desarrollo. En particular, su empeño se cifró en contribuir al logro de la plenitud de la persona humana. Conviene al respecto tener presente, que en algunos *Diálogos* de Platón se reitera el término *pleonexia*, que evoca la idea de un desarrollo pleno de las facultades, apetitos y tendencias de los seres humanos. En opinión de Erik Wolf, esta categoría platónica pudo hallarse inspirada en la notoria máxima del poeta Píndaro: “llega a ser el que eres” es decir, la exigencia de que cada sujeto desarrolle plenamente el proyecto existencial que se encierra en el interior de su personalidad¹³.

¹¹ J. BARRAT, *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*, cit., pp. 49 ss. y 126 ss.

¹² Cfr., A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2015.

¹³ E. WOLF, *Griechisches Rechtsdenken*, cit., pp. 172 ss. La concepción platónica de la *pleonexia* constituye un factor hermenéutico relevante para una reinterpretación de las tesis que le consideraban como un pensador totalitario y enemigo de la sociedad abierta (Karl Popper). Esta categoría permite inscribir la concepción política de Platón en la esfera del personalismo, ya que considera que el fin de la comunidad política ideal es la consecución del pleno desarrollo de la personalidad humana. El método para conseguirlo suscita serias reservas, por ser antidemocrático, pero la finalidad de su ideal político no es transpersonalista, sino inequívocamente personalista. Esta reinterpretación del pensamiento jurídico-político platónico posibilita concebirlo como un precedente histórico del personalismo que fundamenta los Estados de Derecho del presente. Así la Constitución alemana proclama en su art. 2.1 “el libre desarrollo de la personalidad”, y, asimismo, el art. 10.1 de la Constitución española establece

Frente a esa concepción ontológica humanista opuso Friedrich Nietzsche la tesis de que la humanidad no constituye una meta, sino sólo un estadio en la trayectoria hacia la superhumanidad. Ha adquirido celebridad su *leitmotiv* presente a lo largo de su obra *Así habló Zaratustra*, a tenor del cual, el hombre es la cuerda tendida entre la bestia y el superhombre¹⁴.

Una visión semejante en lo que respecta a la necesidad de superar las limitaciones de la realidad ontológica humana, aunque desde un planteamiento que pretende rechazar toda concesión al irracionalismo y situarse en un plano tecnocientífico, es la que hoy postulan los ideólogos posthumanistas. Así, Yuval Noah Harari, al hacerse eco del ideario de ese movimiento, sostiene que, gracias a los avances tecnológicos y biocientíficos, hoy nos hallamos ante una nueva dimensión de la existencia humana. La IA permite un conocimiento sin trabas de cuanto existe. Como todo conocimiento es poder, los seres posthumanos estarán dotados de unas posibilidades ilimitadas de actuación sobre el mundo y la vida. La muerte, tradicionalmente considerada como un fenómeno metafísico vinculado a la voluntad de unos presuntos designios divinos, será entendida como un mero problema técnico y podrá ser resuelta con medios técnicos. De este modo, la ingeniería genética y las biotecnologías permitirán una prolongación indefinida de la vida humana. Concluye Harari que durante milenios, los dioses se caracterizaban por poseer la omnisciencia, la omnipotencia y la eternidad y, precisamente, esos atributos podrán ser disfrutados por los posthumanos: el *homo sapiens* será sustituido por el *homo Deus*¹⁵.

No parece ocioso aludir también a otras proyecciones de la propuesta posthumanista en la esfera ontológica. Entre ellas, posee una trascendencia especial la hipótesis que aventura sustituir las formas de vida orgánica basadas en el carbono, por formas de vida inorgánica basadas en el silicio, lo que permitiría una prolongación sustancial de las formas de vida. No menos con-

“el pleno desarrollo de la personalidad”; hallándose ambos textos normativos en el frontispicio de sus respectivos catálogos de los derechos fundamentales. Otro aspecto importante que se desprende de la concepción platónica de la *pleonexia*, estriba en su virtualidad para una superación de la tesis que postula la imposibilidad de derivar el “deber ser” a partir del “ser”. Se ha hecho notoria esta tesis planteada por David Hume y, en la filosofía contemporánea, bajo la denominación de “*naturalistic fallacy*”, a través de George Edward Moore. Frente a esa fractura, la enseñanza platónica muestra que el desarrollo del “ser” tiende a perfeccionarse y alcanzar su plenitud, en el “deber ser”.

¹⁴ F. NIETZSCHE, *Así habló Zaratustra*, trad, cast, de A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1972.

¹⁵ Y. N. HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, cit., pp. 323 ss.

secuencias poseen las investigaciones en materia de nanotecnologías, que han recibido un impulso decisivo a partir de los estudios de Manfred Clain y Natham Klein, es decir, la posibilidad de manipular la materia para su transformación o eventual elaboración de nuevas formas materiales. Asimismo, deben reseñarse los importantes avances en la robótica y en la tecnología de *cyborgs*, que consiste en la posibilidad de proyectar dispositivos cibernéticos en organismos biológicos para una superación cualitativa de las capacidades de éstos mediante la tecnociencia. Se abre así la posibilidad de transferir formas de IA a animales o a seres humanos y viceversa de transplantar segmentos o circuitos del cerebro humano a máquinas¹⁶.

A partir de estos enfoques y propuestas, los posthumanistas vislumbran un futuro en el que la realidad social ya no estará sometida a la maldición bíblica que pesa sobre los seres humanos de tener que ganar su sustento mediante el trabajo. El desarrollo de la robótica permitirá sustituir el esfuerzo humano por la actividad de la máquina y, de este modo, los posthumanos podrán emanciparse de esa servidumbre y podrán gozar de todo su tiempo para disfrutar del ocio, de las artes y del deporte¹⁷.

c) En el plano ético el humanismo ha defendido siempre aquellos valores más intrínsecamente ligados con la personalidad humana. Dichos valores, a partir de la Ilustración y del movimiento constitucionalista, se consagran en los derechos y libertades legitimadores de los Estados de Derecho. La tradición humanista, como se ha indicado *supra*, consagrará sus valores, principios y derechos en las normas constitucionales que se hallan en la cúspide de los Estados de Derecho. A partir de la Revolución francesa, dichos valores se expresarán mediante los símbolos de la tricolor: libertad, igualdad y fraternidad, que junto con la dignidad constituyen la síntesis axiológica del humanismo.

También en este ámbito Friedrich Nietzsche se mostrará abiertamente crítico respecto a la cultura humanista y, en particular, a su versión racional-

¹⁶ Sobre todo ello, vid.: M. BARRIO, "Robots, inteligencia artificial y persona electrónica", en el vol., col., a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J.L. Piñar, *Sociedad digital y Derecho*, BOE, Madrid, 2018, pp. 113 ss.; F. FUKUYAMA, *El fin del hombre: consecuencias de la revolución biotecnológica*, trad. cast. de, P.Reina, Ediciones B, Barcelona, 2002, pp 289 ss.; J. HABERMAS, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?* trad., cast. R. Carbó, Paidós, Barcelona, 2016, pp. 83 ss.; T. de la QUADRA-SALCEDO, "Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital", en el vol. Col., en *Sociedad digital y Derecho*, cit., pp. 21 ss.

¹⁷ Cfr., J. BARRAT, *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*, cit., pp. 85 ss.

lista ilustrada, al sustentar que la libertad la dignidad y la igualdad eran falsos valores, propios de seres débiles y mezquinos que serían superados por la voluntad de poder del superhombre. La igualdad le parece algo propio de seres inferiores, que se conforman con la existencia gregaria de los integrantes de un rebaño. Por el contrario, al superhombre le repugna la igualdad, porque desea ser desigual y superior a los otros¹⁸.

Hoy el posthumanismo replantea esa transmutación de los valores desde un enfoque tecnocientífico. Su crítica a los valores humanistas se plantea como una alternativa frontal respecto a esa concepción. Desde el enfoque posthumanista se niega, abiertamente, la existencia del libre albedrío y, por tanto, la posibilidad de un ejercicio autónomo e incondicionado de la libertad de elección y decisión. De ahí, que la libertad que actualmente importa no es tanto la que atañe a los derechos o facultades de los individuos, sino que pone el énfasis en la libre investigación científica, sin límites o tabúes que puedan impedir su pleno ejercicio. Desde la ideología posthumanista se entiende cualquier restricción moral o legal a la libre investigación y experimentación como un símbolo anacrónico de oscurantismo. De igual forma que los Reformadores protestantes invocaban el libre examen, como principal garantía de la libertad de la conciencia, los posthumanistas defienden el libre ejercicio de la investigación y la experimentación tecnológica y científica, como la forma más representativa de la libertad en el presente. Para los posthumanistas, en definitiva, las normas éticas, jurídicas o políticas que representen una cortapisa al desarrollo tecnológico o científico, son trabas incompatibles con los avances que reclama el progreso. Por tal motivo, en fecha muy reciente, desde diferentes foros afines al posthumanismo, se ha considerado, como una victoria relevante, que la legislación japonesa haya permitido que el profesor de la Universidad de Tokio Hiromitsu Nakauchi, experto en biotecnología lleve a cabo experiencias de humo-animales, que consisten en la implantación de células humanas en embriones de animales. Así, se pretende la producción de órganos susceptibles de ser transplantados a seres humanos. La posibilidad de seres híbridos, mezcla de elementos humanos y animales, que hasta el presente se hallaba en la esfera mitológica de los faunos, centauros, sirenas, esfinges..., puede llegar a ser una realidad futura.

¹⁸ F. NIETZSCHE, *Más allá del bien y del mal*, trad. cast., A. Sánchez Pascual, Alianza Editorial, Madrid, 1972, pp. 116 ss.; *La voluntad de poder. Ensayo de una transmutación de todos los valores*, trad. cast., P. Simón, Editorial Prestigio, Buenos Aires, 1970, pp. 46 ss.

Desde premisas posthumanistas se sostiene que el futuro sentido de la libertad política no dependerá de las deliberaciones de los Parlamentos democráticos o de los foros internacionales, que siempre pueden estar sujetas a su contaminación por pasiones o intereses. La política del futuro será el producto de decisiones inteligentes y asépticas tales como los resultados de la investigación que tiene lugar en los laboratorios de Silicon Valley de California¹⁹. De esta forma, los aspectos más decisivos sobre el porvenir de la especie no obedecerán a procesos de selección natural, sino a una programación inteligente.

Criticán también los posthumanistas el valor de la igualdad, proclamado por el humanismo, por su carácter insuficiente y, en definitiva, injusto. En el Estado de Derecho liberal se pretende garantizar la igualdad jurídica de los ciudadanos, en términos de igualdad ante la ley. A su vez, el Estado social de Derecho se propone garantizar determinadas cuotas de bienestar, a partir del reconocimiento de la igualdad material. Los posthumanistas denuncian que estas formas de igualdad son insuficientes, ya que no tienen en cuenta las inmensas desigualdades existentes entre las facultades físicas e intelectuales de las personas. Sólo una insignificante minoría de personas puede participar en las Olimpiadas, u optar al Premio Nobel. Según los posthumanistas la experimentación sin trabas de la ingeniería genética, de las biotecnologías y de la neurociencia, hará posible imaginar a seres posthumanos, cuyas capacidades físicas e intelectuales posean un nivel mucho más equilibrado de igualdad.

La descalificación posthumanista de los valores jurídico-políticos del humanismo, se dirige también a denunciar su fracaso en el diseño de sociedades bien ordenadas. Hasta el presente las sociedades democráticas no han podido erradicar de su seno las conductas desviadas delictivas o antisociales, que entrañan un peligro para el orden y, en ocasiones, para la propia pervivencia de la comunidad política. Estas graves insuficiencias de las sociedades actuales podrán ser corregidas mediante el empleo de técnicas neurológicas que erradiquen de los cerebros las actitudes antisociales y que permitan establecer un orden social plenamente justo, en el que no exista la lacra endémica de la delincuencia.

¹⁹ Cfr., J. BARRAT, *Nuestra invención final: La inteligencia artificial y el fin de la Era humana*, cit., pp. 183 ss.; Y. N. HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, cit., pp. 294 ss.

4. LAS FALACIAS POSTHUMANISTAS

Para quienes, como es mi caso, no compartimos el ideario posthumanista, sus propuestas deben ser sometidas a una revisión crítica que tienda a poner de manifiesto las insuficiencias y falacias sobre las que se construye su desafío al humanismo. Para ello, mantendré el orden expositivo en el que he cifrado la oposición sistemática entre humanismo y posthumanismo.

a) Desde el punto de vista *gnoseológico*, es decir, desde la teoría del conocimiento se advierte que el posthumanismo no pretende ofrecer vías de acceso al conocimiento de la realidad, sino que crea una determinada forma de realidad, acorde a sus propios planteamientos. El posthumanismo más que un método de conocimiento, tiende a convertir el método en el propio objeto de conocimiento. Pudiera ejemplificarse ese modus *cognoscendi* si imaginamos una ventana cuyo cristal nos permite contemplar un determinado paisaje. El cristal es un medio para visualizar, para conocer, el panorama que se halla más allá de la ventana. Nos permite conocer esa realidad sin tener que sufrir las inclemencias del tiempo: lluvia, viento, calor, frío... Cuanto más diáfano sea el cristal, mejor contribuirá a nuestro conocimiento o visión de la realidad, pero si sustituimos el cristal por una lente calidoscópica, podremos obtener una combinación de coloraciones y unas combinaciones cromáticas que podrán gozar de gran plasticidad, en el plano estético, pero que no nos permitirá contemplar la realidad existente fuera de la ventana. El riesgo que se deriva del método cognoscitivo del posthumanismo, reside, precisamente, en que no nos ofrece una visión de la realidad, sino que propone una realidad construida artificialmente, a través de la IA, el *Big Data* y los algoritmos diseñados para su elaboración.

Yuval Noah Harari ha resumido, de modo inequívoco el alcance de la revolución gnoseológica auspiciada por el posthumanismo: “Gracias a los ordenadores y la bioingeniería, la diferencia entre ficción y realidad se difuminará, a medida que la gente remodele la realidad para que se ajuste a sus ficciones favoritas”²⁰.

La teoría del conocimiento que propone el posthumanismo, concluye por ofrecernos una realidad virtual que enmascara la realidad auténtica, propicia una postverdad que supone una mentira con apariencia de verdad.

²⁰ Y. N. HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, cit., p. 203.

b) La dimensión *ontológica* del poshumanismo concibe un futuro de seres posthumanos omniscientes, omnipotentes y eternos. Esas perfecciones imaginadas para un mundo futuro han sido abiertamente impugnadas por Stefano Rodotà, figura indiscutible de la cultura jurídica contemporánea. Uno de sus últimos trabajos lleva por significativo título: *Del ser humano al posthumano*. En dicho estudio denuncia que la lógica desde la cual se sitúan los vaticinios y profecías posthumanistas, no es la del interés y el bienestar de las personas, sino que representa la lógica del beneficio económico. A juicio de Rodotà, de los eventuales beneficios de la revolución posthumanista no gozaría la totalidad de la población mundial. Al realizarse dicha revolución desde parámetros elitistas, es decir, dirigida por una minoría de científicos y tecnólogos, no existirían garantías de que de la misma pudiera beneficiarse la mayoría de la población. Se establecería así una brecha tecnológica entre tecnocráticos y tecnopobres. Estos últimos quedarían marginados de los avances del progreso y de las decisiones sobre su propio futuro. La robótica, sino se halla dirigida por valores humanistas y democráticos, corre el riesgo de condenar a ingentes masas de población a convertirse en una muchedumbre inútil para los procesos productivos y la evolución del nuevo sistema, social con el consiguiente riesgo de que ello pudiera conducirla a la miseria o, en el peor de los casos, a su paulatina desaparición²¹.

c) Los posthumanistas piensan que gracias a la robótica las sociedades del futuro quedarán emancipadas de la secular imposición bíblica de ganar el sustento con fatiga. La eliminación de las formas más penosas, arduas y peligrosas de trabajo humano pueden ser sustituidas por la robótica. Ahora bien, la responsabilidad en la dirección y orientación de los robots no puede quedar en manos de tecnólogos o de la IA, porque la organización del trabajo y el empleo del tiempo libre son cuestiones que afectan a la vida de las personas y que, por tanto, no pueden eludir las exigencias y garantías de un orden sociopolítico dirigido por el respeto a los derechos humanos²².

d) No resulta menos radical la crítica que, desde el humanismo, se pueden dirigir hacia los presupuestos y consecuencias éticas del posthumanis-

²¹ S. RODOTÀ, "Del ser humano al posthumano", en el vol., *Sociedad digital y Derecho*, cit., pp. 87 ss.

²² Sobre todo ello, vid., R. DE ASIS ROIG, *Una mirada a la robótica desde los derechos humanos*, Dykinson, Madrid, 2015.

mo. Quizás convenga recordar que, para Kant la dignidad humana se situaba en el reino de los fines y consistía en la exigencia de tratar a todas las personas como fines en sí mismas y no como medios o instrumentos para la consecución de otras metas u objetivos²³. El posthumanismo, instrumentaliza y mediatiza a las personas en función de un modelo de progreso que no tienen en cuenta sus posibilidades de decisión. La lógica transpersonal de la IA y los algoritmos deciden sobre los fines y objetivos futuros del desarrollo de la vida, al margen de las elecciones de las personas concernidas por esos designios.

La dignidad humana es también el fundamento de la identidad personal, concebida como el derecho de cada ser humano a tener una personalidad única irrepetible y genuina. Para el posthumanismo, ese derecho se basa en una pretensión ilusoria, ya que, como se ha indicado *supra*, niega la existencia de un yo auténtico e irrepetible por considerar que tal pretensión contradice las leyes de la genética y los desarrollos presentes de las biotecnologías. La posibilidad de proyectar circuitos cerebrales humanos sobre máquinas, es decir, robots, realizable a partir de la ingeniería de Cyborg, permite conectar el pensamiento, la memoria y las experiencias humanas en seres artificiales y multiplicar esos procesos ilimitadamente. Las experiencias de interfaces entre distintas personas, con la correspondiente intercomunicación de ideas, preferencias y exigencias suponen negaciones radicales de un derecho a la identidad, al permitir formas de identidades clonadas o identidades en serie; o lo que es lo mismo, la propia abolición del significado de la identidad.

Una temática, ampliamente debatida en los últimos años es la referente a las amenazas que las pretensiones posthumanistas pueden implicar para la garantía del derecho a la intimidad y a la protección de los datos personales. En esta esfera, el *Big Data* y los algoritmos representan un riesgo de vaciamiento de las garantías jurídicas establecidas para la defensa de estos derechos²⁴. De cumplirse ciertas profecías posthumanistas, cabe conjeturar que la colonización de la vida privada no se limitaría a las situaciones pasadas y presentes, sino que podría perpetrarse en invasiones de nuestra intimidad futura. Se aventura, desde esas premisas posthumanistas, la inquietante

²³ Cfr., A.E. PÉREZ LUÑO, "Kant y los derechos humanos", en su vol, *La Filosofía del Derecho en perspectiva histórica*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009, pp. 117 ss.

²⁴ Cfr., A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la Era del Big Data y de la computación ubicua*, cit. passim.; A.E. PÉREZ LUÑO, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., pp. 351 ss.

posibilidad de que los datos masivos almacenados sobre todos los aspectos de nuestra vida, una vez elaborados por los algoritmos, permitieran predecir con exactitud cuál iba a ser nuestro voto en los próximos comicios políticos, nuestras preferencias comerciales y nuestra elección sentimental.

Por tal motivo la teoría de los derechos y libertades tiene que precaverse ante esos eventuales y ominosos riesgos²⁵. El derecho a la libertad y, en concreto el derecho a la libertad política de los ciudadanos, es considerado por el posthumanismo como una pretensión ilusoria. Ese postulado es fruto de su negación absoluta del libre albedrío, al que consideran fruto de una ensoñación metafísica, ya que la tecnobiología y la neurociencia, muestran que cualquier decisión humana es el producto de la carga genética, de determinados rasgos de los circuitos cerebrales o de respuestas necesarias de la mente ante ciertas situaciones ambientales.

De cumplirse las inquietantes profecías posthumanistas, nos hallaríamos ante el final de la libertad en el espacio público. Pero, ese diagnóstico, no tiene por qué ser irrefutable y la mejor forma de defender los derechos humanos consiste en reforzarlos²⁶. Como todo avance científico y tecnológico las NT y las TIC poseen una dimensión ambivalente y es posible revertir su amenaza liberticida, mediante una utilización racional y democrática, acorde con los valores humanistas, que aproveche los aspectos positivos que ofrece el progreso en la sociedad digital para reforzar la libre participación política a través de nuevas formas de ciberciudadanía²⁷.

La autonomía de las personas queda suplantada, en el proyecto posthumanista, por la autonomía de los sistemas, la autonomía de los vehículos, la autonomía en los procesos de producción y reproducción de cosas... Asimismo, Internet que ha sido concebida como un espacio para el ejercicio libre de las actividades personales, es decir, como Internet de las personas, pierde protagonismo en favor de la Internet de las cosas.

²⁵ Cfr., A.E. PÉREZ LUÑO, "Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista", en el vol., col., a cargo de T. de la Quadra-Salcedo y J. L. Piñar Mañas, *Sociedad Digital y Derecho*, cit., pp.137 ss.

²⁶ F. J. ANSUATEGUI, "Nuove tecnologie e spazio pubblico". Texto que se halla en curso de publicación y que debo a la deferencia de su Autor.

²⁷ Cfr., F. J. ANSUATEGUI, "Nuove tecnologie e spazio pubblico", cit.; A.E. PÉREZ LUÑO, *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@com?*, Gedisa, Barcelona, 2004, pp. 72 ss.; Id., *Construcción Europea y Teledemocracia* (con la colaboración de: F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas), Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2013, pp.13 ss. y 117 ss.

Las grandes decisiones políticas y sociales sobre la sanidad, educación, seguridad, empleo, medio ambiente... Quedan sustraídas al debate democrático público y se confían a gabinetes tecnocráticos que toman decisiones fundadas únicamente en los procesamientos de datos que a partir del *Big Data* elaboran los algoritmos. La culminación de este proceso, a tenor de la lógica dataista del posthumanismo, desembocaría en la plena sustitución de las decisiones humanas por la IA, que estaría en condiciones de proporcionar, en cada caso, la solución correcta. Como es obvio, esta lúgubre posibilidad implicaría la disolución de toda forma de responsabilidad política, con las perversas consecuencias que ello entrañaría para la subsistencia de una convivencia en libertad.

En las previsiones sobre el futuro de la sociedad, avanzadas por los posthumanistas, se augura la plena superación de las desigualdades físicas y mentales entre todas las personas. Vislumbran, a la vez, sociedades en las que se podrá abolir toda forma de delincuencia, a través de programaciones de la conducta. De cumplirse esa pretensión posthumanista, nociones tales como las de responsabilidad, culpa, dolo, negligencia, buena fe..., dejarían de formar parte del catálogo de conceptos jurídicos fundamentales, porque se habría suprimido el propio valor de la libertad personal, que es presupuesto necesario de todas esas categorías. La sociedad futura, auspiciada por los posthumanistas, estimo, que más que un sueño confortador de una convivencia libre, armónica y bien ordenada, se asemeja a la pesadilla de ese *Mundo Feliz* imaginado, genialmente, por Aldous Huxley, o al del modelo opresivo de organización política presidido por la sombra despótica del gran Hermano, según la anti-utopía descrita por George Orwell en su célebre obra *1984*.

5. LA DESHUMANIZACIÓN POSTHUMANISTA: SU AMBIGÜEDAD

De cuanto hasta aquí se lleva expuesto, es fácil inferir que la actitud posthumanista entraña un decidido propósito de sustituir el paradigma antropocéntrico del humanismo por el paradigma tecnocéntrico. A tenor de ese designio se estaría produciendo, en el presente y en el inmediato futuro, un proceso de paulatina deshumanización de las sociedades y de la cultura, al que correlativamente serviría de fundamento legitimador una ideología suprahumanista. Tal como se ha tenido ocasión de advertir al exponer la contradicción entre humanismo y posthumanismo, en el plano ético, esta última

ideología lleva implícita la pretensión de subvertir o superar los valores propios de la tradición humanista.

Al iniciar esta exposición traté de esbozar una síntesis de cuanto ha supuesto la cultura humanista en la trayectoria histórica de Occidente. Para el humanismo, la humanidad representa siempre una categoría axiológica, un bien que debe ser preservado y desarrollado. En contra de esta pretensión se alza la tesis posthumanista, que entiende que la humanidad no representa el fin de la historia, sino una mera etapa en su desarrollo, que puede y debe ser superada por el ideal de la superhumanidad, a partir de un proceso de progresiva deshumanización.

En los últimos años ha aparecido una extensa bibliografía, integrada por ensayos y diagnósticos, relativos a la deshumanización tecnocientífica de la sociedad y la cultura. Algunas de estas proclamas constituyen un lamentable paradigma de confusión, que delata la forma apresurada e imprecisa con la que han sido elaboradas. En múltiples ocasiones, son sus autores audaces *sprinters* encaramados en marcha en el tren de las NT y las TIC, sin saber de donde viene y adonde va. En aras de mayor rigor en el estudio de esta materia parece oportuno, para aclarar de qué estamos hablando cuando nos referimos a la “deshumanización”, al planteamiento de ese concepto por parte de José Ortega y Gasset. A partir de sus observaciones, siempre lúcidas y estimulantes, contenidas en su ensayo sobre *La deshumanización del arte*, debe entenderse como humano cuanto es fiel reflejo de la existencia cotidiana de las personas, en sus formas y contenidos vitales. En directa oposición a ello, todo proceso de deshumanización implicará negar o ignorar las manifestaciones, perfecciones y peripecias humanas²⁸.

Entre los fenómenos apuntados por Ortega, para explicitar su teoría sobre la deshumanización del arte contemporáneo, estimo que poseen una proyección general para cualquier fenómeno deshumanizador, los que hacen referencia a la impopularidad, el antivitalismo y la intranscendencia.

Según se infiere de los argumentos de Ortega, en cualquier episodio deshumanizador, se produce un alejamiento de lo que es inteligible para la mayoría de las personas. Cuando las masas no entienden un fenómeno, éste se hace *impopular*, lo que significa que sus resortes no son los genéricamente humanos. El alejamiento o la impugnación de lo *vital* es otro de los rasgos que caracterizan la deshumanización. Si se extirpa la realidad vivida y se la

²⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *La deshumanización del arte*, en *Obras Completas*, Revista de Occidente & Alianza Editorial, Madrid, 1983, vol. 3, pp. 353 ss.

suplanta por formas abstractas, ideales o exotéricas, propias de un universo abstruso, se produce una fuga de lo humano. En esa tendencia no importa tanto el término *ad quem*, es decir, la entidad artificial a la que llega, sino en término *a quo*, el ámbito de vida que destruye. La deshumanización ostenta también, como síntoma caracterizador, la *intrascendencia*. Ortega hace notar que, frente a los afanes sociales y culturales que informan la existencia humana, el proceso deshumanizador supone una huida hacia la *trivialización*, que implica una evasión de la gravedad y el patetismo de lo humano²⁹.

Las penetrantes observaciones de Ortega, pienso que pueden servir de pauta para la comprensión de los procesos deshumanizadores que dimanan del posthumanismo, si bien, en este ámbito se plantean con una intrínseca ambigüedad. Así, para el mayor número de integrantes de las sociedades tecnológicamente avanzadas, el universo tecnológico dista mucho de ser un escenario impopular. Las NT y las TIC y, en especial Internet, las redes sociales, los móviles..., se han instalado en la cotidianeidad cívica. El ordenador se ha convertido en un *alter ego*, en un *partner* constante y necesario para millones de personas, que precisan de la informática para el desarrollo habitual de su existencia. Como contrapunto, el diseño de la sociedad futura del proyecto posthumanista, sí es manifiestamente impopular, ya que propicia una fractura entre la élite de posthumanos, que encauzarán y aprovecharán los avances de la tecnociencia y la muchedumbre de humanos que quedarán marginados de esos eventuales beneficios.

La ambigüedad de esa tendencia deshumanizadora se advierte, quizás todavía con mayor intensidad, en lo que atañe al antivitalismo. La revolución tecnológica, desde sus inicios, no ha pretendido negar la vida humana, sino que ha querido imitar la vida, a través de unos entes artificiales que se asemejaran lo más posible a los seres humanos. La robótica no se presenta como una negación o un fenómeno hostil a la vida, sino como un complejo de entes tecnológicos que imitan, en la mayor proporción posible, a los seres humanos. En su lúcido diagnóstico, expresado en su libro, *L'uomo artificiale*, Vittorio Frosini indica que la tecnología ha pretendido elaborar un "hombre artificial", una especie de *simia hominis*, que intenta reproducir artificialmente los principales aspectos del comportamiento humano³⁰. No huelga advertir que expresiones tales como "sistemas expertos" e "inteligencia artificial",

²⁹ Ibid., pp. 354 ss., 364 ss. y 383 ss.

³⁰ V. FROSINI, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirali, Milano, 1986, pp. 7 ss.

aluden a un intento de reproducción tecnológica de dos caracteres tan intrínsecamente humanos como son la experiencia y la inteligencia³¹ también, en esta esfera, el posthumanismo rompe con una valoración positiva de lo humano, al postular una posthumanidad, en la que se manifiestan rasgos anti vitalistas, como lo son sus pretensiones de cosificación, de sustituir el Internet de las personas por el Internet de las cosas, la suplantación de la vida orgánica basada en el carbono por la vida inorgánica a partir del silicio... Por último, resulta evidente que los miembros de la sociedad digital no consideran a las NT y las TIC, con sus logros y sus riesgos, como un fenómeno intrascendente. Tienen consciencia de que el presente y futuro de la sociedad tecnológica depende de un uso responsable de la tecnociencia. De Ahí, que los foros interdisciplinarios, donde se aúnan los esfuerzos de tecnólogos, sociólogos, economistas, juristas, filósofos..., se postule la *Technological Assessment* o sea, la evaluación del impacto tecnológico en diversos sectores de la sociedad y la cultura. El proyecto posthumanista resulta especialmente insatisfactorio en este punto. Su designio deshumanizador no se plantea en términos de intrascendencia, pero sí en términos de irresponsabilidad, al legitimar la investigación y la experimentación tecnocientífica al margen de cualquier límite ético o jurídico.

La ambigüedad del discurso sobre la deshumanización tecnológica, con las consiguientes tensiones entre las posturas humanistas y posthumanistas, se comprueba nítidamente en la obra de quien es uno de los más afamados e informados exponentes del posthumanismo Yuval Noah Harari. Concluye Harari que los tres grandes rasgos de la concepción más dura del posthumanismo, el dataísmo, se pueden cifrar en los postulados siguientes:

- 1º) La concepción posthumanista de la ciencia afirma como dogma universal que los organismos son algoritmos y que la vida es procesamiento de datos;
- 2º) La inteligencia se separa o desconecta de la conciencia;
- 3º) Algoritmos sin conciencia, pero con una gran inteligencia, pronto podrán conocernos mejor que nosotros mismos. Esos asertos, que sintetizan la posición posthumanista, sugieren a Harari tres inte-

³¹ Vid., sobre ello, A.E, PÉREZ LUÑO, "Computerized Information Systems in General Jurisprudence and Philosophy of Law in Spain", en *Expert Systems in Law. An International Conference on Law & Artificial Intelligence* (University of Bologna, May 3-5 1989), CIRFID, Bologna, 1989, pp. 1ss.; Id., "Expert Systems in Law. Premises for an Evaluation", en el vol., col., a cargo de C. Ciampi, F. Socci Natali y G. Taddei Elmi, *Verso un sistema esperto giuridico integrale*, Cedam, Padova, 1996, vol. II, pp. 257 ss.

rrogantes básicos con los que finaliza su exposición: “1) ¿Son en verdad los organismos sólo algoritmos y es en verdad la vida sólo procesamiento de datos? 2) ¿Qué es más valioso la inteligencia o la conciencia? 3) ¿Qué le ocurrirá a la sociedad, a la política y a la vida cotidiana, cuando algoritmos no conscientes, pero muy inteligentes, nos conozcan mejor que nosotros mismos?”³².

Creo necesario hacer notar que, en el pensamiento y en el planteamiento de Harari, se deslizan unas ambigüedades insoslayables. A lo largo de toda su obra reitera la afirmación de que no pretende hacer una profecía, sino hacerse cargo y dar cuenta de los desarrollos presentes y futuros de la tecnociencia, a partir del diseño posthumanista. Ahora bien, esa pretendida actitud neutral de observador y cronista, se ve desmentida, porque a lo largo de sus reflexiones, Harari hace implícitamente suyas las tesis del posthumanismo y, en la mayor parte de las ocasiones, las considera como verdades técnico-científicas irrefutables e irreversibles. Es cierto que Harari reconoce la conciencia como el último baluarte, todavía no expugnado por la IA, y así reconoce que, hasta el momento no parece que los ordenadores puedan tener conciencia y experimentar emociones y sensaciones. En los últimos años, se ha producido un inmenso avance en el desarrollo de la IA, pero el avance en la elaboración de una conciencia artificial ha sido nulo, pero tras haber admitido esto, Harari reconoce que los seres humanos están perdiendo su valor, en términos de conciencia, porque la inteligencia, separada de la conciencia, es capaz de realizar operaciones que antes se hallaban reservadas a una inteligencia consciente, tales como: jugar a la ajedrez, diagnosticar enfermedades, conducir un automóvil o realizar una pesquisa policial para perseguir un delito. En la actualidad, este tipo de operaciones, según Harari, pueden ser desarrolladas por una IA, independizada de la conciencia, mucho mejor y con mayor eficacia que las que pueden realizar los seres humanos³³.

Gran parte del libro de Harari se halla dedicado a mostrar que las religiones, las ideologías políticas, en particular el liberalismo y el comunismo, y la tradición cultural humanista, constituyen anacronismos inoperantes e incompatibles con la evolución tecnocientífica de nuestro tiempo. No obstante, esos movimientos son los que podrían ofrecer un fundamento axiológico a la conciencia. Harari no ofrece ninguna alternativa ética que pudiera sustentar a la conciencia, ante su actual asedio tecnocientífico. Por ello, de forma implí-

³² Y. N. HARARI, *Homo Deus: Breve historia del mañana*, cit., pp. 430-431.

³³ *Ibid.*, pp. 341 ss.

cita, Harari está aceptando que no existe ninguna posibilidad de que la conciencia dirija a la inteligencia y que la inteligencia humana dirija y controle a la IA en la organización del mundo y de la vida.

6. CONCLUSIÓN: EL POSTHUMANISMO NO ES UN HUMANISMO

Al enfilar el último tramo de estas reflexiones, el itinerario teórico trazado hasta aquí permite dilucidar el significado lingüístico del término “posthumanismo”. Debe indicarse, al respecto, que el prefijo “post”, que se integra en la expresión “posthumanismo”, puede asumir dos significados diferentes: puede aludir a la sucesión cronológica o al perfeccionamiento de las concepciones o movimientos que le preceden; o bien, expresar la abolición de los mismos.

De cuanto hasta aquí se lleva dicho, se desprende que el posthumanismo, asume la segunda acepción indicada. Por ello, el posthumanismo no implica la mejora, perfeccionamiento o actualización del legado humanista, sino que supone su negación, abolición o suplantación. El posthumanismo, por tanto, entraña un antihumanismo, por lo que se sitúa frente a lo que ha sido una de las principales conquistas históricas de la tradición humanista: los derechos humanos. Por ello, aludir a una generación de derechos humanos posthumanistas, o lo que es lo mismo, antihumanistas implica una evidente *contradictio in terminis*³⁴.

La negación posthumanista de los derechos y libertades puede conducir a la posibilidad ominosa de que determinadas decisiones, fundamentales para la vida, sean sustraídas a la voluntad autónoma y libre de los seres humanos, para ser asumidas por el poder impersonal y difuso de las cosas. Dicha posibilidad deja en la penumbra a las fuerzas o poderes que pueden controlar la autonomía de las cosas y la robótica, en función de sus propios intereses.

Hace ya algunos años, Jürgen Habermas en su lúcida obra: *Ciencia y técnica como ideología*, denunció la pretensión tecnocrática de presentar determinado tipo de conocimientos y propuestas como postulados tecnocientíficos, cuando en realidad, ocultan opciones prácticas e intereses. La ideología tecnocrática trata de sustraer al debate científico y político cuestiones

³⁴ A.E. PÉREZ LUÑO, “Las generaciones de derechos humanos ante el desafío posthumanista”, cit., pp. 149 ss.

que interesan a la generalidad de los ciudadanos y que, por tanto, deben permitir su libre discusión. Los tecnócratas incurren en la manipulación ideológica consistente en ocultar sus intereses particulares, para presentarlos como teorías tecnocientíficas, cuando en realidad suponen meras propuestas ideológicas³⁵. Jürgen Habermas concluye su lúcida reflexión, afirmando que: “al desafío de la técnica, no se le puede responder sólo con la técnica”³⁶.

Los principales argumentos posthumanistas se presentan, en la actualidad, como verdades tecnocientíficas irrefutables e inexorables. No obstante, un análisis crítico de esas propuestas revela que ese discurso responde a la pretensión ideológica de escamotear las grandes elecciones y decisiones sobre el presente y el futuro de la condición humana y del desarrollo tecnológico al debate político democrático. Tiene razón Stefano Rodotà cuando, tal como se ha indicado anteriormente, se pregunta, si las transformaciones previstas y auspiciadas por el posthumanismo, se plantean en nombre del beneficio económico o del interés de las personas³⁷. Para responder a estos retos, que afectan a la humanidad en su conjunto, no debe acudir a la IA, sino a las opciones de la sociedad política.

El carácter ideológico de las propuestas posthumanistas se evidencia también cuando, a través de ellas, se propugna expropiar de la decisión colectiva ética y política, las cuestiones vitales de toda sociedad, como la educación, la sanidad, el medio ambiente o la pobreza. Los poderes que apoyan y financian la investigación tecnocientífica, no son anónimos ni neutrales, se trata de personas entidades o corporaciones reales y concretas, con intereses e ideologías fácilmente comprobables, que no pueden, ni deben, eludir su responsabilidad social y política.

Las tesis posthumanistas pretenden relegar la cultura humanista y considerarla como una experiencia periclitada y concluida. Desde las premisas posthumanistas se pretende desconocer que el proyecto jurídico-político humanista es todavía una promesa incumplida para amplios sectores de nuestro mundo, que no se han emancipado de la ignorancia, del hambre o de la opresión. Se produce así la situación paradójica de que, mientras se está

³⁵ J. HABERMAS, *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, Suhrkamp, Frankfurt a.M., 1968, pp. 27 ss. (existe trad. cast. Tecnos, Madrid, 1984); vid., también su obra, *El futuro de la naturaleza humana ¿Hacia una eugenesia liberal?*, cit., pp. 44 ss.

³⁶ J. HABERMAS, *Technik und Wissenschaft als Ideologie*, cit., p. 118.

³⁷ S. RODOTÀ, “Del ser humano al posthumano”, cit., pp. 92 ss.

reclamando un proyecto posthumanista, grandes sectores de la población mundial se hallan condenados a una condición de infrahumanidad³⁸.

El proyecto posthumanista y sus previsiones para el porvenir, pueden parecer un sarcasmo para los millones de personas golpeadas en su calidad de vida y en el desarrollo de su cotidianidad por el coronavirus. Un ente microscópico como el COVID-19 ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad de la sociedad digital. En el momento actual, tras la imagen prepotente y avasalladora de un *Homo Deus*, dominador absoluto y definitivo de todas las fuerzas y fenómenos de la naturaleza a través de la tecnociencia, aparece la sombra inquietante del agustiniano *Homo fallens*. Mérito del humanismo es que, todavía hoy, representa un motivo de equilibrio superador de esas dos visiones contrapuestas de la condición humana. El humanismo denuncia y cuestiona la pretensión posthumanista de abolir los valores de su tradición cultural y desenmascara el mito de una nueva Arcadia fundada en la IA. El *Homo Deus* se muestra como una divinidad harto frágil e insuficiente. No menos opuesta a la cultura humanista resulta la imagen de una humanidad caída, incapaz de encauzar a través de la experiencia y de la razón su propio destino y el uso adecuado de la tecnociencia. El humanismo se muestra siempre abierto a admitir y promover los avances científicos y tecnológicos que puedan contribuir a una mejora de la calidad de la vida humana: el humanismo apuesta, decididamente, por un progreso tecnológico presidido siempre por la racionalidad y la responsabilidad.

No parece juicioso dudar de que la tecnociencia ha contribuido a responder al desafío de la pandemia con mucha mayor eficacia y celeridad de cuanto pudieran haberlo hecho las sociedades del pasado. Los avances de la investigación médica, los nuevos medios y equipos terapéuticos, las posibilidades ofrecidas por las TIC para una comunicación, en tiempo real, entre todos los Gobiernos del mundo, entre éstos y sus ciudadanos y entre los ciudadanos entre sí, han permitido afrontar esa crisis planetaria decisivamente mejor que si no se hubiera contado con esos avances. Es fácil imaginar, por poner un ejemplo, la compañía y el apoyo que, para millones de personas, ha supuesto el poder contar con la TV, la radio, los móviles y el acceso a

³⁸ Sobre la persistencia y la necesidad de mantener vivo el proyecto cultural humanista de la modernidad, que todavía no ha sido plenamente realizado y que, por tanto, no puede considerarse superado, vid., el ensayo de J. HABERMAS, "La modernidad: un proyecto inacabado", en su vol., *Ensayos políticos*, trad. cast. R. García Cotarelo, Península, Barcelona, 1988, pp. 279 ss.

Internet. Disponer de esos medios tecnológicos ha paliado la situación de forzoso aislamiento y confinamiento padecido por la mayor parte de habitantes del planeta. La quiebra que para la calidad de la vida humana representa la imposibilidad de mantener relaciones personales, sin trabas, se ha visto mitigada por la posibilidad de una relación virtual. No huelga tampoco soslayar que la comunicación ciberespacial ha propiciado la creación de redes de solidaridad entre un gran número de cibernautas, lo que permite augurar un reforzamiento de valores comunitarios y, en particular, de aquellos que informan la cultura humanista. Como contrapartida, inherente a gran parte de los progresos tecnocientíficos, se ha suscitado una cierta ambivalencia: esos logros y ventajas se han hallado contrapuntados por un efecto multiplicador de las sensaciones de confusión, alarma y ansiedad, provocadas por la invasión en la Red de todo tipo de postverdades y de *fake news*.

Quien fue el creador de la cibernética, Norbert Wiener, en un trabajo cuya primera versión fue publicada al promediar el pasado siglo, afirmó que la cibernética era la ciencia de la comunicación y el control entre los seres vivos y las máquinas. Reclamó, al propio tiempo, una utilización responsable de esa nueva versión de la ciencia y la tecnología, de forma que propiciara un uso humano de los seres humanos y advirtió, con lucidez premonitoria, que el tiempo apremiaba y que era necesario elegir entre el bien y el mal³⁹. Al concluir esta reflexión y, tomando en préstamo la afirmación de Wiener, pienso que el bien sigue estando representado por los valores y derechos ligados a la tradición cultural humanista, mientras que el mal subyace a determinadas propuestas posthumanistas, sobre cuyos riesgos y falacias he intentado advertir en este ensayo.

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO
Departamento de Filosofía del Derecho
Facultad de Derecho
c/ Enramadilla, 18
41018 Sevilla
e-mail: aperez3@us.es

³⁹ N. WIENER, *The Human Use of Human Beings. Cybernetics and Society*, con una nueva Introducción a cargo de S. J. Heims, Free Association Books, London, 1989, pp. 216 ss.

DESIGUALDADES COMPLEJAS Y ENTRELAZADAS: UNA PROPUESTA DE TRATAMIENTO JURÍDICO-POLÍTICO*

COMPLEX AND INTERTWINED INEQUALITIES: A PROPOSAL FOR A LEGAL-POLITICAL TREATMENT

RAÚL SUSÍN BETRÁN
Universidad de La Rioja

Fecha de recepción: 14-12-19

Fecha de aceptación: 12-5-20

Resumen: *Este trabajo defiende que la pluralidad y diversidad de nuestras sociedades hace necesario pensar formas complejas de tratamiento jurídico-político de la desigualdad. En este sentido, a partir del comentario de una actuación normativa vinculada con el velo islámico integral, que al no compartir lo anterior provoca efectos negativos, este trabajo propone una concepción de la justicia que integre redistribución y reconocimiento, al tiempo que se reivindica la importancia del diálogo y la incorporación de nuevas perspectivas como la interseccionalidad.*

Abstract: *This paper argues that the plurality and diversity of our societies makes it necessary to think about complex forms of legal-political treatment of inequality. In this sense, based on the commentary of a normative action linked to the full-face Islamic veil that, by not sharing the above, causes negative effects, this work proposes a conception of justice that integrates redistribution and recognition, while claiming the importance of dialogue and the incorporation of new perspectives such as intersectionality.*

Palabras clave: desigualdad, reconocimiento y redistribución, velo islámico integral, diálogo, interseccionalidad

Key words: inequality, recognition and redistribution, full-face Islamic veil, dialogue, intersectionality

* Este trabajo se ha realizado en el marco del proyecto DER2017-82173-R (“El impacto de la globalización en las fuentes del derecho y su repercusión en los principios de seguridad y legitimidad jurídica”).

1. DESIGUALDADES COMPLEJAS Y ENTRELAZADAS

Diseñar una política y un tratamiento jurídico-político que tienda a la igualdad exige pensar en la desigualdad, de la cual, para lo que ahora nos interesa, conviene saber que está condicionada por el hecho de que nos encontramos en unas sociedades que hace ya unas décadas han dejado de ser uniformes y homogéneas. De esta forma, el trabajo con la desigualdad en sociedades plurales que se pretendan democráticas debe afrontarse con una perspectiva compleja e interdependiente que puede tomar múltiples formas con múltiples consecuencias¹.

Sin embargo, también conviene advertir que la pluralidad señalada no puede hacernos olvidar la importancia de actuaciones políticas y desarrollos normativos orientados a corregir las situaciones de desigualdad de recursos y de desigualdad material. Esto es, no puede hacernos dejar de lado la importancia de la igualdad de recursos para desenvolvernos; ni que la calidad de las relaciones sociales se construye sobre cimientos materiales; ni tampoco que cuando las diferencias de renta son mayores las distancias sociales se agrandan y la estratificación social cobra una mayor importancia. En relación con esto último –y aludiendo a la conocida imagen del “ascensor social”–: cuando el ascensor social se para, ir por las escaleras tiene efectos dañinos para la salud, las expectativas de vida y los valores básicos humanos. Dicho de otra forma, las personas que no pueden controlar lo más básico de su existencia por falta de recursos, tampoco pueden controlar la salud de sus cuerpos, ni sus oportunidades como organismos en mundos hostiles, ni pueden acceder a ser personas más felices o más sanas... Por eso, sería un ejercicio de cinismo no reconocer la necesidad de políticas que corrijan esas desigualdades materiales y de recursos como pilar ineludible para subsanar asimetrías y mejorar las oportunidades y, con ellas, la calidad de vida de cada uno de nosotros mismos y de nuestro entorno social, a la vez que para avanzar hacia una sociedad más justa y democrática.

Con todo, si lo anterior es cierto y exige actuar en el plano de la redistribución justa, también es cierto que hoy deberíamos tener en cuenta que

¹ Para afrontar la perspectiva compleja e interdependiente que se propone, resulta de interés la “inmersión rápida” en la igualdad, con referencias a la justicia como reconocimiento, redistribución y representación-inclusión, a la concepción de la igualdad como relación y, entre otras, al debate sobre la igualdad, la identidad y la diferencia en las sociedades multiculturales, de O. PÉREZ DE LA FUENTE, *Igualdad. Una inmersión rápida*, Tibidabo ediciones, Barcelona, 2017.

trabajar únicamente la desigualdad material y de recursos no va a ser suficiente y que se trata de pensar actuaciones jurídico-políticas que, en cierta medida, *vayan más allá de la igualdad*², por lo menos de lo que hasta hace no mucho entendíamos como una exigencia unidimensional de igualdad. Así, resulta obligado ampliar el concepto de igualdad, tal y como distintos movimientos sociales y políticos (género, identidad, raza...) han ido poniendo de manifiesto con sus denuncias en las últimas décadas del siglo pasado y en lo que llevamos del XXI y, en este sentido, podemos servirnos del trabajo de Goran Therborn, quien al inicio de *La desigualdad mata* dice: “La desigualdad es una violación de la dignidad humana, una negación de la posibilidad de desarrollo de las capacidades humanas”; y continúa: “Puede adoptar múltiples formas y tiene múltiples consecuencias: muerte prematura, mala salud, humillación, subyugación, discriminación, pobreza, impotencia, estrés, inseguridad, ansiedad, falta de confianza en uno mismo y de amor propio y exclusión de oportunidades que ofrece la vida. La desigualdad, por tanto, no se relaciona exclusivamente con el tamaño de la billetera. Es un orden sociocultural que reduce nuestra capacidad para funcionar como seres humanos, nuestra salud, la autoestima, nuestra percepción del propio yo, así como nuestros recursos para actuar y participar en el mundo”³.

Nos referimos, de este modo, a una desigualdad compleja que conforma todo un “orden sociocultural” caracterizado por la ausencia de la igualdad necesaria para existir; esto es, por la imposibilidad de “poder optar por una vida de dignidad y bienestar” de acuerdo con lo que requieren las dimensiones básicas de la vida humana en tanto que organismos, actores y personas. De lo que, siguiendo a Therborn, se derivarían tres tipos de desigualdad: vital (la vinculada con la salud y la esperanza de vida), de recursos (la que se vincula con la desigualdad de recursos para desenvolverse, entre ellos como básico el monetario) y existencial (la que se relaciona con “la desigualdad personal de autonomía, dignidad, grados de libertad y de derecho al respeto y al desarrollo personal”)⁴.

² Esta expresión, “la igualdad más allá de la igualdad”, es prácticamente un lugar común, pero en este caso la recojo de un trabajo sobre el que luego volveremos: L. VILLAVICENCIO MIRANDA, “Justicia social y el principio de igualdad”, *Hybris. Revista de Filosofía*, vol. 9, núm. especial: *Debates contemporáneos sobre Justicia Social*, julio-2018, pp. 43-74.

³ G. THERBORN, *La desigualdad mata*, trad. F. Muñoz de Bustillo, Alianza editorial, Madrid, 2015, p. 11.

⁴ *Ibidem*, pp. 57-58.

Así, siendo importantes la desigualdad vital y la de recursos que nos remiten a injusticias más de orden socioeconómico y entendiendo, además, que estos tres tipos de desigualdad interactúan y son interdependientes, conformando una especie de círculo vicioso de subordinación, la introducción de la desigualdad existencial nos lleva a considerar un nivel de injusticia cultural o simbólica en la que en la pluralidad de nuestras sociedades merece la pena invertir algún tiempo. Pero conviene, en cualquier caso, tener presente de manera constante *lo enredado* de las desigualdades e injusticias y, de esta forma, como se irá viendo a lo largo del trabajo en distintas referencias, resulta sugerente la concepción de Nancy Fraser, quien ha sostenido el entrecruzamiento de la injusticia económica y cultural y el refuerzo de una con otra hasta el punto de acabar en el citado “círculo vicioso de subordinación cultural y económica”; advirtiendo que de ninguna manera puede resultar aceptable que el reconocimiento sea la excusa para desplazar a la redistribución en las luchas frente a la injusticia, y esto ni en momentos de incremento de las desigualdades por los efectos del neoliberalismo⁵, ni cuando el populismo reaccionario ha superado a un “neoliberalismo progresista” que igualmente ha sacrificado la protección social y el bienestar material por “un falso concepto de emancipación en términos de meritocracia, diversidad y empoderamiento”⁶.

Como también –sobre este *entrecruzamiento*– recoge Fraser en otro trabajo, *Justice Interruptus*, donde recurre al concepto de “esfera pública” y a Habermas para, entre otras cosas, realizar una crítica de una democracia liberal que entiende que la eliminación de la desigualdad social no es una

⁵ N. FRASER, “¿De la redistribución al reconocimiento? Dilemas de la justicia en la era ‘postsocialista’”, en M^a. A. CARBONERO GAMUNDÍ y J. VALDIVIESO (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, trad. M. W. Jones y J. Valdivieso, Edicions UIB, Palma-Illes Balears, 2011, pp. 217-254 (reedición en castellano de un artículo publicado en *New Left Review*, 212, 1995, pp. 68-93), donde también se puede leer la declaración de intenciones de la autora en lo que significa para ella la teoría del reconocimiento, algo que compartimos en este trabajo: “En vez de, simplemente, sumarse a o rechazar toda la política de identidad *simpliciter*, tendríamos que considerar que se nos ha presentado una nueva tarea intelectual y práctica: la de desarrollar una teoría crítica del reconocimiento, una que identifique y defienda solo aquellas versiones de la política cultural de la diferencia que puedan combinarse coherentemente con la política social de la igualdad”.

⁶ Este “desplazamiento” de la redistribución por el reconocimiento lo vincula Fraser con un “neoliberalismo progresista” que relaciona, a su vez, con la candidatura demócrata a la que derrotó electoralmente Trump en 2016; N. FRASER, “Saltar de la sartén para caer en las brasas. Neoliberalismo progresista, frente a populismo reaccionario”, trad. C. Conde, en VV. AA., *El gran retroceso*, Seix Barral, Barcelona, 2017, pp. 95-108.

condición necesaria de la democracia política y que es suficiente *con ponerla en suspenso*: “La economía política refuerza estructuralmente lo que la cultura consigue informalmente”; y vinculando su reflexión con la participación y la democracia: “Es condición necesaria de la paridad de participación que las desigualdades sociales sistemáticas sean eliminadas. Esto no significa que todo el mundo deba tener exactamente la misma renta, pero sí requiere el tipo de igualdad aproximada que es incompatible con las relaciones de dominación y subordinación generadas de forma sistémica. Pese al liberalismo, entonces, la democracia política requiere una igualdad social sustantiva”⁷.

Y desde otra perspectiva que también guarda una cierta relación y refuerza lo dicho en el párrafo anterior, debemos tener en cuenta que las relaciones sociales no dejan de construirse sobre cimientos materiales; esto es, como correctamente sostienen Wilkinson y Pickett con un contundente apoyo en datos empíricos: “La reducción de la desigualdad puede ser un potente nivelador de nuestro bienestar”. Reduciendo la desigualdad económica se aminoran los problemas sociales y de salud, los problemas de (in)-movilidad social, violencia y *corrosión social*... lo que lleva a menos muros, menos prejuicios, más confianza, más reconocimiento del otro..., y, como concluyen su investigación estos autores, lleva a “una sociedad cualitativamente mejor y, valga la tautología, más ‘sociable’”⁸.

Volviendo a la desigualdad existencial, como apuntábamos siguiendo a Therborn, está vinculada “con atribuciones desiguales de la autonomía personal, el reconocimiento y el respeto, con negaciones de la igualdad existencial de los seres humanos, a quienes se impide desarrollar plenamente su capacidad de funcionamiento”⁹. Es una desigualdad que se alimenta de la confluencia de distintos vectores: patriarcado y misoginia, sexismo, racismo y xenofobia, islamofobia, antisemitismo, colonialismo,

⁷ N. FRASER, “Repensar la esfera pública. Una contribución a la crítica de la democracia actualmente existente”, en M^a. A. CARBONERO GAMUNDÍ y J. VALDIVIESO (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, cit., pp. 151-156 (es una reedición en castellano de un capítulo de *Justice Interruptus. Critical reflections on the ‘postsocialist’ conditions*, obra que Fraser publica inicialmente en 1997).

⁸ R. WILKINSON y K. PICKETT, *Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva*, trad. Laura Vidal, Turner Publicaciones, Madrid, 2009; y también, de los mismos autores, profundizando en estas cuestiones y, en sentido contrario, apuntando a la igualdad como clave para mejorar el bienestar colectivo y construir una sociedad mejor, Id., *Igualdad*, trad. C. Martínez, Capitán Swing, Madrid, 2019.

⁹ G. THERBORN, *La desigualdad mata*, cit., p. 59.

heteronormatividad, explotación de poblaciones dominadas por poblaciones dominantes, empobrecimiento de la clase trabajadora (y, con ello, criminalización del pobre económico como pobre moral)¹⁰. Desde esta confluencia podemos reconocer el (des)-valor de la diferencia como estrategia de exclusión y subordinación y, al mismo tiempo, adelantar las posibilidades que pueda tener la herramienta conceptual de la *interseccionalidad*, sobre la que luego volveremos, sin tampoco dejar de lado la vinculación de estas cuestiones con un cierto feminismo del que es un buen exponente el discurso de Angela Davis en la *Marcha de las mujeres en Washington*¹¹. Es esta, la existencial, una desigualdad que tiene que ver con cómo cada persona vive su vida en contextos sociales llenos de significados y emociones y que, entre sus consecuencias más negativas, tiene efectos sobre nuestra autoestima; sobre cómo consideramos y tratamos a los demás y cómo actuamos y participamos en el mundo; sobre la calidad de nuestras relaciones sociales y los niveles de desmembración social y de erosión de la cohesión social; sobre la desconfianza que nos transmite el otro.... En definitiva, efectos que van más allá de las cuestiones y estructuras económicas o de poder del Estado y que se refieren a nuestras vidas cotidianas y a nuestra vida cohabitando en sociedad con otros.

¹⁰ En el citado trabajo de Therborn se puede leer en relación a esta desigualdad existencial y a la confluencia de estas “tendencias” como generadoras de desigualdad: “Desde 1945 se ha producido una tendencia generalizada hacia la igualdad existencial y el mundo actual se sigue moviendo hacia la igualdad de autonomía personal, el reconocimiento y el respeto de todas las personas”, si bien esto no es algo generalizado a nivel global y todavía encontramos zonas donde siguen vivos, y “gobernando”, el sexismo, la xenofobia, el antisemitismo, la islamofobia, el antiarabismo, el patriarcado y la misoginia; matizando más adelante: “No obstante, aunque la desigualdad existencial patente e institucionalizada, que actuaba en forma de racismo, xenofobia, sexismo y desarrollismo despiadado (...), haya sido erosionada, la desigualdad existencial aún forma parte integral de las sociedades contemporáneas”; y añadiendo, finalmente: “Actualmente también existen tendencias sociales que producen nuevas formas de desigualdad existencial: la desindustrialización motivada por la deslocalización, la inmigración de los pobres y la marginación que provoca el mercado laboral”; *Ibidem*, pp. 91-96.

¹¹ En enero de 2017 esa *Marcha* concluye con un acto en Washington donde en el discurso que pronuncia Angela Davis podemos leer: “Esta es una marcha de mujeres que representa la promesa del feminismo en contra de los poderes perniciosos de la violencia estatal. Un feminismo inclusivo e interseccional que invita a todos a unirnos a la resistencia al racismo, a la islamofobia, al antisemitismo, a la misoginia y a la explotación capitalista” (entre otros lugares, accesible la versión en castellano del discurso, última consulta diciembre de 2019, en: <http://www.rebellion.org/noticia.php?id=222454>).

2. LA COMPLEJIDAD DE UN CASO REAL. ALGUNOS DÉFICITS DE SU TRATAMIENTO NORMATIVO

Un caso real nos puede ayudar a comprender la conveniencia de pensar principios y actuaciones normativas acordes con la complejidad de las sociedades plurales, que es lo que se está intentando plantear en esta aportación incidiendo en esta desigualdad existencial que, *en acción* –recogiendo una idea de Barrère– se convierte en discriminación¹²; esto es, nos puede ayudar a ver que las actuaciones políticas y normativas deben tener en cuenta esa complejidad si no quieren acabar teniendo efectos distintos, e incluso opuestos, a los objetivos declarados.

El caso en cuestión tiene que ver con la ley francesa 2010-1192 que prohíbe el ocultamiento del rostro en lugares públicos, aprobada el 11 de octubre de 2010 y que entró en vigor seis meses después, el 11 de abril de 2011. Esta norma fue impulsada por el Gobierno Sarkozy en un contexto de politización y radicalización del debate público entre los polos de la pertenencia cultural-religiosa y los principios republicanos –sin olvidar el condicionante de la creciente obsesión securitaria– y, cuando menos, pone en cuestión la capacidad del legislador para responder a la creciente pluralidad de la sociedad con una correcta articulación de universalismo y multiculturalismo¹³. Así, aunque en su escueto articulado no se encuentra referencia alguna al velo integral, lo que le podría aportar una falsa apariencia de neutralidad, sí que lo hace la norma que desarrolla su aplicación, donde encontramos referencia directa a los velos integrales islámicos (*burqa* y *niqab*), con lo que podríamos considerar que indirectamente también a sus portadoras: mujeres que profesan la fe islámica; y donde se viene a recoger que ocultar el rostro socava

¹² En su defensa de la necesaria coherencia entre las políticas de igualdad y el derecho antidiscriminatorio, dice Barrère: “La razón estriba en que la discriminación (se manifieste estructural o individualizadamente, se reconozca o no jurídicamente y se sancione positiva o negativamente) no es más que la desigualdad *en acción*”; M^a. Á., BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 87-88, 2010, p. 228.

¹³ En este sentido, una contextualización crítica de este proceso legislativo y de las prácticas administrativas vinculadas, incidiendo en la radicalización de las posiciones al iniciar el siglo XXI que explicaría el tránsito desde la ley 2004-228, que regulaba el uso de símbolos religiosos en centros educativos, a esta 2010-1192, que interviene en el control de todo el espacio público, lo encontramos en: V. CHAMPEIL-DESPLATS, “*Laïcité et liberté religieuse en France: aux sources de la loi interdisant la dissimulation intégrale du visage dans l’espace public*”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 29, 2012, pp. 51-72 (sobre todo, 62-72).

las exigencias mínimas de la vida en sociedad y coloca a las personas en una situación de exclusión e inferioridad incompatible con los principios de libertad, igualdad y dignidad humana¹⁴. De cualquier manera, debemos tener en cuenta que no nos estamos pronunciando sobre el significado de portar el velo integral y sobre si detrás de este signo subyace una cultura de dominación de un sexo sobre otro, sino que, insisto, nos ocupa este caso para atender a los efectos que tal intervención político-normativa puede tener¹⁵.

Así, podemos recoger lo que ocurrió con Kenza Drider, ciudadana francesa residente en Avignon y que, como portadora de un tipo de velo integral, el *niqab*, participó en los trabajos parlamentarios previos a la elaboración de la ley¹⁶. De acuerdo a lo allí recogido, para Kenza Drider su dignidad y su libertad, su desarrollo personal en orden a vivir fiel a sus creencias religiosas consistía, precisamente, en poder llevar a cabo la decisión de portar el *niqab*. Lo que le llevó a anunciar antes de la entrada en vigor de la norma que si bien no se negaría a ser identificada cuando se le requiriese –de hecho en

¹⁴ *Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*. En su artículo 1, esta norma recoge: "Nadie puede, en el espacio público, llevar una vestimenta destinada a ocultar su rostro"; estableciéndose, conjuntamente con la normativa sancionadora, que las infracciones de este precepto pueden acarrear multas de hasta 150 euros y/o la obligación de realizar cursos de ciudadanía. Además, y en esto creo que el debate es lógicamente distinto, también se recogen otras sanciones económicas más severas (30.000 euros) y penas de privación de libertad para quienes impongan llevar esa prenda a través de amenaza, violencia, coacción, abuso de autoridad o poder, endureciéndose el castigo si la víctima es una persona menor de edad. Y *Circulaire du 2 mars 2011 relative à la mise en oeuvre de la Loi n° 2010-1192 du 11 octobre 2010 interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*.

¹⁵ Esta es la línea seguida en octubre de 2018 por el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas al resolver contra Francia sobre dos denuncias de dos mujeres sancionadas por llevar velo integral. Así, en la noticia recogida en la web del Alto Comisionado de Naciones Unidas, el presidente del Comité, Yuval Shany, manifestaba: "Estas decisiones no menoscaban el principio de laicidad y no tienen por objeto promover una costumbre, que muchos en el Comité, incluido yo mismo, consideramos una forma de opresión contra la mujer"; explicando, seguidamente, que la decisión del Comité pone en evidencia que una prohibición generalizada con carácter sancionador, como la contenida en la norma francesa, resulta demasiado amplia y no permite asegurar un equilibrio razonable entre interés general y libertades individuales (www.ohchr.org/FR/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=23750&LangID=F, última consulta en diciembre de 2019 y donde se puede acceder a los dictámenes íntegros en distintos idiomas).

¹⁶ Véase el informe de la *Mission d'information sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national: Rapport d'information n° 2262, Assemblée Nationale, 26 janvier 2010* (última consulta en diciembre de 2019 en: http://www.assemblee-nationale.fr/13/rap-info/i2262.asp#P551_92327).

su comparecencia parlamentaria se retiró el velo y así lo hacía también en otras ocasiones delante de hombres, como cuando acudía a reuniones con los profesores de sus hijos o tenía que verificar su identidad en un control de seguridad¹⁷-, la existencia de la norma, su prohibición y sus sanciones, no conseguirían que dejara de portar el *niqab* en el espacio público. Se trataba, además, de una decisión en la que no había presiones familiares, pues ella era pionera en su familia en portar la prenda, algo que -el ser pioneras en el entorno familiar-, por otro lado, parece que no es extraño a otros casos y creo que es relevante a la hora de evaluar el significado de las actuaciones político-normativas que prohíben y sancionan el uso del velo¹⁸. Finalmente, el mismo día en que entró en vigor la norma Kenza Drider fue detenida en París, junto a la catedral de Notre Dame, con un grupo de mujeres que portaban el velo integral, pero no por esa razón, sino por llevar a cabo una concentración sin autorización.

Más allá del caso en sí de Kenza Drider, su realidad nos sirve para hacer una lectura del significado de la norma. Quizás lo primero a recoger sea que es una norma que ha tenido una vida legislativa un tanto controvertida; algo acorde, por otra parte, con lo poco pacífica que se presenta la cuestión de la utilización de vestimentas religiosas y otros símbolos de pertenencia

¹⁷ *Rapport d'information n° 2262, Assemblée nationale, 26 janvier 2010.*

¹⁸ En este sentido, si bien no es fácil encontrar estudios que den voz a las mujeres portadoras del velo integral, existe uno publicado por la *Open Society Foundations* en abril de 2011 donde se recogen 32 entrevistas a mujeres que lo llevaban, siendo, en su mayoría, las primeras de su familia en portarlo. En la conclusión del informe se recoge que estas mujeres afirmaban que su decisión era libre, sin otra influencia que sus propias lecturas, incluso con la oposición de sus familias. En estas conclusiones también se relata que desde el inicio del debate en Francia sobre la iniciativa legislativa prohibicionista había aumentado la agresión verbal contra las mujeres portadoras de velo integral, lo cual pone en cuestión que se cumpla el objetivo de la ley de avanzar en la causa de la dignidad de las mujeres. Este informe, "Un voile sur les Réalités. 32 musulmanes de France expliquent pourquoi elles portent le voile intégral", puede consultarse íntegramente en sus versiones en inglés y francés en: www.opensocietyfoundations.org/publications (última consulta en junio de 2019). Otra investigación con resultados similares fue la realizada con 27 mujeres portadoras de velo integral por el *Human Rights Centre of Ghent University* y que encontramos publicada en E. BREMS, Y. JANSSENS, K. LECOYER, S. OUALD CHAIB, V. VANDERSTEEN y J. VRIELINK, "The Belgian 'burqa ban' confronted with insider realities", en E. BREMS (ed.), *The experiences of face veil wearers in Europe and the law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2014, pp. 77-114. Finalmente, en esa misma publicación colectiva también encontramos en la Parte I otros capítulos donde se recogen investigaciones empíricas realizadas en Dinamarca, Holanda y Reino Unido sobre la experiencia de mujeres que llevan velo integral.

en el espacio público, y esto al margen de si al final reconocemos que hay o no conflicto entre valores y derechos o el tema es más bien de límites de los mismos¹⁹. Así, por ejemplo, de una parte, en octubre de 2010 el Consejo Constitucional francés avaló en un dictamen vinculante la constitucionalidad de la prohibición, con la salvedad de que la consideraba inaplicable en los lugares de culto abiertos al público. Sin embargo, de otra parte, el Consejo de Estado, unos meses antes, marzo de 2010, había planteado la conveniencia de sustituir esta propuesta regulativa por otra que evitase sanciones negativas y que no estableciese una prohibición general para todos los lugares públicos, sino solo para aquellos en los que la seguridad o el riesgo de fraude aconsejasen la limitación en su uso²⁰.

Tampoco ha sido pacífica la vida de la norma una vez que ha entrado en vigor y prueba de ello es, por ejemplo, que, de un lado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) dictaminó en el asunto *S.A.S contra Francia*, julio de 2014, que la norma –y su prohibición general– resultaba acorde con el contenido de los derechos recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) (arts. 8, 9 y 10, individualmente o en rela-

¹⁹ Resulta de interés acudir a Á. SOLANES, *Derechos y culturas. Los retos de la diversidad en el espacio público y privado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, sobre todo, pp. 150-203, donde, con referencias a casos concretos, a distintas resoluciones judiciales y a tratamientos normativos, entre ellos –pero no solo– este de la norma francesa, se analiza la cuestión del velo integral; la presencia de símbolos religiosos estáticos en el espacio público; y, finalmente, el uso de la vía pública para actividades religiosas y culturales. Por otra parte, sobre la cuestión de si existe conflicto de valores y derechos o es un tema de límites de los mismos, volveremos más adelante –al hilo de los efectos de riesgo de desubjetivización de la norma prohibicionista– con referencias a M. MALIK, “El derecho de la igualdad: resolviendo conflictos de igualdad y derechos humanos. La experiencia británica”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 109-146.

²⁰ Véase, con respecto al Consejo Constitucional, la *Décision n° 2010-613 DC du 07 octobre 2010* (última consulta en diciembre de 2019 a través de la web del Consejo Constitucional francés: www.conseil-constitutionnel.fr); mientras que con respecto al Consejo de Estado habría que consultar el Informe adoptado por su Asamblea General Plenaria con fecha de 25 de marzo de 2010, “Étude relative aux possibilités juridiques d’interdiction du port du voile integral” (última consulta en diciembre de 2019 a través de la web del Consejo de Estado francés: www.conseil-etat.fr). También podríamos recoger aquí la línea seguida por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa en su Resolución 1743 (2010), “Islam, islamisme e islamophobie en Europe”, donde si bien se reconoce que esta tradición de llevar *burqa* o *niqab* puede representar una amenaza para la libertad y dignidad de las mujeres, también se desaconseja una prohibición total y general del uso de los velos integrales, salvo determinadas circunstancias, como, por ejemplo, por motivos de seguridad (accesible, última consulta diciembre 2019, a través de la web de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa: www.assembly.coe.int).

ción al 14)²¹; jurisprudencia que se consolidó posteriormente con, por ejemplo, otras resoluciones de 2017 vinculadas con prohibiciones similares establecidas en Bélgica²². Mientras que, de otro lado, el Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de velar por el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, dictaminó, en octubre de 2018 y a partir de dos denuncias de dos mujeres que habían sido sancionadas en 2012 por llevar velo integral en espacios públicos, que la norma establecía una prohibición excesivamente general y amplia y que podía tener el efecto contrario al pretendido, esto es, podía acabar dificultando los procesos de integración social²³.

²¹ Sentencia del TEDH (Gran Sala) en el asunto *S.A.S contra Francia*, n° 43835/11, de 1 de julio de 2014. Un análisis crítico de esta resolución, fijándose, sobre todo, en el argumento del “*vivre ensemble*” y en el reconocimiento al Estado francés de un amplio “margen de apreciación” que le permite una lectura restrictiva de derechos y libertades a través de la norma que prohíbe el uso del velo integral en espacios públicos, lo encontramos en: V. CAMARERO y F. J. ZAMORA, “La sentencia del TEDH en el caso S.A.S. c. Francia: un análisis crítico”, *Revista General de Derecho Canónico y Derecho Eclesiástico del Estado*, núm. 37, 2015. También conviene recoger aquí la crítica que a las restricciones a las libertades en este tema en base al concepto jurídico indeterminado de “convivencia” hace Á. SOLANES, “Límites a los derechos en el espacio público: mujeres, velos y convivencia”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 31, 2015, pp. 62-91. Finalmente, S. OUALD CHAIB and L. PERONI, “S.A.S. v. France: Missed opportunity to do full justice to women wearing a face veil”, July 3, 2014 (accesible, mayo 2020), en: strasbourgobservers.com/2014/07/03/ coincide en criticar el argumento del “*vivre ensemble*”, pero recoge elementos positivos de la sentencia, como la incorporación en la Corte del lenguaje de igualdad de género y, en relación con ello, que se abandone la consideración de las mujeres musulmanas como oprimidas, además de la integración de algunos aspectos procesales.

²² STEDH (Sección Segunda) en el asunto *Belkacemi y Oussar contra Bélgica*, n° 37798/13, de 11 de julio de 2017; y STEDH (Sección Segunda) en el asunto *Dakir contra Bélgica*, n° 4619/12, de 11 de julio de 2017. Un comentario crítico de ambas resoluciones –compartiendo también la vaguedad del “*vivre ensemble*” apuntada en la nota anterior y, recogiendo, entre otras cosas, que no se presta atención al impacto de la prohibición sobre las mujeres y que es la mayoría quien dicta las condiciones de convivencia e interacción social que limitan el pluralismo religioso– lo encontramos en: M. FERRI, “Belkacemi and Oussar v Belgium and Dakir v Belgium: the Court again addresses the full-face veil, but it does not move away from its restrictive approach”, July 25, 2017 (accesible, mayo de 2020, en: strasbourgobservers.com/2017/07/25/). Sin embargo, también cabe recoger que la STEH (Sección Segunda) en el asunto *Lachiri contra Bélgica*, n° 3413/09, de 18 de septiembre de 2018, resolvió que había habido una violación del art. 9 del CEDH cuando a la solicitante no se le permitió el acceso a la sala de un tribunal por portar un *hiyab*, aunque el TEDH señala en su resolución la diferencia entre el “*foulard islamique*” y lo que en el caso de *S.A.S. contra Francia* era “una prenda que oculta todo el rostro con la excepción eventual de los ojos”.

²³ *Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5, párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2747/2016; y Dictamen aprobado por el Comité a tenor del artículo 5,*

En realidad, el espíritu de los dos dictámenes a los que nos referimos y que no son partidarios de la prohibición generalizada (Consejo de Estado y Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas) viene a coincidir con buena parte de las críticas que se han realizado a la sentencia del TEDH en el referido asunto *S.A.S. contra Francia* y, de forma más amplia, a aquellas normativas prohibicionistas del uso del velo integral; incidiendo, para ello, en lo contraproducente de las medidas prohibicionistas con respecto a los objetivos declarados (integración, protección de la mujer...) y en que estas medidas normativas van dirigidas a proteger a una mayoría que siente su moral y estilo de vida afectados y declara verse insegura cuando se cruza con un velo. En este sentido, podemos recoger los trabajos de Eva Brems –de quien ya hemos citado su investigación empírica realizada en Bélgica con 27 mujeres que portaban el velo integral²⁴–. Mientras que, en nuestro entorno

párrafo 4, del Protocolo Facultativo, respecto de la comunicación núm. 2807/2016. En una nota al pie anterior ya hemos hecho referencia a estos dos dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas y hemos indicado dónde consultarlos. En la parte que recoge la deliberación de Comité en lo que respecta al “examen de la cuestión en cuanto al fondo”, entre otras cosas, encontramos en ambos dictámenes la afirmación por parte del Comité de que no se ha explicado suficientemente por Francia la justificación y/o razonabilidad de la prohibición general del velo; también se observa que esta prohibición parece no tener en cuenta la posibilidad de que el uso de esta prenda pueda ser decidido por voluntad propia, incluso a modo de reivindicación; e, igualmente, se recogen los efectos negativos y contrarios a los pretendidos que podría tener la norma: “El Comité observa además que la prohibición, en lugar de proteger a las mujeres que usan el velo integral, podría tener el efecto contrario de confinarlas a su hogar, obstaculizar su acceso a los servicios públicos y exponerlas al riesgo de sufrir malos tratos y marginación”. Por otra parte, también hay que recoger que estos dos dictámenes contaron con dos votos particulares concurrentes y dos disidentes, lo que no deja de poner también de manifiesto que nos encontramos ante una regulación poco pacífica.

²⁴ Véase, E. BREMS, “Face veil bans in the European Court of Human Rights: the importance of empirical finding”, *Journal of Law and Policy*, vol. 22 núm. 2, 2014, pp. 517-551, donde concluye: “Desde la perspectiva de las mujeres afectadas, las prohibiciones de los velos faciales son contraproducentes con respecto a los tres propósitos declarados para la prohibición: (1) restringen los derechos de las mujeres en lugar de promoverlos; (2) reducen la interacción social; y (3) exponen a las mujeres a graves riesgos de seguridad. Los legisladores francés y belga no estaban preocupados por el impacto del velo facial en las mujeres que lo llevaban, sino por el efecto en las personas que se encuentran con mujeres que lo llevan (...). ¿La sentencia *S.A.S. versus Francia* obligará a los Estados europeos a retirar las prohibiciones del velo facial? Si el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se toma en serio la realidad empírica, no puede mantener las prohibiciones. Sin embargo, sigue existiendo el riesgo de que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no alcance a mirar a través de los ojos de un Otro tan diferente y que, simplemente, aceptará las justificaciones del Estado francés basadas

–que tampoco ha estado exento de polémicas similares (Lleida y Reus)²⁵–, entre otras aportaciones, también en una línea crítica Manuel Olmedo analiza esta sentencia del TEDH. De ella viene a decir que “se basa en un discurso argumentativo débil”, con la consecuencia no deseable de suponer una limitación de derechos concretos e individuales reconocidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8 y 9, en orden a satisfacer decisiones –y deseos– de la mayoría de “protegerse” en sus encuentros en el espacio público con mujeres que portan el velo integral. Como cierra Olmedo su trabajo: a través de esta sentencia, el TEDH “ha dado entrada, como limitación de los derechos y libertades de la minoría, y por la vía de la expresión ‘derechos y libertades de los demás’ de los arts. 8.2 y 9.2, a valores indeterminados y no positivizados (...) Podemos añadir que, lamentablemente, esos principios abstractos no son otra cosa que la condensación, en forma de pretendidos valores mínimos de convivencia, de la moral de la mayoría, identificación que ya sabemos puede dar lugar a comportamientos pretendidamente legítimos de intolerancia y xenofobia”²⁶.

en supuestos ampliamente compartidos y preocupaciones mayoritarias, como lo han hecho el Consejo Constitucional francés y el Tribunal Constitucional belga”; pp. 550-551.

²⁵ Sin ser ahora estos casos los que nos ocupan, cabe recordar aquí las ordenanzas cívicas de Lleida y Reus: la primera prohibía el uso del velo integral en equipamientos municipales; la segunda en espacios públicos. En relación al primer caso, aunque en un primer momento el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña avalará la prohibición (STSJ CAT 5980/2011), posteriormente, el Tribunal Supremo acabó estimando un recurso de casación presentado por la Asociación Watani para la libertad y la Justicia y anulando la anterior sentencia en lo que se refiere a la Ordenanza Municipal de Civismo y Convivencia por exceder la potestad municipal y vulnerar el art. 16 de la Constitución Española, aunque habría que recoger que aceptó las cuestiones vinculadas con la identificación de los titulares de tarjeta de transporte recogidas en el art. 21 del Reglamento del Servicio de Transportes Urbanos (STS 693/2013). En el caso de Reus, fue el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña quien –con base en la anterior sentencia del Supremo y a través de un Auto de 29 de enero de 2015– suspendió la ejecutividad de los artículos de la Ordenanza de Civismo de la ciudad de Reus que establecían esa prohibición (ATSJ CAT 1/2015). Por otro lado, resultan de interés las reflexiones que a partir de estas dos resoluciones del Tribunal Supremo y del Superior de Cataluña realiza Morondo sobre el uso del argumento de la igualdad y sobre la autonomía de las mujeres en los debates sobre el velo integral, véase: D. MORONDO, “El principio de igualdad entre mujeres y hombres frente a la prohibición del velo islámico integral”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXX, 2014, pp. 291-307.

²⁶ M. OLMEDO, “La sentencia del TEDH en el asunto S.A.S. c. Francia [GC], núm. 43835/2011, ECHR 2014, sobre la prohibición del velo integral en lugares públicos”, *Jueces para la democracia*, núm. 83, 2015, pp. 102-115 (este mismo artículo se encuentra publicado en *Diario La Ley*, 8363, 2014). En un sentido similar, A. CARRETERO, “Sin burka por prohibición.

En un similar sentido crítico con lo sustantivo de esta resolución del TEDH –y con la crítica ya comentada anteriormente en nota al pie a ese concepto jurídico indeterminado del “vivir juntos” en el que se apoya–, E. Relaño, tras afirmar que “en *S.A.S. contra Francia* el TEDH ha incurrido en un activismo judicial insano” al justificar una prohibición general en unas imprecisas exigencias de la convivencia social, concluye sobre estas regulaciones (la de Francia, Bélgica...y las que puedan venir): “El impacto de estas prohibiciones ha sido desproporcionado para un grupo determinado, las mujeres musulmanas, en flagrante violación del principio de no discriminación por motivos de conciencia, de religión y de género. No ha quedado demostrado que las prohibiciones hayan sido medidas necesarias y proporcionadas para la salvaguarda de la seguridad pública. Al contrario, esta legislación prohibitiva ha puesto de manifiesto hasta dónde puede el derecho doblegarse a la cultura del miedo y revestir a las presunciones, especulaciones y estereotipos de ropajes de apariencia jurídica, muy peligrosos para una democracia saludable y plural”²⁷.

Y, finalmente, se nos antoja como suficientemente esclarecedora del significado de la resolución judicial del TEDH –y de la regulación prohibicionista– la reflexión aportada por Arzu Merali en torno a lo que supone esta imposición de los criterios de convivencia que el Gobierno francés define discrecionalmente: “En otras palabras, la solicitante individual y las portadoras individuales de *niqab*, de las que hay quizás miles, quedan reducidas a una masa y desprovistas de su capacidad de agencia individual en virtud de la ley, mientras que la masa de la comunidad, sin rostro concreto legalmente discernible, se considera individual y capaz de experimentar sentimientos susceptibles de ser heridos. La (supuesta) mayoría blanca es, en consecuencia, el ciudadano francés modelo, y quien incumpla la prohibición se considera un delincuente a la que es necesario sancionar mediante una multa y/o la obligación de acudir a clases de ciudadanía”²⁸.

Con todo lo anterior, coincidimos en plantear que, incluso pensando en un legislador bienintencionado, el resultado de una norma prohibicionista y

Nota a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 1 de julio de 2014”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 11, 2014, pp. 273-285.

²⁷ E. RELAÑO, “Las dos caras del Dr. Jekyll: las prohibiciones del velo integral a debate”, *Debates Jurídicos*, núm. 5, abril-2015, pp. 1-33 (último acceso en diciembre de 2019 a través de la sección “publicaciones” de: www.rightsinternationalspain.org).

²⁸ A. MERALI, “Vivir como un Ser social. La interconectividad del ser”, trad. C. Piña, en B. DE SOUSA SANTOS y B. SENA MARTINS (eds.), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, Akal, Ciudad de México, 2019, p. 134.

sancionadora de este tipo nos lleva a considerar que lo que en abstracto puede ser una medida político-jurídica que trata de corregir la desigualdad –y la discriminación (o *subdiscriminación*)²⁹– generada por una visión del mundo que tiene como regla la dominación de un sexo sobre otro, puede acabar provocando efectos no deseados: clausura y estigmatización de la mujer musulmana, representación hostil de la identidad, humillación, radicalización y cierre identitario y, entre otros, y no exento de importancia, riesgo de desobjetivización. En este sentido, más contundente resulta De Féo, para quien –más allá de la consideración de “riesgo de”– la ley sería reflejo de un discurso público construido sobre estereotipos que reducen a estas mujeres a una condición de víctimas de un orden patriarcal y les impiden su desarrollo como sujetos de pleno derecho que toman decisiones individuales; esto es, con el protagonismo de esta ley que prohíbe –y el refuerzo de los medios de comunicación– plantea esta investigadora que se somete a las mujeres portadoras del velo integral a un proceso de desobjetivización donde se les confisca la palabra, se les condiciona su capacidad de elegir, se les niega su libre albedrío y su individualidad y se les encierra, en definitiva, en una prisión simbólica³⁰.

Dejando reservado este tema de la desobjetivización –que luego retomaremos–, en su conjunto, se trata de efectos que creo tienen que ver con la

²⁹ “Subdiscriminación” atendiendo a la propuesta terminológica y conceptual que en nuestro entorno académico trabajan Barrère y Morondo y que nos remite a considerar la discriminación dentro, y en términos de, sistemas de opresión y dominación, véase M. Á. BARRÈRE, y D. MORONDO, “Subdiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

³⁰ En todos o algunos de los efectos negativos arriba señalados vienen a coincidir los trabajos que analizan con perspectiva crítica la norma francesa y la sentencia del TEDH. Conviene, no obstante, hacer mención individualizada de A. DE FÉO, “Les femmes en niqab en France”, *Socio*, núm. 11, 2018, pp. 141-164, quien, además de referirse a los efectos arriba recogidos como “efectos controvertidos de la ley”, se centra en la cuestión de la desobjetivización. Por otra parte, también resulta oportuno, cuando menos, mencionar aquí otros planteamientos que ayudan a matizar la afirmación de estos efectos de “desobjetivización”. Es el caso de los argumentos de M. MALIK, “El derecho de la igualdad: resolviendo conflictos de igualdad y derechos humanos. La experiencia británica”, cit., pp. 109-146, donde se traslada el debate desde la posible pérdida de la condición de sujeto a la de los límites de los derechos –una cuestión ya apuntada en el texto anteriormente– y donde la autora nos abre la mirada y, tal vez, nos permita un “punto de fuga” en la siguiente afirmación: “El problema de los símbolos religiosos como el del velo se presenta como un conflicto irresoluble entre la religión y el género, cuando en realidad se trata de problemas de discriminación múltiple y de interseccionalidad” (p. 127).

dinámica generada por la existencia de la norma. Son efectos tal vez buscados o tal vez no, pero vinculados con la existencia de una norma que en su diseño no parece ser consciente del contexto en el que no solo se desarrolla, sino en el que podríamos decir que se haya atrapada y en el que encontramos cuestiones como las siguientes: que la identidad se ha convertido en nuestras sociedades en un importante factor de estratificación (con consecuencias de creación de estereotipos, segregación, humillación, estigmatización...), por lo que no se puede ignorar la cuestión de la identidad ni qué tratamiento jurídico-político se hace de las cuestiones a ella vinculadas; que, precisamente, este derecho y esta política se mueven, y alcanzan su significado, en un terreno de desconfianza y mixofobia desde donde se reclama que las sociedades se clausuren ante el exterior y ante los extraños que se han colado entre nosotros, favoreciendo la diferenciación y separación y reforzando el *nosotros* a costa de mantener limpios, sólidos e inexpugnables los muros y barreras que nos separan del *ellos*, del *otro*; o, entre otras cuestiones que contextualizan, que el derecho y las políticas de igualdad que podrían vincularse con esta norma no están exentos de acabar leyéndose como un refuerzo antiséptico del que tienden a rodearse las “comunidades de mismidad”, comunidades inclinadas a refugiarse en definiciones-construcciones cerradas del *nosotros* ante la ansiedad y el temor que les provoca la necesidad de convivir con una creciente variedad de tipos y estilos de vida, renunciado a cualquier esfuerzo por comprender la diferencia y negociar en sociedades complejas³¹.

De este modo, regresando a la idea de la desigualdad existencial, así como a estos efectos “no deseados” que apuntábamos, y en especial al riesgo de desubjetivización en lo que significa de negación del estatus de sujeto a una persona, creo que es relevante traer aquí, con este caso, que conviene entender

³¹ Sobre estas cuestiones que condicionan el significado que le demos a cualquier política y desarrollo normativo en este ámbito: sobre el valor de la identidad como factor de estratificación; la desconfianza y mixofobia que definen el contexto y que animan a la clausura de las sociedades ante el exterior; y la lectura de las políticas y medidas normativas como un refuerzo antiséptico funcional a las “comunidades de mismidad”, sirvan, entre otros trabajos del mismo autor: Z. BAUMAN, *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, trad. J. Alborés, Siglo XXI, Madrid, 2003; Id., *Identidad*, trad. D. Sarasola, Losada, Madrid, 2005; Id., *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, trad. J. Sempere y E. Tudó, Arcadia, Barcelona, 2006; Id., *Mundo consumo. Ética del individuo en la aldea global*, trad. L. Mosconi, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 2010. Por otra parte, sobre “el valor del extraño” como ayuda para comprender el significado de estas iniciativas jurídico-políticas, puede verse: R. SUSÍN, “Inmigración y barreras en la ciudadanía. El miedo al otro y el derecho a la democracia plural”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXXI, 2015, pp. 234-244.

que cubrirse con velo –o enseñar todo lo posible– debe ser un ejercicio de libertad y, por eso, puede defenderse que no es tanto el velo lo que conculca la libertad de estas mujeres, sino la imposición de prescindir de él, les guste o no³². Como bien recogía ya hace unos años Ferrajoli al hilo de unas reflexiones sobre la relación entre el carácter universal de los derechos fundamentales y el multiculturalismo –y tras advertir de la importancia de que en casos como el del velo y, más aún, en otros como el de la infibulación, la regulación debe ir encaminada a la protección de las personas “de carne y hueso”, al individuo, y no a la cultura–: “Siempre que se produzca cualquier coacción de su ejercicio en forma de obligación o de prohibición estaremos en presencia de la imposición jurídica de una determinada cultura –nuestra moral y nuestra cultura, asumidas de hecho como la única o la verdadera moral o cultura– que contradice los principios de libertad y laicidad en nombre de los cuales tales obligaciones o prohibiciones son impuestas”³³.

Dicho de otra forma, podríamos preguntarnos: ¿qué ofende más la dignidad de las mujeres?; ¿qué las hace más desiguales e inferiores?: ¿el más

³² Como plantea Leila Slimani, escritora ganadora del *Goncourt* 2016 y activista feminista franco-magrebí, el velo solo desaparecerá “cuando las mujeres por sí mismas, con la educación, el feminismo, con otra relación con sus cuerpos, sientan menos necesidad de portarlo (...). Aprecio mucho la laicidad, creo que es un lujo extraordinario vivir en un país laico donde cada cual guarda para sí su religión. Pero mientras la gente respete la laicidad y no busque convencer a todo el mundo, tiene derecho a vivir su religión como quiera”; *El País* de 31 de octubre de 2019. También nos sirven aquí las consideraciones sobre estas normas prohibitivas y la autonomía de las mujeres, en el marco de una reflexión sobre el significado del velo, de C. GARCÍA PASCUAL, “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2016, pp. 42-67, donde, además, concluye: “El *burka* o el *niqab* no deberían encontrar espacio en nuestras ciudades de la misma manera que no debería encontrar espacio la discriminación, la desigualdad, la explotación. Pero construir una sociedad libre a través de leyes prohibitivas o sancionadoras no constata nada más que el fracaso de todo lo que hubiera debido realizarse antes en pos de la igualdad” (p. 66).

³³ En ese trabajo alertaba Ferrajoli de los efectos negativos del tratamiento penal con respecto a la infibulación, pero también sobre el tema del velo: “...por más estigmatizable que sea en el plano moral y político como signo de una subordinación de la persona y de una mortificación de su dignidad, siempre que sea el producto de una elección libre y consciente por parte de una mujer mayor, no se justifica castigarla (...). Más bien, ya que son con frecuencia bastante más eficaces, deberán existir los instrumentos para prevenir estas prácticas intolerables, sobre las que la represión penal tendría el único efecto de hacerlas clandestinas e incluso de incentivarlas como actitud de defensa de una identidad cultural ofendida: se requiere la educación, la persuasión y, en general, todas las políticas dirigidas a la emancipación de la mujer”; L. FERRAJOLI, “Derechos fundamentales: universalismo y multiculturalismo”, trad. M. Carbonell, *Claves de Razón Práctica*, núm. 184, 2008, pp. 4-7.

tupido de los velos o no escucharlas y declararlas esclavas de lo irracional? O como también se ha planteado, igual resulta prudente pensar que aunque el *burqa* o el *niqab* –incluso, el *hiyab*, aun con las diferencias que existen y que conllevan valoraciones diferentes³⁴– puedan ser en realidad elementos que revelan una situación de subordinación femenina y de ejercicio de poder y dominación masculina, la regulación sobre su uso (y no tanto el pañuelo en sí), ya sea obligando en unos países o prohibiendo en otros, no deja de ser, de una parte, una normativización del cuerpo de las mujeres musulmanas; y de otra, y en cierta medida yendo más lejos, un intento por establecer el control, la subordinación y la dominación de todos los musulmanes por medio de estas reglas normalizadoras³⁵. En este sentido, puede ser de interés acudir a la reflexión de Carme Adán cuando reivindica la conveniencia de “legislar como feministas” –que no es lo mismo, sostiene, que una “legislación feminista”–, y tras preguntarse si prohibir la prostitución mejorará la vida de las mujeres que la ejercen y afirmar que “el problema sigue siendo la masculinidad heteropatriarcal construida sobre el desprecio y el control del cuerpo femenino”, se refiere al *hiyab* (del que –aunque aquí nos sirve la cita– insisto soy consciente de que requiere de un tratamiento y tiene un significado diferente al del velo integral) y dice: “Aquí el *hiyab* también es algo más que un pañuelo, y la prohibición de entrar con él en las aulas tampoco parece muy liberadora. En este conflicto siempre da la sensación de que la joven carece de capacidad para decidir, que alguien tiene que hablar por ella (...). En muy pocas ocasiones estamos dispuestas a escuchar cuál es la opinión de las mujeres musulmanas. Adoptamos una posición eurocéntrica de superioridad, como si no tuviéramos ataduras y sumisiones de sobras visibles en nuestro

³⁴ C. GARCÍA PASCUAL, “Ciudadanía y vida social bajo el velo integral”, cit., pp. 42-67, aporta un elemento de interés en esta diferenciación, apuntando no solo que el debate más reciente sobre el velo integral y su prohibición “ha redimensionado” el que hubo en su día sobre el *hiyab*, sino, sobre todo, que aunque los dos podrían leerse como símbolos de desigualdad, mientras el *hiyab* admite una resignificación, esta no cabe en el caso del velo integral o “no cabe una que permita a las mujeres participar plenamente en la vida pública” debido a su potencial excluyente (incluso, habiendo voluntariedad) (p. 62).

³⁵ En este sentido, resulta reveladora la reflexión crítica siguiente: “La regulación del pañuelo se convierte en un dispositivo visible del apuntalamiento de la desigualdad entre un *ellos* y un *nosotros*. Normativizando el cuerpo de los otros se hace evidente la relación de dominación, ya que se está imponiendo un modo de representación, a través de la implantación de una imagen a la que el sujeto tiene que parecerse o asimilarse: *no hay que* o *hay que* llevar el pañuelo”; Á. RAMÍREZ, *La trampa del velo. El debate sobre el uso del pañuelo musulmán*, Los libros de la catarata, Madrid, 2011, p. 144.

propio cuerpo para ir dándoles lecciones de libertad a quienes ni siquiera nos las han pedido”³⁶.

Así, con lo anterior podemos concluir este apartado diciendo que con el derecho y las políticas públicas, en un sentido o en otro, prohibiendo el uso del velo integral u obligando a ello, no se hace otra cosa que participar de una dinámica de reificación y normativización del cuerpo del otro. A este *otro* –normalmente a esta *otra*– le imponemos la imagen que debe cumplir, a la que debe asimilarse, pero, al mismo tiempo, al señalarlo lo convertimos en un “exterior constitutivo” y con ello apuntalamos la desigualdad entre nosotros y ellos³⁷; y no solo la desigualdad, también toda una más compleja arquitectura de opresión y dominación. En definitiva, lo que en principio podría ser pensado como una intervención jurídica que sirviera para corregir, o atenuar, una situación de discriminación acaba reforzando una situación –en la expresión ya referida de Barrère y Morondo– de *subordiscriminación*.

3. PROPUESTA DE TRATAMIENTO DE LAS DESIGUALDADES COMPLEJAS Y ENTRELAZADAS

3.1. Qué no conviene hacer

Partiendo de que no conviene caer en reconocimiento de inconmensurabilidad alguna que nos lleve a un relativismo asocial, creo que podemos avanzar afirmando que se requiere, sin duda, una actuación jurídica política, pero no cualquiera. Esto es, no parece posible renunciar a la utilización del derecho y las políticas públicas para actuar sobre desigualdades, discriminaciones y subordiscriminaciones, pero habrá que ser cuidadoso en la opción

³⁶ C. ADÁN, *Feminicidio. Un nuevo orden patriarcal en tiempos de sumisión*, Edicions Bellaterra, Barcelona, 2019, pp. 117-119. Con resultados distintos y en este caso como límite a la diversidad cultural y religiosa, también se propone para este tema atender a la dimensión de género en: O. SALAZAR, “La autonomía relacional de las mujeres como límite de la diversidad cultural y religiosa: a propósito de la polémica prohibición del vevo integral”, *Derechos y Libertades*, núm. 34, 2016, pp. 203-234.

³⁷ Se trata de disponer de un fobotipo de lo propio, de un “exterior constitutivo” que facilite la estrategia de “clausura del sentido” de la sociedad ante el mundo exterior, manteniendo su identidad y cohesión interna en la precisa diferenciación con lo que le rodea; H. SILVEIRA GORSKI, “Introducción: La vida en común en sociedades multiculturales. Aportaciones para un debate”, Id. (ed.), *Identidades comunitarias y democracia*, Trotta, Madrid, 2000, pp. 11-43.

elegida, no sea que el efecto final resulte ser el del fortalecimiento de aquello que queremos corregir.

Por lo tanto –y aunque no por sabido deje de ser necesario recordarlo–, no cabe recurrir –a través de la vía de la infrapenalidad y micropenalidad que supone el derecho administrativo sancionador– a un populismo punitivo que, si bien dice que persigue aportar seguridad, su resultado final es el de producir el efecto contrario: acabar generando más violencia e inseguridad. Sin entrar en el detalle que requeriría esta cuestión, lo que quiero decir aquí es que hay que evitar actuaciones sancionadoras que participan de la dinámica de un populismo punitivo que se justifica en procurar una seguridad pública libre de las amenazas que nos genera el extraño y sus costumbres bárbaras; cuando, por el contrario, acaba por facilitar la consumación de una especie de profecía autocumplida en la que la regresión cívica y democrática, la estigmatización, segregación y aislamiento que provoca sirven de caldo de cultivo para la violencia, la criminalidad, el desorden, el incivismo... en definitiva, para el grave deterioro del tejido social sobre el que se deben asentar las sociedades que se pretenden democráticas³⁸.

Como digo, es una cuestión que requiere más tiempo del que ahora disponemos, pero, cuando menos, sí que conviene recoger dos cosas más que creo de interés para este trabajo. De una parte, no podemos ignorar que este populismo punitivo se conecta, de alguna manera, con el hecho de que hayamos decidido renunciar a la potencialidad de la ciudad como lo que siempre ha sido: un lugar de encuentro y de diálogo entre experiencias diversas. Y, frente a esto, la hayamos reconvertido en un espacio que nos provoca ansiedad en la medida en que la obsesión por habitar espacios homogéneos, excluyentes y exclusivos, nos arrastra a una incapacidad para convivir entre extraños y de allí a una reacción de paranoia mixofóbica³⁹; lo que, además,

³⁸ “El populismo penal se compagina con el populismo político: inculcando y alimentando el miedo, la sospecha y la percepción del diverso –del emigrado, del negro, del islamista– como enemigo, deformando el sustrato simbólico de la democracia que es el sentimiento común de igualdad y de solidaridad, sustituyéndolo por el sustrato simbólico de los regímenes populistas y autoritarios”; L. FERRAJOLI, “Democracia y miedo”, trad. J. M. Revuelta, en M. BOVERO y V. PAZÉ (eds.), *La democracia en nueve lecciones*, Trotta, Madrid, pp. 2014, pp. 112-113.

³⁹ “La paranoia mixofóbica es un círculo vicioso que actúa como una profecía que lleva en sí el germen de su cumplimiento. Si se ofrece y se acepta la segregación como si fuera un remedio radical para el peligro que representan los extranjeros, la convivencia con ellos se vuelve más difícil cada día. Homogeneizar los barrios, y después reducir al mínimo inevitable todo comercio y comunicación entre ellos, es la fórmula infalible para avivar e intensificar el deseo de excluir y segregar. Semejante medida puede contribuir a aliviar los dolores que

pone sobre la mesa cómo el espacio urbano, el diseño de nuestras ciudades, tiene implicaciones éticas y condiciona nuestras vidas⁴⁰. Mientras que, de otra parte y vinculado con el significado del espacio público como instrumento ideológico⁴¹, conviene insistir en que este populismo punitivo no se desarrolla únicamente a través de lo que podemos conocer como el “Gran Derecho”, el derecho penal; también, y sobre todo para estos casos, el derecho administrativo sancionador se muestra como una opción para *garantizar la convivencia pacífica y ordenada* en lo que, de inicio, aparece como un terreno hostil. Intervenciones legislativas que tienen el mismo aspecto de legalidad que el derecho penal, pero que, aparentemente, son menos lesivas (y también peligrosamente menos garantistas), se defienden como formas de promoción de la convivencia; aunque, en el fondo y a través de su dinámica de identificación excluyente, no dejan de cumplir con funciones de control, censura, intimidación y represión de poblaciones que consideramos inconvenientes⁴².

Dejada a un lado esta opción de tratamiento jurídico-político, creo que tampoco cabe recurrir a iniciativas que sigan los dictados en abstracto de los expertos. Iniciativas que habiliten a una especie de monopolio de toma de decisiones por parte de los expertos sin tener en consideración la opinión de los sujetos afectados y sus características particulares. Una opinión que precisamente por la vulnerabilidad de estos sujetos se hace más necesario tener en cuenta para corregir su tendencia a la invisibilidad y, desde allí, los riesgos de discriminación. No cabe, igualmente, y esto es importante en lo que nos ocupa, refugiarse en máximas como la de “ninguna diferencia sin igualdad”, necesarias –e ineludibles en cualquier tratamiento que aspire, desde la honestidad, a ser calificado de justo–, pero no suficientes como principios de actua-

padecen las personas aquejadas de mixofobia, pero el remedio es patógeno en sí mismo y empeora el sufrimiento, por lo que siempre se requieren dosis más fuertes de la medicina para que el dolor sea soportable”; Z. BAUMAN, *Confianza y temor en la ciudad. Vivir con extranjeros*, cit., pp. 37-38.

⁴⁰ Resultan de interés las reflexiones que sobre las implicaciones ética-urbanismo encontramos en R. SENNET, *Construir y habitar. Ética para la ciudad*, trad. M.A. Galmarini, Anagrama, Barcelona, 2019, donde este autor concluye: “La conexión ética entre el urbanista y el urbanita reside en la práctica de cierto tipo de modestia, en vivir entre muchos asumiendo el compromiso con un mundo que no es el espejo de uno mismo”, p. 384.

⁴¹ M. DELGADO, *El espacio público como ideología*, 2ª ed., Los libros de la Catarata, Madrid, 2015.

⁴² Sobre estas cuestiones, véanse los trabajos recogidos en P. OLIVER (coords.), *Burorrepresión. Sanción administrativa y control social*, ed. Bomarzo, Albacete, 2013, sobre todo, los firmados por M. MAROTO (pp. 29-64) y Ó. J. MARTÍN (pp. 65-93).

ción en una sociedad plural, sobre todo, si queremos evitar riesgos asimilacionistas. Ni, en este mismo sentido, tampoco cabe quedarse anclado en derechos o políticas públicas que tienen como única referencia *concepciones estándar de la igualdad* ajenas a la pluralidad de nuestras sociedades e insensibles a comprender que desigualdad y discriminación, de un lado, y diferencia, de otro, no son comparables ni tienen el mismo valor, cobrando así sentido el reconocimiento de esta última en la construcción de una sociedad justa⁴³.

Sin embargo, con lo anterior, conviene reparar que tampoco estamos diciendo que la opción deba ser la de desnivelar nuestra posición de manera incondicional hacia lo que se conoce como “políticas de identidad”, con el riesgo de reificación y aislamiento que ello conllevaría y del que nos advierte Nancy Fraser. En su apuesta por una concepción bidimensional de la Justicia –que admite “al menos dos dimensiones analíticamente distintas”: redistribución y reconocimiento⁴⁴–, Fraser señalaba dos problemas en torno al reconocimiento: el *problema del desplazamiento*, que tiene que ver con cómo “las cuestiones de reconocimiento sirven menos para complementar, hacer más complejas y enriquecer las luchas redistributivas que para marginarlas, eclipsarlas y desplazarlas”; y lo que denomina el *problema de la reificación*: “Las vías que a menudo toman estas luchas (en favor del reconocimiento) sirven no ya para promover una interacción respetuosa en contextos cada vez más multiculturales, sino para simplificar y reificar drásticamente las identidades de grupo. Tienden, más bien, a alentar el aislamiento, la intolerancia y el chovinismo, el patriarcado y el autoritarismo”⁴⁵.

⁴³ En este sentido, resultan de interés las reflexiones sobre la igualdad y la propuesta de revisión de lo que denomina *concepción estándar del principio de igualdad* (CEPI) que encontramos en L. VILLAVICENCIO MIRANDA, “Justicia social y el principio de igualdad”, cit., pp. 43-74, donde identifica tres ámbitos de exclusión de esta CEPI: la opresión estructural del proletariado; las diferencias culturales no reconocidas en el Estado nacional unitario; y las diferencias de género. Y, finalmente, propone una idea revisada de la igualdad que afronte los desafíos de la incorporación de las diferencias y las políticas de reconocimiento; de las críticas feministas; de la falta de una perspectiva interseccional; y de la persistencia estructural del particularismo.

⁴⁴ N. FRASER, “Repensar el reconocimiento. Superar el desplazamiento y la reificación en la política cultural”, en M^a. A. CARBONERO GAMUNDÍ y J. VALDIVIESO (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, cit., p. 320 (reedición en castellano de un artículo publicado en *New Left Review*, núm. 3, 2000, pp. 107-120), donde, en una nota al pie, Fraser ya adelanta que habría detectado, junto a los obstáculos económicos y culturales, un tercer tipo de obstáculos, los políticos, que requieren pensar en una tercera dimensión de la justicia social, la representación, que luego desarrollará en *Escalas de la justicia*.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 310.

Ocupándonos de este segundo problema, el peligro que se quiere destacar es que la reificación de la identidad supone “elaborar y exhibir una identidad colectiva auténtica, autoafirmadora y autogenerada” desde la que, a su vez, se ejerce una presión moral sobre cada sujeto individual para conformarle a la cultura de un grupo determinado. El resultado de todo ello, como denuncia Fraser, viene a ser el de la anulación de todo vestigio de crítica y disidencia, la imposición de “una única identidad de grupo drásticamente simplificada que niega la complejidad de la vida de las personas, la multiplicidad de sus identificaciones y las dispersiones de sus distintas afiliaciones”. Y como acierta a concluir en su crítica de este efecto de reificación de la identidad: “Irónicamente, entonces, el modelo de la identidad sirve como vehículo para el mal reconocimiento: al reificar la identidad de grupo, acaba oscureciendo la política de la identificación cultural, las luchas *dentro* del grupo por la autoridad –y el poder– de representarlo. Al ocultar estas luchas, este enfoque enmascara el poder de las fracciones dominantes y refuerza la dominación intragrupal. El modelo de la identidad se presta así con demasiada facilidad a las formas represivas de comunitarismo, promoviendo el conformismo, la intolerancia y el patriarcado”⁴⁶.

O como de forma algo más completa propone en otro trabajo Fraser – donde reflexiona sobre cómo el postfordismo, el poscomunismo y la globalización han determinado una coyuntura en la que el centro de gravedad de la cultura política se ha desplazado de la redistribución al reconocimiento–, se trataría de destacar tres tendencias políticas “que, si no se revisan, pueden amenazar el proyecto de integración de la redistribución y el reconocimiento”: los ya citados problemas de reificación y desplazamiento, al que añade *el desencuadre*, que tiene que ver con los efectos renacionalizadores como res-

⁴⁶ Ibidem, p. 315. En relación con lo arriba recogido, Bauman ya hace unos años alertaba sobre que existía una tendencia a transformar la multiculturalidad en multicomunitarismo. Lo que lleva a que las diferencias culturales sean utilizadas como “materiales de obra en la frenética construcción de muros defensivos y rampas de lanzamiento de misiles”; y de allí concluye que “la ‘cultura’ se convierte en sinónimo de fortaleza asediada, y en una fortaleza sitiada se exige a sus habitantes que manifiesten diariamente su lealtad inquebrantable y que se abstengan de cualquier trato familiar con los de fuera”, manifestación también, en cualquier caso, de la citada reificación que viene a ocultar, y a reforzar, la dominación intragrupal; Z. BAUMAN, *Comunidad*, cit., p. 166. También, en otro sentido, puede ser interesante recoger la crítica que a las políticas de identidad contemporáneas realiza Asad Haider, incidiendo en su punto de partida de demandas identitarias individuales de reconocimiento y en sus efectos conformistas y de neutralización de movimientos contra la opresión; A. HAIDER, *Mistaken identity. Race and class in the age of Trump*, Verso, London, 2018, pp. 7-26.

puesta a procesos que superan ese marco nacional. Y, señaladas estas cuestiones, concluye que se trata de tres problemas “extremadamente graves” que amenazan con “hacer descarrilar el proyecto de integrar la distribución y el reconocimiento en un marco político global”⁴⁷.

3.2. Redistribución y reconocimiento (y representación)

Estas advertencias de Fraser sobre los riesgos de las políticas de reconocimiento se enmarcan, en realidad, en su propuesta por superar la falsa antítesis redistribución o reconocimiento, su construcción “como alternativas mutuamente excluyentes” que nos obliga a una elección; en su detección de colectivos subordinados bivalentes en los que cabe hablar tanto de mala distribución como de mal reconocimiento; y, como continuidad lógica de lo anterior, en su reivindicación de la necesidad de integrar ambas dimensiones en un único marco comprensivo de tal manera que, como afirma, podamos “satisfacer los requisitos de justicia para todos”. Además, esta defensa de lo que la autora llama concepción bidimensional de la justicia se completa con lo que presenta como su núcleo normativo: “la noción de paridad de participación” –adelanto de lo que luego desarrollará en su propuesta tridimensional como la dimensión representación⁴⁸– que establece que “la justicia precisa de disposiciones sociales que permitan a todos los miembros adultos de la sociedad interactuar como pares”; y que requiere del cumplimiento de “la condición objetiva” (una distribución de recursos materiales que asegure la independencia y voz de los participantes) y de “la

⁴⁷ N. FRASER, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, en N. FRASER y A. HONNETH, *¿Redistribución o reconocimiento?*, trad. P. Manzano, edic. Morata y Fundación Paideia Galiza, Madrid-A Coruña, 2006, pp. 85-88, donde dice sobre estos tres problemas: “En la medida en que la política de reconocimiento está cosificando identidades colectivas, corre el riesgo de sancionar violaciones de derechos humanos y congelar los antagonismos entre los que pretende mediar. En la medida en que desplaza la política de redistribución, puede estar promoviendo, en realidad, la desigualdad económica. Por último, en la medida en que las luchas de cualquier tipo están desencuadrando los procesos transnacionales, corren el riesgo de truncar el alcance de la justicia y excluir a actores sociales relevantes”.

⁴⁸ Como hemos apuntado en una nota al pie anterior, será en *Escalas de la Justicia* donde se desarrolle esta tercera dimensión, la representación, continuidad de la noción de paridad de participación. Sobre esta continuidad entre las obras de Fraser *¿Redistribución o reconocimiento?* y *Escalas de la Justicia*, véase C. IGLESIAS, “Justicia como redistribución, reconocimiento y representación: Las reconciliaciones de Nancy Fraser”, *Investigaciones Feministas*, núm. 3, 2012, pp. 251-269.

condición intersubjetiva” (unos patrones institucionalizados culturales que constituyan a los actores como pares, que expresen igual respeto y aseguren igualdad de oportunidades)⁴⁹.

Siguiendo con Fraser y su compleja tarea de integrar redistribución y reconocimiento, lo anterior conformaría, junto a lo que denomina el *modelo de estatus de reconocimiento*, la parte correspondiente a la dimensión filosófico-moral; a lo que habría que añadir las cuestiones propias de la teoría social y a estas las de la teoría y la práctica política. Con respecto a las primeras, “la tarea principal consiste en comprender las relaciones entre la mala distribución y el reconocimiento erróneo en la sociedad contemporánea”; es decir, avanzar en una teoría crítica de la sociedad contemporánea en la que se incluya una explicación de la relación de subordinación de estatus con la subordinación de clase social, sin reducir ni aquel a esta ni esta a aquel y asumiendo la existencia de conexiones entre la distribución y el reconocimiento. Y a esto habría que sumar las cuestiones políticas que surgen en el intento de conseguir la concepción integradora de la justicia a través de la institucionalización de reformas tendentes a reparar las situaciones de injusticia de clase y de estatus, de redistribución y reconocimiento, al mismo tiempo⁵⁰.

Fijando la mirada en la necesidad de repensar la política de reconocimiento más allá de cualquier opción que suponga una reificación de la identidad,

⁴⁹ Véase N. FRASER, “Redistribución, reconocimiento y participación. Hacia un concepto integrado de justicia”, en M^a. A. CARBONERO GAMUNDÍ y J. VALDIVIESO (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, cit., pp. 291-308 (reedición en castellano de un artículo publicado en *World Culture Report 2000, Cultural Diversity, Conflict and Pluralism*, UNESCO Publishing, Paris, 2000, pp. 48-57). Véase también, N. FRASER, “La política feminista en la era del reconocimiento. Un enfoque bidimensional para la justicia de género”, en M^a. A. CARBONERO GAMUNDÍ y J. VALDIVIESO (eds.), *Dilemas de la Justicia en el siglo XXI. Género y globalización*, cit., pp. 325-344 (reedición en castellano de un artículo publicado en *Studies in Social Justice*, núm. 1, vol. 1, 2007, pp. 23-35), donde trabaja su propuesta de justicia bidimensional integradora de redistribución y reconocimiento desde una perspectiva de género y clarifica su utilización del elemento clave que supone el principio de paridad de participación, diferenciándolo de lo que llama la *parité* francesa.

⁵⁰ Al margen de lo que sobre la concepción bidimensional de la justicia encontramos numerosas referencias en los trabajos de Fraser, y entre ellos en los citados en este artículo, sobre estas cuestiones cabe destacar la versión más extensa: N. FRASER, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, cit., pp. 17-88, donde recoge su crítica a la “falsa antítesis” redistribución-reconocimiento y su desarrollo de las cuestiones filosóficas normativas referentes a la relación de esas dos categorías (pp. 17-51), que amplía con cuestiones propias de teoría social, problemas políticos y unas reflexiones coyunturales finales (pp. 51-88).

resulta oportuno recurrir al ya citado modelo de estatus de reconocimiento que nos presenta Nancy Fraser. Para esta autora, su propuesta significa que “lo que requiere el reconocimiento no es una identidad específica de grupo sino el estatus de los miembros individuales del grupo como socios plenos en la interacción social”; esto es, siendo necesario el reconocimiento para superar las situaciones de injusticia, la perspectiva que se trabaja desde el modelo de estatus no se limita a la identidad, sino que “significa una política dirigida a superar la subordinación constituyendo a la parte mal reconocida como pleno miembro de la sociedad, capaz de participar como par con los demás”. Pero además, y esto es importante –en línea con esta visión integradora de la justicia a la que nos referimos–: el modelo de estatus no solo se preocupa por corregir el riesgo de reificación, también se muestra alerta frente al de desplazamiento, planteando que distribución y reconocimiento, pese a estar asociadas a dimensiones analíticas diferentes del orden social y de la (in)-justicia, “están imbricadas e interactúan causalmente entre sí”⁵¹.

Más en concreto, conviene hacer mención a cómo en su propuesta de modelo de estatus de reconocimiento –y en ella a través de la norma de la paridad participativa– Fraser se refiere al “asunto del velo” que antes, sobre todo en su versión de velo integral, nos ocupaba. Así, de un lado, recoge cómo reivindicaciones de reconocimiento cultural y religioso con el modelo de estatus, frente al modelo de autorrealización, tendrían justificación si superasen el doble requisito de que los reclamantes demostrasen que “la institucionalización de las normas de la mayoría cultural les niega la paridad participativa” –nivel intergrupual–, y que “las prácticas cuyo reconocimiento se busca no niegan la paridad participativa” –nivel intragrupal–. Considerada la controversia francesa sobre el uso del velo islámico en las escuelas públicas (y, en cierta medida y guardando la debida distancia, podríamos ampliar al uso del velo integral en el espacio público), en primer lugar, aunque Fraser no parece tener en cuenta que la prohibición de 2004 se extiende a todos los símbolos religiosos ostensibles o llamativos, es cierto que hay una mayor focalización de hecho en el velo islámico (por algo esta norma también es conocida popularmente como “ley del velo”⁵²), lo que podría seguir haciendo válido su comentario de que la norma “niega la igualdad de categoría a los ciudadanos musulmanes”. Mientras

⁵¹ Sobre este modelo de reconocimiento de estatus como alternativa al de la identidad, véase N. FRASER, “Repensar el reconocimiento. Superar el desplazamiento y la reificación en la política cultural”, cit., pp. 316-324.

⁵² Se trata de la conocida como ley de la laicidad o del velo, Ley 2004-228, de 15 de marzo de 2004, que, en aplicación del principio de laicidad, introduce en el Código de educación

que, en segundo lugar –aunque admite que discutible–, cabe que, alejados de interpretaciones “en un sentido patriarcal unívoco”, el uso del velo en sí no suponga subordinación de la mujer y quepa la posibilidad de tratar el velo “como un símbolo de la identidad musulmana en transición”, en proceso de discusión, “a consecuencia de las interacciones transculturales en una sociedad multicultural”; lo que llevaría a entender que autorizar el uso del velo (en escuelas y espacios públicos) “podría ser un paso adelante, y no hacia atrás, con respecto a la paridad de género”⁵³. Con esto, a través del ejemplo del velo, Fraser trata de explicar cómo el modelo de estatus y la paridad de participación se presentan como “el estándar apropiado para garantizar las reivindicaciones de reconocimiento (y de redistribución)”, pueden servir para proponer una política feminista de reconocimiento no identitaria y, más precisamente, nos permiten resolver conflictos enredados entre las reivindicaciones de reconocimiento planteadas en un eje de subordinación –cultural-religioso– y aquellas otras reivindicaciones planteadas en otro eje –género⁵⁴–.

4. LA REIVINDICACIÓN DEL DIÁLOGO: HACIA UNA RECONFIGURACIÓN EMANCIPATORIA E INTERCULTURAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Por otra parte –retomando una perspectiva más abstracta y en lo que nos interesa para este trabajo–, conviene ahora recordar que de ninguna forma estamos sosteniendo participar de la lógica de la inconmensurabilidad que no nos permitiría ni valorar ni actuar. Así, reivindicar la necesidad de un paradigma de justicia social que integre junto a la distribución el reconocimiento, no significa caer en ciertas trampas de las políticas de identidad y que no tengamos presente la necesidad de convenciones jurídico-políticas que establezcan

la prohibición en escuelas, colegios y liceos públicos del “uso de signos y vestimentas mediante los cuales los alumnos manifiesten ostensiblemente una pertenencia religiosa”.

⁵³ Véase, N. FRASER, “La justicia social en la era de la política de la identidad: redistribución, reconocimiento y participación”, cit., pp. 46-47. En este mismo trabajo de Fraser encontramos continuidad a lo anterior con otra referencia al tema del “asunto del velo” donde plantea que a largo plazo, y dependiendo del contexto, cabría entender que el reconocimiento puede tener efectos transformadores, como el de “reinterpretar la identidad nacional francesa para adaptarla a una sociedad multicultural, reformando el islam para un régimen pluralista liberal e igualitario respecto al género o, en general, reduciendo la relevancia política de la religión haciendo que esas diferencias sean rutinarias y triviales”; Ibidem, p. 79.

⁵⁴ N. FRASER, “La política feminista en la era del reconocimiento. Un enfoque bidimensional para la justicia de género”, cit., pp. 336-339.

qué es lícito y qué no lo es; que nos indiquen qué es debido hacer en defensa de los derechos y libertades y en la corrección de las situaciones de desigualdad, discriminación y subordinación. Lo que estamos diciendo es que de la misma forma que no es posible pensar en la suficiencia de concepciones individuales y particulares, tampoco podemos caer atrapados en falsos universalismos; por lo que estas convenciones no pueden ser cerradas, ni deben ser impuestas al modo de una verdad única, universal e inmutable desde una determinada cultura hegemónica. Siguen siendo necesarias esas convenciones, esas pautas sobre cómo actuar, aunque, eso sí, resulta clave que estas estén fijadas sobre una discusión continuada en torno a la concepción compartida de lo bueno que nos pueda permitir superar la contraposición universalismo-pluralismo, igualdad y diferencia⁵⁵; que nos abra la puerta hacia “la reivindicación de unos vínculos que liberan” y donde los bienes relacionales y los comunes se definen como premisas básicas para la vida “buena”⁵⁶; sin por ello renunciar a reconocer sentido y valor a la diferencia y a la alteridad⁵⁷.

Esta posición dialógica por la que nos decantamos, cuando menos, debería servirnos para marcar distancias con otras posiciones que no son extrañas a ser calificadas de arrogantes y triunfalistas y en las que el derecho y las políticas públicas resultan, de algún modo, cautivos de la concepción occidental del mundo. Posiciones que tienen que ver con concebir “la idea de dignidad humana transmitida por los derechos humanos como un producto singular de la historia y de la cultura occidentales que debe universalizarse como bien humano incondicional”⁵⁸. Posiciones que, en cierta medida, y con

⁵⁵ En realidad, con lo arriba expuesto se intenta defender la implicación mutua –y necesaria– entre la universalidad de la humanidad y el pluralismo de las formas de vida humana y, en este sentido, siguen resultando de interés las reflexiones que encontramos en Z. BAUMAN, *Comunidad*, cit., pp. 147-168; y también, sobre la universalidad de los derechos fundamentales como principal garantía de las diferencias culturales reivindicadas por el multiculturalismo L. FERRAJOLI, *Manifiesto por la igualdad*, trad. P. Andrés Ibáñez, Trotta, Madrid, 2019, pp. 41-67.

⁵⁶ Véase M^a. E. RODRÍGUEZ PALOP, “Reformular los derechos humanos desde una visión relacional. El fin de la inmunidad y la autosuficiencia”, *Derechos y Libertades*, núm. 36, 2017, sobre todo, pp. 145-158.

⁵⁷ Resultan sugerentes las provocadoras reivindicaciones de una universalidad que vaya más allá de “la simpatía y la comprensión, más allá del nivel de ‘todos somos humanos’” que leemos en S. ZIZEK, *La nueva lucha de clases Los refugiados y el terror*, trad. D. Alou, Anagrama, Barcelona, 2016, pp. 84-95.

⁵⁸ B. DE SOUSA SANTOS y B. SENA MARTINS, “Introducción”, trad. Á. Tarradellas, en B. DE SOUSA SANTOS y B. SENA MARTINS (eds.), *El pluriverso de los derechos humanos. La diversidad de las luchas por la dignidad*, cit., p. 10.

el argumento de una pretendida universalidad, han cristalizado-fosilizado los derechos humanos y, a la vez, han puesto de manifiesto los límites e insuficiencias de estos para servir a su función esencial de emancipación de todas las personas en las sociedades plurales, las cuales no se encuentran exentas de tensiones marcadas por las diferentes dialécticas de globalización, por la fragmentación cultural y por las políticas de identidad. Como alternativa, Boaventura de Sousa Santos ha venido proponiendo una razón cosmopolita contrahegemónica en la que reinventar y resignificar los derechos humanos formando parte de una *ecología de saberes* articulada como una “sociología de las ausencias” y como una “sociología de las emergencias”, acompañadas de un necesario ejercicio de traducción intercultural que nos lleva más allá de la lectura convencional que se impone sobre los derechos humanos desde Occidente y hacia una reconfiguración *emancipatoria* de los mismos⁵⁹.

Como acabamos de apuntar, no se trata de renunciar ni al reconocimiento de la alteridad ni a la existencia de valores compartidos sin los cuales sería muy difícil, por no decir imposible, hablar de sociedades democráticas. Alertados del peligro que supone la existencia y extensión de fundamentalismos excluyentes, nos debería ocupar el ser capaces de asumir la responsabilidad de avanzar conjuntamente en la superación de esencialismos de cierre identitario y cultural que solo ven al otro, bien desde la negación y la dominación uniformizadora, o bien desde la absolutización de las diferencias. Se trata de que por medio del diálogo seamos capaces de alcanzar o acercarnos, tal vez, a una universalidad a la que Jahanbegloo se refiere como “blanda” y de la que dice que “no nos hace pensar igual, sino ser responsables ante los otros y ante nuestros problemas comunes; y nos ayuda a entrar y salir de nuestro sistema de valores relativos”; permitiendo un alto grado de diversidad cultural, de significados particulares, pero posibilitando, al

⁵⁹ Sobre estas cuestiones que tienen como eje la defensa de una concepción intercultural de los derechos humanos, véanse, entre otros del mismo autor: B. DE SOUSA SANTOS, “Las tensiones de la modernidad”, trad. M^a. del Mar Portillo y M. Barberi, en M. MONEREO y M. RIERA (eds.), *Porto Alegre. Otro mundo es posible*, El viejo topo, Barcelona, 2001, pp. 163-189; Id., *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, trad. Joaquín Herrera y otros, Trotta, Madrid, 2005, pp. 151-192; e Id., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, trad. Carlos Lema y otros, Trotta-ILSA, Madrid-Bogotá, 2009, pp. 509-541 (de este capítulo, “Hacia una concepción intercultural de los derechos humanos”, también está la versión: Id., “Towards a multicultural conception of Human Rights”, en F. GÓMEZ ISA and K. DE FEYTER (eds.), *International Human Rights Law in a Global Context*, University of Deusto, Bilbao, 2009, pp. 97-121).

mismo tiempo, el universal mínimo compartido necesario en la garantía de toda convivencia⁶⁰.

En realidad, con esta propuesta de tratamiento jurídico-político a desarrollar en las sociedades plurales no estamos haciendo otra cosa que apostar por la “cultura del diálogo” como base necesaria para dejar a un lado las asimetrías que generan violencia, desigualdad y discriminación y, simultáneamente, acercarnos al “descubrimiento del otro” en su diferencia y en el significado de su alteridad⁶¹. Un diálogo, así, que actúe como conversación abierta y compartida que atraviese –y desestabilice– los sistemas de opresión y dominación; un diálogo donde reconciliar la igualdad con el pluralismo y la diferencia, que no con la desigualdad, de tal forma que permita la cohabitación de la diversidad con la capacidad inclusiva de los derechos humanos; un diálogo que habilite espacios y tiempos donde desarrollar una voluntad de convivencia que genere vínculos y relaciones, que promueva percepciones compartidas de las cosas, que permita, en fin, y dentro de esta *apología del diálogo*, la realización de la persona como ser moral en su comunicación con los otros⁶².

⁶⁰ Véase R. JAHANBEGLOO, *Elogio de la diversidad*, trad. J. G. López Guix, Arcadia, Barcelona, 2007, pp. 39-48, donde se defiende la apuesta por esta universalidad “blanda”, alejada tanto de relativismos políticos y morales absolutos como de tentaciones de uniformización, homogeneización y uniformidad cultural, y que, por contra, posibilita un alto grado de diversidad cultural, de encuentro y de diálogo democrático.

⁶¹ En J. I. MARTÍNEZ GARCÍA, “Cuestión migratoria y descubrimiento del otro”, *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, pp. 63-95, encontramos, a partir de la “cuestión migratoria”, un sugerente recorrido por distintos autores (Husserl, Gadamer, Ortega y Gasset, Luhmann, Levinas...) hasta llegar a la reivindicación de las oportunidades que se abren con el “descubrimiento del otro”. También aquí resultan de interés las reflexiones que realiza O. PÉREZ DE LA FUENTE, “Un análisis sobre la Regla de Oro como un enfoque intercultural para la resolución de conflictos”, *Universitas*, núm. 26, 2017, pp. 68-98.

⁶² Véase J. J. TAMAYO, “Apología del diálogo ante los fundamentalismos”, en B. DE SOUSA SANTOS y B. SENA MARTINS (eds.), *El pluriverso de los derechos humanos*, cit., pp. 109-129, donde, tras un análisis crítico de los fundamentalismos (y no solo religiosos), se plantean las razones para una “apología del diálogo”, al que se defiende como “forma de vida, talante, imperativo ético”. En una línea similar, R. JAHANBEGLOO, *Elogio de la diversidad*, cit., pp. 18 y 23, donde leemos: “El futuro de nuestra civilización global en este frágil y vulnerable planeta depende de nuestra capacidad para vivir juntos –con nuestras diversidades–, si no en armonía, sí al menos con capacidad para el diálogo y el entendimiento mutuo. (...) El diálogo intercultural es el medio esencial para promover una percepción compartida de las cosas y de los acontecimientos”. Igualmente de interés es la reivindicación de la “cultura del diálogo” que realizó el papa Francisco al recibir el Premio Carlomagno (versión en castellano en: <http://w2.vatican.va>, en sección discursos-mayo 2016; última consulta en diciembre 2019); y sobre cómo puede servir esta reivindicación a una integración cosmopolita sin separación

Pero, además, creo que podemos sostener que esta reivindicación del diálogo no es una mera cuestión retórica –un “juego floral” básico frente a la aridez de lo jurídico–. Desde el diálogo cabe avanzar, por ejemplo, en nuevos derechos emergentes a la manera del que se ha definido como *derecho a la democracia plural*⁶³. Y, sobre todo, desde el diálogo y de alguna manera retomando la idea de dignidad citada –pero también el reconocimiento de todas las personas en su plena humanidad, con lo que ello conlleva de poder representar el mundo como propio y, así, pasar de objeto de discursos a sujeto de derechos–, conviene proponer una revisión de los derechos humanos con el objetivo de recuperar su potencial emancipador. Lo que exige diluir las líneas y fronteras que de Sousa Santos identifica en el pensamiento moderno occidental como “pensamiento abismal”, que divide y excluye, y que lleva a negar cualquier narrativa no convencional de la dignidad, a considerarla como un no existente, ininteligible y peligroso⁶⁴. Desde estos planteamientos, deberíamos ser capaces de acercarnos a miradas que, siguiendo con de Sousa Santos, subviertan la comprensión occidental, liberal e individualista del mundo, facilitando una concepción contrahegemónica de los derechos humanos y contribuyendo a reinventar las gramáticas de la dignidad. Y es aquí donde encajaría la propuesta de un constante ejercicio de traducción intercultural: un continuo y necesario trabajo de traducción, de inteligibilidad recíproca entre saberes, culturas y experiencias diversas que recupere las posibilidades emancipatorias de los derechos a través de su reinención intercultural; algo para lo que se requiere no solo de cuestiones teóricas abstractas que, por otra parte, llevan el riesgo de alejarnos de cualquier posibili-

“nosotros-ellos”, Z. BAUMAN, *Retrotopía*, trad. A. Santos Mosquera, Paidós, Barcelona, 2017, pp. 149-161.

⁶³ El derecho a la democracia plural (“Todos los seres humanos y toda comunidad tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural”) viene recogido en el artículo 5 de la Declaración Universal de Derechos Humanos Emergentes como derecho que comprende los siguientes: el derecho a la interculturalidad; el derecho individual a la libertad cultural; el derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común; el derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos; el derecho de los pueblos indígenas, los afrodescendientes, las minorías y las personas que los integran a medidas especiales de reconocimiento de sus peculiaridades; o, entre otros, el derecho a la libertad de conciencia y religión (se puede acceder a esta Declaración a través de: www.idhc.org/arxius/recerca/1416309302-DUDHE.pdf; última consulta en diciembre de 2019).

⁶⁴ Sobre este “pensamiento abismal” o “abisal”, véase B. DE SOUSA SANTOS, *Para descolonizar Occidente. Más allá del pensamiento abismal*, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO) – Prometeo Libros, Buenos Aires, 2010, pp. 11-44.

dad contrahegemónica, sino que también necesita de las luchas y resistencias que reinventan efectivamente las gramáticas de la dignidad⁶⁵.

Este trabajo de traducción incidiría tanto en saberes y culturas –la hermenéutica diatópica– como sobre prácticas sociales, sus agentes y experiencias, y nos permitiría dar sentido a un mundo plural, diverso y complejo en el que conviene que las posiciones –incluidas las que se tienen sobre la dignidad y los derechos humanos– que se pretenden hegemónicas y excluyentes dejen paso al diálogo y reconocimiento mutuo⁶⁶. Y, sobre todo, este trabajo de traducción y diálogo nos permitiría asumir una visión compleja en torno a la racionalidad y la práctica de los derechos humanos, de tal manera que se superen las perspectivas unidimensionales que nos pueden aportar aisladamente visiones abstractas (con una racionalidad jurídico-formal y prácticas universalistas), de un lado, y visiones localistas (con una racionalidad material-cultural y prácticas particularistas), de otro; desplegándose como una visión que responda al esquema de racionalidad de resistencia y práctica intercultural, abandonando un modelo etnocéntrico, cerrado y excluyente y avanzando hacia una propuesta de cultura de los derechos que “recoja en su seno la universalidad de las garantías y el respeto por lo diferente”. Es decir, con la traducción y el diálogo que habilitan a esta mirada compleja se nos

⁶⁵ En este sentido, en B. DE SOUSA SANTOS y B. SENA MARTINS (eds.), *El pluriverso de los derechos humanos*, cit., encontramos la recopilación de una serie de trabajos de distintos autores resultado del intercambio y diálogo en el marco del proyecto ALICE, y a través de los cuales, como se recoge en la “Introducción”, “comparece un pluriverso de lenguajes, geografías y cuerpos en lucha” (p. 21) desde donde pensar el valor emancipador de los derechos humanos; especialmente vinculados con lo arriba recogido están los capítulos que conforman la segunda parte del libro: “Luchas y emergencias”, pp. 145-534.

⁶⁶ En B. DE SOUSA SANTOS, *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*, cit., pp. 151-192, se definen las condiciones y procedimientos del ejercicio de traducción que ha de servir para crear unas condiciones de emancipación concretas y, desde la reinención de un presente que *se expande* –frente a un futuro que *se contrae*–, derivar en prácticas transformadoras en las que los derechos humanos se reconceptualicen como parte de un proyecto cosmopolita insurgente. Mientras que en Id., *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el derecho*, cit., pp. 527-533, se recoge la advertencia de que en la realización de dicho trabajo de traducción, la hermenéutica diatópica, clave para el intercambio intercultural, no tiene garantizado a priori un carácter emancipador “y, de hecho, el multiculturalismo puede convertirse en el nuevo rótulo de una política reaccionaria”; desde donde de Sousa Santos plantea “las condiciones para una reconstrucción intercultural de derechos humanos”, entre otras: no establecer unilateralmente para el diálogo ni tiempos ni socios ni temas y aceptar el imperativo transcultural de que “tenemos el derecho de ser iguales cuando la diferencia nos inferioriza y el derecho de ser diferentes cuando la igualdad pone en peligro nuestra identidad”, cuando *nos descaracteriza*.

deberían abrir las alternativas hacia posiciones periféricas que nos permitan “entendernos como manojos de relaciones que nos atan, tanto interna como externamente, a todo lo demás y a todos los demás”, que nos lleven a aprender del contexto plural y diverso y que nos conduzcan a asumir la realidad desde la perspectiva democrática de que *todas las voces cuentan*⁶⁷.

5. LA PERSPECTIVA INTERSECCIONAL

Siempre con el objetivo de una concepción integradora de la justicia, esta revisión de los derechos humanos –y con ella la recuperación del significado pleno de estos en su potencial emancipador, en su valor contrahegemónico y en su capacidad para avanzar hacia ese derecho emergente reconocido como derecho a la democracia plural– requiere de nuevas herramientas con las que, como decíamos: *la persona pase de ser considerada objeto de discursos a ser reconocida como sujeto de derechos*. Y entre estas nuevas herramientas de análisis merece la pena fijarnos unas líneas en la que se nos propone como interseccionalidad. Más en concreto, se trataría ahora de recurrir a la perspectiva que aporta la interseccionalidad para poder avanzar en una idea revisada de la igualdad desde la que superar la ya citada concepción estándar a través del reconocimiento de la relevancia de su facticidad. Esto es, atendiendo al déficit que, en ocasiones, una realización justa de la igualdad presenta si se condiciona únicamente al cumplimiento de criterios universales y abstractos⁶⁸.

Volviendo al caso del velo y a las propuestas de actuación jurídico-política sobre el mismo, como nos alerta Leila Slimani: “No existe el velo. Hay mil maneras de llevar velo y significados extremadamente diferentes. Una mujer con velo no es solo eso, tiene una historia, sus razones. Y parece que no se vea más que el velo”⁶⁹. Y es por esta complejidad por lo que se muestra

⁶⁷ J. HERRERA, “Hacia una visión compleja de los derechos humanos”, en Id. (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, pp. 19-78, donde se propone una visión compleja de los derechos humanos de la que debería surgir una racionalidad de resistencia crítica que nos conduzca “a un *universalismo de contrastes, de entrecruzamientos, de mezclas*” y a una práctica social *intercultural* (ni universalista ni multicultural), *nómada e híbrida*.

⁶⁸ Es lo que se viene a plantear en L. VILLAVICENCIO MIRANDA, “Justicia social y el principio de igualdad”, cit., pp. 67 y ss. cuando se proponen como nuevos elementos para una concepción revisada de la igualdad el particularismo y la interseccionalidad.

⁶⁹ *El País* de 31 de octubre de 2019.

oportuno incorporar elementos que nos ayuden a conocer esas situaciones y a evitar el déficit al que nos referíamos en el párrafo anterior, que puede derivar, con un tratamiento jurídico-político insensible a la diversidad –y a lo enredado de esta–, en situaciones de desigualdad y subordinación. En este sentido, nos puede resultar de utilidad el concepto de interseccionalidad que reivindica Kimberlé Crenshaw con un trabajo de finales de la década de los ochenta del siglo pasado y a través del cual se viene a plantear, para comprender la forma particular en que las mujeres negras están subordinadas, que no sirve con atender a la experiencia de las mujeres y a la experiencia negra ni sirve quedarse en una suma de sexismo y racismo, sino que se trata de atender a una situación de interseccionalidad, de entrecruzamiento de múltiples pertenencias que llevan a particulares situaciones de opresión o privilegio⁷⁰.

De esta forma, “la perspectiva interseccional es una herramienta conceptual y política capaz de visibilizar y analizar la desigualdad compleja en nuestras sociedades”, que nos muestra los límites de las prácticas políticas y jurídicas que fragmentan esta realidad y se olvidan de las interacciones en torno a las desigualdades y a los sistemas y estructuras (género, raza, clase...) que las producen⁷¹. Igualmente, nos puede servir para hacer frente a

⁷⁰ K. CRENSHAW, “Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics”, *University of Chicago Legal Forum*, vol. 1989: núm. 1, article 8, 1989, pp. 139-167 (la referencia utilizada aquí es la accesible *on line*, última consulta noviembre 2019: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclf/vol1989/iss1/8/>). Véase también, M^a. Á., BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, cit., pp. 228 y ss., donde encontramos una útil aproximación al origen y proyección de la interseccionalidad desde una perspectiva feminista, así como a lo que puede suponer para las políticas de igualdad de género, y donde se concluye que si bien su incorporación puede tener elementos de reconocimiento positivos y antidiscriminatorios, también se alerta de que su toma en consideración no puede conllevar la disolución del “factor sexo-género como eje principal en las políticas públicas (no solo de igualdad)”; y refiriéndose al tema de la prohibición del velo y defendiendo la utilidad de la interseccionalidad si con ella se atiende a las interacciones de los sistemas de opresión: D. MORONDO, “Between Islamophobia and post-feminist agency: intersectional trouble in European face veil bans”, *Feminist Review*, núm.110, 2015, pp. 55-67.

⁷¹ M. CRUELLES LÓPEZ, *La interseccionalidad política: tipos y factores de entrada en la agenda política, jurídica y de los movimientos sociales*, 2015, tesis doctoral accesible *on line*, última consulta noviembre 2019, en: https://ddd.uab.cat/pub/tesis/2015/hdl_10803_288224/mcl1de1.pdf; en ella se analiza, a partir de un recorrido por la teoría de la interseccionalidad y a través del estudio de casos, la incorporación de la perspectiva interseccional en las políticas públicas, movimientos sociales y práctica jurídica.

los riesgos de reificación de aquellas políticas de reconocimiento que, en su defensa absoluta de la identidad, acaben imponiendo la identidad del grupo y negando la complejidad de las vidas de las personas y la multiplicidad de sus identificaciones, como vimos que denunciaba Fraser⁷². Y es en relación con esto que la incorporación de la interseccionalidad se muestra como una alternativa útil tanto para superar los intentos de determinados subgrupos de universalizar sus experiencias como para tener en cuenta la no existencia de un todo homogéneo como, asimismo, para considerar las diferencias intragrupalas moldeadas por distintos entrecruzamientos que las políticas de identidad tienden a invisibilizar⁷³. Como recoge Barrère, la incorporación de la interseccionalidad significa: “Reconocer que las políticas públicas de igualdad no pueden ignorar que las mujeres no configuran un grupo homogéneo (que tienen distinta orientación sexual, etnia, clase, religión, etc.) ni que, históricamente, un determinado subgrupo de mujeres (blancas, de clase media-alta, occidentales, etc.) ha universalizado sus experiencias, intereses y necesidades en detrimento de los de muchos otros. Tampoco puede pasar por alto que, en ocasiones, los intereses de los subgrupos de mujeres, dependiendo de los factores mencionados, pueden diferir”⁷⁴.

⁷² “Las luchas de hoy por el reconocimiento a menudo adoptan el talante de la política de identidad. (...) Los resultados tienden a ser doblemente desafortunados: en muchos casos, (...) desplazan simultáneamente las luchas por la justicia económica y promueven formas represivas de comunitarismo. (...) Lo que hace falta, más bien, es una política de reconocimiento alternativa, una política *no identitaria* que sea capaz de remediar el mal reconocimiento sin alentar el desplazamiento y la reificación”; N. FRASER, “Repensar el reconocimiento. Superar el desplazamiento y la reificación en la política cultural”, cit., pp. 323-324. Pues bien, si para esa política alternativa de reconocimiento, de un lado, en lo que se refiere al desplazamiento de las luchas por la justicia económica, se ha de integrar reconocimiento con redistribución; de otro lado, cabe pensar en la aportación de la perspectiva interseccional para evitar la tendencia a reificar las identidades colectivas y, así, reconocer a cada persona en la interacción de sus diferencias.

⁷³ “Como tal, la diversidad constituye un fenómeno intrínsecamente formado por distintas condiciones que la moldean conjuntamente de una manera que no puede ser definida a priori, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión originaria con diferentes condiciones de identificación y discriminación social como el género, la ‘raza’/etnia y la clase social, entre otras”, S. GARCÍA-PETER y L. VILLAVICENCIO, “Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional”, *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 72, 2016, pp. 15-18.

⁷⁴ M^a. Á. BARRÈRE, “La interseccionalidad como desafío al *mainstreaming* de género en las políticas públicas”, cit., p. 251.

Esto es, y quizás como algo no exento de una cierta paradoja, a la vez que la perspectiva interseccional puede ser pensada como una vía para aportar luz sobre el poder, sobre cómo se distribuyen y redistribuyen los privilegios y sobre cómo se despliegan los procesos de opresión, dominación y subordinación en contextos y momentos concretos, también puede servirnos para visibilizar y aportar algo de luz sobre la complejidad de las diferencias que caracterizan a cada persona, algo que se tiende a ocultar, en ocasiones, en la clausura de las identidades colectivas. Además, en relación con esto, frente a los riesgos de desobjetivización ya indicados al hilo del comentario de la norma francesa sobre el velo integral y la resolución del TEDH de julio del 2014, la perspectiva interseccional nos puede servir para estar más atentos a las trayectorias biográficas de las personas, a fin de atenuar los condicionantes particulares que dificulten su autónomo desarrollo individual y social.

Y aquí, finalmente, nos aparece otra paradoja que exige una mayor atención para no echar por tierra el potencial emancipador de la perspectiva interseccional. Pues si bien es cierto que una puesta en práctica de esta perspectiva, con la conveniente acción política y legislativa antidiscriminatoria⁷⁵, podría alcanzar a corregir la tendencia a la desobjetivización y, desde allí, avanzar hacia el empoderamiento de las personas; es igual de cierto que existe el riesgo de acabar participando de una corriente que tiende a individualizar los problemas sociales, su percepción, análisis y tratamiento a través del derecho y la política. Paradoja que, tal vez, se pueda resolver acudiendo al múltiple significado que podemos darle al concepto de empoderamiento, por el que no solo es posible entender la capacidad de elegir y de actuar de manera efectiva conforme a las elecciones realizadas, la capacidad de tener cierto control sobre nuestra trayectoria vital. Al hablar de empoderamiento también podemos estar refiriéndonos a un concepto que no deja de ser parte de la estrategia individualizadora neoliberal que hace de los individuos los únicos responsables de su propio devenir, de sus éxitos y de sus fracasos, de las explotaciones, dominaciones y desigualdades en las que habitan. La desigualdad, la pobreza, el patriarcado... no tienen solución, pero usted, si no

⁷⁵ Sobre el alcance y aportación del derecho antidiscriminatorio en la determinación de las estructuras de discriminación y en la identificación de los grupos desaventajados, frente a los modelos dominantes que tienen los sistemas jurídicos de pensar la discriminación, y en lo que se refiere a la incorporación del enfoque de la discriminación estructural y de la perspectiva interseccional, véase M^a. J. AÑÓN, "Principio antidiscriminatorio y determinación de la desventaja", *Isonomía*, núm. 39, octubre-2013, pp. 127-157.

se distrae, si centra sus objetivos, sí puede mejorar. Es un empoderamiento *que muerde sin fuerza las injusticias y desigualdades de la estructura de las relaciones sociales*, que no participa de ningún proceso de emancipación, que no se plantea cuestiones de justicia social; que se ocupa únicamente de facilitar que cada uno desarrolle sus capacidades individuales, que sea capaz de realizar elecciones racionales, útiles y efectivas y tenga un nivel de oportunidades suficientes para encontrar su lugar en la economía de mercado, para ser “gestor de su propia vida” –de la que es el único responsable, de éxitos y fracasos–, para ser un *homo economicus* que contribuya a reproducir y a hacer funcional el sistema⁷⁶.

Por el contrario, si queremos seguir pensando en la interseccionalidad como una perspectiva útil para una concepción integradora de la justicia; para no caer en las trampas de desplazamiento y reificación; para posibilitar una revisión de los derechos que recupere su capacidad emancipadora y sirva para avanzar hacia la democracia plural, probablemente la cuestión pase por pensar otro empoderamiento. Un empoderamiento que marque distancias con el anterior en su (in)-capacidad de cuestionamiento de la realidad; que tenga en cuenta no solo los efectos, también las causas y estructuras de dominación, discriminación y desigualdad; que sea reflejo del valor crítico y no complaciente del pensamiento; que en el plano de los derechos sea consciente de que la mera titularidad de estos puede generar expectativas engañosas, a modo de *luz de gas*... Un empoderamiento, finalmente, que requiera del diálogo, de la participación intensa y del compromiso con lo común y, para ello, de la generación de las relaciones como elemento clave para una implicación mutua entre las personas que habitamos una misma sociedad.

Y en relación con estas últimas cuestiones apuntadas, y para acabar, creo que puede resultar sugerente mencionar el proyecto de Pierre Rosanvallon *Explicar la vida* y su “Parlamento de los invisibles” como una forma de facilitar nuevas oportunidades de empoderamiento, de visibilización democrática del *individualismo de singularidad* y de reconocimiento social. Se trata de un proyecto donde la palabra y la escucha son productoras de comunidad y relación social; cuyo motor es aceptar que en una sociedad diversa, donde

⁷⁶ Sobre este “secuestro” del empoderamiento por el neoliberalismo y, también, por el liberalismo social, perdiendo toda su potencialidad de transformación social, véase M-H. BACQUÉ y C. BIEWENER, *El empoderamiento. Una acción progresiva que ha revolucionado la política y la sociedad*, trad. S. Nora Labado, Gedisa, Barcelona, 2016, sobre todo, pp. 69-106.

todo cambia y se mueve al instante, donde la complejidad es la regla y no caben lecturas unidimensionales, la información y el conocimiento sobre los demás tienen la función de *reducir distancias* entre las personas, con lo que se trasciende lo social y lo político y se alcanza una dimensión moral, en el sentido de contribuir a desarrollar el interés por los demás. Un proyecto –concluye Rosanvallon– que, de un lado, nos ha de servir para evitar retrocesos y cierres identitarios vinculados con el crecimiento de los populismos y racismos que *pudren la política* elevando a real “la figura abstracta de un pueblo único y homogéneo”; mientras que, de otro, “a rebufo de una visión tan negativa del vínculo social que opera solo mediante la sustracción y el rechazo, (...) proveerá, sin duda, los elementos de una reconstrucción positiva de un mundo común, reconocido en su diversidad y en su realidad”⁷⁷.

6. A MODO DE BREVE CONCLUSIÓN

La realidad de las desigualdades complejas y entrelazadas propias de nuestras sociedades plurales conforma un círculo vicioso de subordinación. Así, siendo necesario actuar en los ámbitos de la desigualdad vital y de recursos, también se exige actuar en el de la desigualdad existencial, la cual, a su vez, requiere pensar tratamientos jurídico-políticos que, por supuesto, eviten el populismo punitivo y las iniciativas prohibicionistas y sancionadoras; pero también posibles efectos perversos (estigmatización, riesgo de desobjetivización, cierre identitario, reificación de las identidades, refuerzo de situaciones de subordinación y discriminación...). En este sentido, una propuesta de actuación nos lleva a Fraser y a su concepción de la justicia que integra reconocimiento y redistribución, y centra nuestro interés, para el caso que nos ha ocupado (el velo islámico, en especial, el velo integral), en el modelo de estatus de reconocimiento y en la noción de paridad de participación, a lo que tenemos que añadir las posibilidades que para la detección y superación de situaciones de discriminación ofrece la perspectiva interseccional. Finalmente, en la complejidad de las sociedades actuales, la realización de una idea de justicia que integre reconocimiento-redistribución (y representación) exige dejar a un lado posiciones etnocéntricas y abrirse

⁷⁷ P. ROSANVALLON, *El Parlamento de los invisibles*, trad. R. Fernández, ed. Hacer-Servicio de publicaciones de la Fundació Apip-Acam, Barcelona, 2015, pp. 19-66 (en esta edición, estas páginas son las que corresponden a la aportación de Rosanvallon y se acompañan de reflexiones de otros autores).

hacia una dimensión dialógica y relacional como vía para una resignificación emancipatoria e intercultural de los derechos humanos que nos permita avanzar hacia el reconocimiento del derecho a la democracia plural como derecho emergente.

RAÚL SUSÍN BETRÁN
Departamento de Derecho
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de La Rioja
c/Cigüeña, 60 – 26006 Logroño
e-mail: raul.susin@unirioja.es

DERECHOS HUMANOS Y LAS ENTIDADES NO HUMANAS: ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LAS CORPORACIONES

HUMAN RIGHTS AND NON HUMAN ENTITIES: A FEW THOUGHTS ON
CORPORATIONS

MIGLE LAUKYTE
Universitat Pompeu Fabra

Fecha de recepción: 18-10-18

Fecha de aceptación: 22-4-20

Resumen: *El trabajo se ocupa de la cuestión de si los derechos humanos pueden atribuirse a las personas no humanas, y en específico, a las corporaciones. Se analiza tal posibilidad (a) mirando a la relación entre los derechos humanos y las corporaciones a través de la libertad de empresa como derecho fundamental, (b) observando el proceso de “humanización” de la corporación en los tribunales, y (c) explicando que reconocer los derechos humanos a no humanos no siempre es prejudicial para las personas humanas.*

Abstract: *The paper focuses on the question whether the human rights could be ascribed to non human persons, and in particular, to corporations. This question is analyzed by (a) exploring the link between human rights and corporations through the freedom to conduct a business as a fundamental right, by (b) looking into the process of corporate “humanization” carried out in the courts, and by (c) explaining how ascribing human rights to non humans does not necessarily mean lessen the position of human beings.*

Palabras clave: corporación, derechos humanos, persona humana, personalidad, humanización

Keywords: corporation, human rights, human being, personhood, humanization

1. INTRODUCCIÓN

Los tratados y acuerdos internacionales sobre los derechos humanos generalmente no se refieren a las entidades no humanas como titulares de dichos derechos. ¿Y por qué tendrían? No humanos, por definición, no tienen por qué tener derechos humanos. Una rara excepción a este razonamiento es la Convención Europea de Derechos Humanos de 1953: con otros pocos tratados más, dicha Convención reconoce que las organizaciones no gubernamentales (ONGs) pueden demandar por ser víctimas de las violaciones de los derechos humanos¹.

El presente trabajo no se centra en las ONGs en sí mismas, sino en las corporaciones, es decir, en las grandes empresas multinacionales, que por su poder decisorio, económico y financiero se han convertido en actores internacionales en el verdadero sentido del término². Aun más, en su papel de actores internacionales, muchas veces son la fuente de las amenazas de los derechos humanos y muy raramente las víctimas de la violación de los mismos. Pero entre esos dos papeles –el de violador siempre y nunca la víctima– hay espacio para otros escenarios, a los que está dedicado este trabajo.

El interés de esta relación entre las corporaciones y los derechos humanos viene reforzado por lo que está sucediendo en los tribunales de todo el mundo: las corporaciones obtienen más derechos que antes fueron solo y exclusivamente de los humanos. Cómo explicar esta tendencia es uno de los motivos que ha animado esta investigación.

El presente trabajo está organizado en tres partes. Una primera parte, donde se enfoca la libertad de empresa como el puente entre los derechos humanos y la corporación moderna. Además, se observa la particularidad del derecho de la libertad de empresa: es uno de los pocos derechos que los seres humanos y entidades no humanas (las corporaciones) comparten sin limitaciones.

A continuación, se analiza la tendencia –observable en distintos contextos no solo de filosofía del derecho sino también y sobre todo en los contex-

¹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2012/C326/02) también garantiza los derechos de las personas jurídicas, como, por ejemplo, derecho a acceder a los documentos (art. 42), derecho a someter al Defensor del pueblo Europeo los casos de mala administración (art. 43), y el derecho de petición antes del Parlamento Europeo (art. 44).

² Mikler por ejemplo, explica el fenómeno corporativo como nacional en su identidad, regional en sus operaciones y global en sus intereses, pero el enfoque más importante sigue el de su impacto político: J. MIKLER, *The Political Power of Global Corporations*, Polity Press, Cambridge, 2018.

tos jurisprudenciales– de *humanizar* las corporaciones, conscientemente o no, asignándoles cada vez más atributos humanos, y, en consecuencia, cada vez más derechos. Parece que el derecho humano de la libertad de empresa no marca los límites de los derechos humanos que podrían ser extendidos más allá de los seres humanos.

En una última parte final, se defenderá la tesis de que aunque esta tendencia ha sido –y continua siendo!– disruptiva, hay algo positivo en esta tendencia: reconocer los derechos humanos a los no humanos puede ser una medida necesaria para garantizar los mismos a los humanos. Por consiguiente, extender los derechos humanos no necesariamente pone en peligro a las personas, y el presente trabajo se dedica a explorar esta posibilidad.

2. TRES PREMISAS

Para empezar, son tres las premisas para que el razonamiento que se expone seguidamente pueda desarrollarse sin malentendidos.

La primera premisa es que mientras la discusión se enfoque en las corporaciones como un ejemplo de las entidades o personas no humanas, esto no quiere decir que las corporaciones son las únicas a las que el ordenamiento jurídico reconoce derechos y deberes. Es decir, que no son únicos ejemplos de entidades con personalidad jurídica. Al contrario, hay muchísimos otros ejemplos, como por ejemplo las fundaciones, cooperativas, partidos políticos, las ya mencionadas ONGs, los sindicatos, las organizaciones internacionales y muchos otros supuestos. Por lo tanto, la corporación en este trabajo tiene el papel de suplente más representativo de todas otras entidades no humanas, pero, además, a diferencia de las arriba mencionadas, sucede muchas veces que tienen recursos económicos muy elevados y superiores a los de muchos países³.

La segunda premisa se refiere a lo que es una corporación. Desde el punto de vista histórico, cuando la idea de la personalidad corporativa moderna se desarrolló a finales del siglo XIX y a principios del siglo XX, no había un acuerdo –y sigue sin haberlo– sobre qué son las corporaciones: creaciones de

³ Ejemplar en este sentido es la investigación de J. Johnson: entre las 200 entidades más ricas en el mundo 157 son corporaciones y solo 43 son gobiernos: corporaciones como Apple, Walmart y Shell tienen más recursos que Suecia o el Bélgica. Por más detalles, véase J. JOHNSON, “157 of World’s 200 Richest Entities are Corporations, Not Governments”, *Inequality.org*, Oct. 19, 2018, disponible a <https://inequality.org/research/richest-entities-corporations-governments/>

ficción, personas particulares con derechos, colectivos de personas físicas, destinadas a proteger los derechos de sus accionistas y miembros individuales, o cualquier combinación de estas ideas⁴. Sin embargo, ahora mismo parece que se está concretando la idea de que no es tan importante lo que *es* una corporación, sino lo que la misma *hace*. Se acoge esta idea no solo porque, realmente, no hay una definición de corporación establecida y reconocida por la doctrina jurídica, sino porque el enfoque de esta discusión se pone en las consecuencias de sus actividades en y para la sociedad. Por la misma razón, a pesar de que la personalidad jurídica se reconoce a las corporaciones solo en el Derecho nacional, y por lo tanto no en derecho internacional⁵, también hay que tener en cuenta las corporaciones internacionales. Por lo tanto, en lugar de definir la corporación con una definición doctrinal, en este trabajo la corporación como concepto representa una idea nocional que se refiere a cualquier entidad comercial con personalidad jurídica, es decir, que existe y responde separadamente de sus accionistas, directivos, empleados o cualquier otra persona humana involucrada en su continuo funcionamiento y que además tiene un poder económico y social relevante⁶.

Esta descripción es suficientemente específica para identificar la corporación como una entidad no humana provista de una voluntad propia, que le permite actuar en el mundo social, político, económico y jurídico, pero, al mismo tiempo, es una noción suficientemente abierta para incluir una vasta gama de entidades que pueden ser locales, nacionales, internacionales, pero sobre todo, para los objetivos de este trabajo, de gran tamaño.

La tercera premisa es sobre el Derecho de referencia al plantear el discurso: el enfoque se centra en Europa y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) como uno de los potentes instrumentos para

⁴ B. L. GARRETT, "The Constitutional Standing of Corporations", *University of Pennsylvania Law Review*, núm 63, 2014, pp. 95-164. Más sobre el tema de distintas teorías y funciones de las corporaciones, entre muchos otros, M. M. BLAIR, "Corporate Personhood and the Corporate Persona", *University of Illinois Law Review*, núm 3, 2013, pp. 785-820.

⁵ N JÄGERS, "The Legal Status of the Multinational Corporation Under International Law", en VV.AA., *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, edición de M. K. ADDO, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 260-270.

⁶ Más sobre el concepto de la corporación y la conexión entre la misma y la personalidad jurídica, entre otros, los clásicos de H. KELSEN, *Teoría general del Derecho y del estado*, Dykinson, 3ª ed., Madrid, 2010, y F. W. MAITLAND, *The Collected Papers of Frederic William Maitland*, edición de H. A. L. FISHER, Cambridge University Press, Cambridge, 1911.

garantizar los derechos humanos en la Unión Europea (UE)⁷. Ello no obsta a la existencia de algunas referencias a la jurisprudencia de EEUU y de otros países, así como a las decisiones de otros tribunales internacionales.

3. LA LIBERTAD DE EMPRESA: MÁS ALLÁ DEL ENLACE ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CORPORACIÓN

A pesar de que los conceptos de derechos humanos y de corporación pueden parecer muy distantes, hay un vínculo común subyacente entre los dos que testimonia una relación mucho más compleja y profunda entre esos conceptos, una relación que va más allá del enfrentamiento y la incompatibilidad.

En particular, la corporación moderna puede ser vista como el resultado de la realización de la libertad de empresa, la libertad que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (La Carta) reconoce como derecho fundamental. La libertad de empresa es un derecho muy poco reconocido en los tratados de derechos humanos internacionales, o por lo menos reconocido no directamente. Por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (adoptado en el 1966 y en vigor desde el 1976) se aproxima reconociendo el derecho a “la oportunidad de todos para ganar su vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado” (art. 6). Normalmente, la libertad de empresa es parte de las constituciones nacionales, como la de España cuyo art. 38 reconoce “la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación”. En este sentido, es importante subrayar la posición de Tribunal Europeo de Justicia que ha establecido, ya desde hace muchos años en el caso *Stauder v Ulm* (29/69 [1969] ECR 419), que los derechos humanos que derivan de las tradiciones constitucionales de los países miembros, son parte del orden jurídico euro-

⁷ Véase N.-L. AROLD, *The Legal Coulture of the European Court of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden-Boston, 2007. Además, hay que aclarar también que *humanos* en la expresión *derechos humanos* no lleva connotaciones del alto principio que normalmente esta expresión ha tenido: utilizo este termino sencillamente como un indicador de los derechos de los seres humanos porque en esta manera la expresión *derechos humanos* puede referirse a cualquier derecho reconocido a los humanos por cualquier gobierno de los Estados de Derecho. Se usa esta definición tan amplia intencionadamente para poder incluir sea los derechos humanos reconocidos a nivel internacional, sea los derechos civiles a nivel nacional.

peo⁸. Por lo tanto, la libertad de empresa, reconocida como derecho constitucional en la Constitución Española, es parte integrante del Derecho Europeo.

Sin ninguna duda, hay otros derechos y libertades humanos que han influido directamente sobre el desarrollo de la corporación y han reforzado la libertad de empresa, como, por ejemplo, la libertad profesional y el derecho a trabajar (art. 15 de La Carta), el derecho a la propiedad (art. 17), y el derecho de establecimiento (art. 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea)⁹. La conexión con los otros derechos humanos se entiende mejor si se tiene en cuenta que la libertad de empresa ha sido considerada como un derecho *deseable*, ya que su esencia es permitir, promover y favorecer el espíritu emprendedor y de la innovación, sea tanto a nivel individual como a nivel de la comunidad¹⁰. Ahora bien, si es el mismo derecho fundamental (libertad de empresa) sobre el cual se construye la base de la prosperidad individual y el crecimiento empresarial, cabe entender por qué la corporación puede ser considerada en el origen de libre desarrollo de la personalidad humana y por lo tanto es inseparable del concepto de la dignidad humana¹¹.

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta que la corporación forma parte de un proceso global de la prosperidad individual¹², se puede observar la conexión entre los derechos humanos, la libertad de empresa y la corpora-

⁸ M. EVERSON y R. CORREIA GONÇALVES, "Article 16 - Freedom to Conduct a Business" en VV.AA., *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, edición de S. PEERS, T. HERVEY, J. KENNER, A. WARD, Hart, Oxford-Portland, 2014, pp. 437-464.

⁹ Esta conexión entre la libertad de empresa y los derechos económicos y sociales la observa también G. CHANDLER, "Crafting a Human Rights Agenda for Business", en VV.AA., *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, edición de M. K. ADDO, Kluwer Law International, La Haya, 1999, pp. 39-45. Además hay que precisar que el derecho de establecimiento no es limitado solo para crear una corporación, sino que también permite de entrar en los negocios como autónomo o crear cualquier tipo de entidad comercial (art. 49 2da parte). De hecho, la forma corporativa es solo una de muchas formas de hacer negocios, M. DAN-COHEN, *Rights, Persons, and Organizations: A Legal Theory for Bureaucratic Society*, Quid Pro Books, 2^a ed., New Orleans, 2016.

¹⁰ AGENCIA EUROPEA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES, *Freedom to Conduct a Business: Exploring the Dimensions of a Fundamental Right*, Oficina de publicaciones de la Union Europea, 2015.

¹¹ Según M. EVERSON y R. CORREIA GONÇALVES, "Article 16 - Freedom to Conduct a Business" cit., la libertad de empresa también representa una parte integrante de los esfuerzos por parte de UE de crear una economía política que vaya más allá de los nacionalismos.

¹² I. GARCÍA VICTORIA, *La Libertad de Empresa: Un Terrible Derecho?*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008.

ción como un proceso de especificación y concretización que empieza con un concepto teórico de los derechos humanos, y posteriormente se concretiza en uno de los mismos, es decir, la libertad de empresa, que toma la forma y se cristaliza en una corporación, entre otras muchas formas posibles.

La libertad de empresa tiene también sus particularidades, y una de ellas es que, a diferencia de otros derechos humanos, no hay polémica alguna sobre la consideración de que tal derecho pertenece a las corporaciones (u otras entidades)¹³. En otras palabras, no hay ningún problema en compartir este derecho con los no-humanos: hay espacio para la iniciativa económica de cualquier persona o entidad que quiera ejercerlo. Por lo tanto, la libertad de empresa no solo puede constituir una base jurídica necesaria para crear una corporación, y no solo es la justificación de su existencia y su legitimización, sino que, además, cuando la corporación ya existe, este derecho se adscribe a las corporaciones de la misma manera en la que se adscribe a las personas humanas: desde esta perspectiva, o bien la libertad de empresa no es un derecho solo humano, o bien los derechos humanos pueden ser, y ya lo son, parte de la esencia de los no humanos.

En esta parte se puso en evidencia la estrecha relación que existe entre la libertad de empresa como derecho humano y la corporación que tiene el doble papel de ser ambas cosas, el objeto y el sujeto de este derecho. En la siguiente parte se pondrá en evidencia que la libertad de la empresa, que es un derecho fundamental y, además, un derecho que la corporación tiene en cuanto sujeto de Derecho, no es el único derecho que los humanos comparten con los no humanos (en este caso, corporaciones) y que la tendencia a reconocer los derechos humanos a las personas no humanas es una realidad jurídica.

4. HUMANIZANDO CORPORACIONES: MÁS DERECHOS HUMANOS A LOS NO HUMANOS

Hay una determinada praxis según la cual asignar personalidad jurídica a las corporaciones significa automáticamente verlas como personas humanas¹⁴. Pero la personalidad jurídica no es solo de las personas humanas. En

¹³ Por lo menos, ninguna polémica le consta a la autora de este trabajo, que por supuesto no quiere decir que no haya.

¹⁴ Vease, por ejemplo, J.D. CLEMENTS, *Corporations Are Not People: Reclaiming Democracy from Big Money and Global Corporations*, Berrett-Koehler Publishers, San Francisco, 2014.

el Derecho –el mundo paralelo, pero estrechamente conectado con el mundo real– las personas pueden ser no solo personas humanas, sino también una miríada de otras entidades como ya se explicó brevemente con anterioridad. Es decir, la personalidad jurídica, como concepto jurídico, tiene una finalidad: la de crear personas (sujetos) que puedan ser responsables y puedan ejercer los derechos que el sistema jurídico le ha concedido. En este sentido resulta ejemplar la conclusión del juez Rozakis, que reconoció en la corporación un “organismo independiente vivo” y que cuyos derechos son protegidos por la Convención Europea de Derechos Humanos¹⁵. Claro que tal razonamiento no quiere decir que las corporaciones son personas humanas, pero sí quiere decir que, desde el punto de vista jurídico, ambos –las personas humanas y las corporaciones– son personas: muy distintas, sin duda, ya que una es natural y la otra artificial, pero, no obstante, ambas son personas y ambas tienen derechos. Una de las consecuencias de esta distinción es la responsabilidad limitada de las corporaciones y la responsabilidad ilimitada de los humanos, o la posibilidad de encarcelar a las personas humanas y no a las corporaciones. De todas formas, estas diferencias no tienen relevancia desde el punto de vista de la entidad corporativa en relación con el desempeño de su papel en la sociedad y en el Derecho¹⁶, ya que según la opinión consultiva del Tribunal Internacional de Justicia en 1949: “Los sujetos de Derecho en cualquier sistema jurídico no son necesariamente idénticos en su naturaleza o en el alcance de sus derechos, y su naturaleza depende de las necesidades de la comunidad”¹⁷. Por lo tanto, no se está apoyando la tesis de que las personas humanas y las corporaciones deban tener la misma consideración o que deban tener los mismos derechos: las diferencias son innegables y, sin embargo, hay algunas cosas en común¹⁸, la cuales son el centro de este trabajo. Es decir, hay que buscar la respuesta a la pregunta de si puede existir algún modo para poder compartir los derechos humanos entre los humanos y no humanos sin que los mismos pierdan su valor o se vean perjudicados.

¹⁵ Vease el caso del TEDH *Comingersoll SA v Portugal* [GC], App no 35382/97, 2000-IV.

¹⁶ G. BARAK, *Unchecked Corporate Power*, Routledge, Abington, 2017, p. 32.

¹⁷ Tribunal Internacional de Justicia, “Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations: Advisory Opinion of April 11th, 1949”, disponible en <http://www.icj-cij.org/files/case-related/4/004-19490411-ADV-01-00-EN.pdf>.

¹⁸ K. GOODPASTER, “The Concept of Corporate Responsibility”, *Journal of Business Ethics*, núm 2, 1983, pp. 1-22. Este autor también subraya que la idea de la similitud entre las corporaciones y las personas humanas puede ser trazada a través de Platón y desde entonces ha siempre habido defensores, que han desarrollado esta idea introduciéndola en el Derecho y la teoría de las organizaciones.

En consecuencia, ambos, los humanos y las corporaciones, pueden tener derechos similares, pero estos derechos tienen que estar “personalizados” o “moldeados” en atención a la naturaleza de cada uno.

3.1. ¿Los derechos humanos son o no son de los humanos?

En la hipótesis de que los individuos y las corporaciones pueden ser ambos subsumidos bajo la idea de la persona, existe una base para asignar los derechos humanos a las corporaciones. Algunas de estas asignaciones no son controvertidas, como, por ejemplo, la ya mencionada libertad de empresa, pero también el derecho a un juicio justo, el derecho a no ser condenado sin el debido procedimiento legal, o el derecho a la propiedad. Otras, al contrario, son muy controvertidas como, por ejemplo, la libertad de pensamiento y de religión¹⁹, la libertad de expresión, o la privacidad²⁰. Las adscripciones de estos últimos derechos humanos por parte de los tribunales de EEUU, han sido interpretadas muchas veces como un proceso de humanización de la corporación, que va en paralelo con la deshumanización de los seres humanos. Por ejemplo, sobre el tema de la libertad de pensamiento y de religión en cuanto derecho reconocible a las corporaciones, el TEDH ha observado que la empresa mercantil de responsabilidad limitada, como corporación que obtiene las ganancias, no puede ni aprovecharse ni depender de los derechos del art. 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos²¹.

En este choque de posiciones sobre la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, donde el TEDH tiene una posición diametralmente opuesta a la del Tribunal Supremo de los EEUU, para muchos autores la corporación es como “un parásito egoísta motivado solo por dinero”²² o el

¹⁹ Se hace referencia al caso de la Corte Suprema de EEUU *Burwell v Hobby Lobby*, 573 US (2014).

²⁰ Hay otros derechos que presumiblemente no pueden ser atribuidos a las corporaciones: el derecho a la vida, el derecho a formar una familia, libertad de esclavitud, ser libre de la tortura, derecho a no declarar, derecho al voto, o derecho de ser miembro de una juría popular. Véase B.L. GARRETT, “The Constitutional Standing of Corporations”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm 163, 2014, pp. 95-164.

²¹ Art. 9 de la Convención establece la libertad del pensamiento, de conciencia y de la religión. Véase el caso de TEDH *Kustannus OY Vapaa Ajattelijat AB and Others v Finland App no 20471/92* del 15 de abril 1996.

²² M.K. ADDO, “Human Rights and Transnational Corporations: An Introduction”, en VV.AA., *Human Rights Standards and the Responsibility of Transnational Corporations*, edición de M. K. ADDO, Kluwer Law International, La Haya, 1999, p. 8.

“oscuro señor de la globalización”²³ que demanda los derechos humanos solo para poderlos utilizar para incrementar sus ganancias, privando de tal forma a los seres humanos de su excepcionalidad jurídica²⁴. Desde este punto de vista, el Derecho no estaría evolucionando, sino al contrario, retrocediendo, y en lugar de funcionar *para* el bien de los derechos humanos y, de consecuencia, de los seres humanos, funcionaría en su *contra*. Sin ninguna duda tales preocupaciones son fundadas y muy serias, pero la pregunta es si esa es la única interpretación posible de esos hechos y, si la respuesta a esta pregunta fuera que no, cual podría ser otra respuesta. Es decir, ¿podría el aumento de los derechos humanos reconocidos a los no humanos decir algo más que una historia de abusos *contra* los humanos?

No se puede poner en duda este proceso el desplazamiento de los derechos exclusivamente humanos hacia los derechos entendidos como poderes que ambos, personas humanas y no humanas (corporaciones), pueden disfrutar. Se observa que la historia de lo que las corporaciones podían hacer (y no hacer), se fue distanciando gradualmente desde los sujetos jurídicos limitados a los sujetos jurídicos emancipados²⁵, y, particularmente por lo que se refiere a TEDH, eso significa un proceso dinámico de una gradual humanización de las corporaciones²⁶.

Aunque si el TEDH se expresó contrario a reconocer la libertad de pensamiento, de conciencia y de la religión a la corporación, dicho tribunal no ha tenido la misma opinión en relación a otros derechos humanos. Esta “humanización gradual” se observa en su jurisprudencia a través de los siguientes casos.

3.2. Daños no pecuniarios

El TEDH ha establecido que la corporación puede sufrir un daño no pecuniario que no sea relacionado con el sufrimiento de las personas humanas

²³ J. MICKELTHWAITE y A. WOOLDGRIDGE, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, Phoenix, Toronto, 2005, p. 168.

²⁴ Más sobre la excepcionalidad humana y el ser humano como sujeto y el estándar de tratamiento, véase, entre muchos, R. G. TEITEL, *Humanity's Law*, Oxford University Press, Oxford, 2011.

²⁵ G. BARAK, *Unchecked Corporate Power*, Routledge, Abington, 2017, p. 23.

²⁶ W. VAN DEN MUIJSENBERGH, S. REZAI, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, núm 25, vol. 1, 2012, pp. 42-68.

que trabajan en la misma, sino como una entidad que, como parte de la sociedad, tiene algunas calidades que se pueden ver afectadas, como la reputación²⁷. Se puede ver, por lo tanto, cómo el razonamiento jurídico se desplazó de la idea de que solamente las personas humanas pueden reclamar algunos derechos. A pesar de que en el pasado los tribunales Europeos han sostenido muchas veces que los daños no pecuniarios pueden ser demandados solo por personas humanas, y, por lo tanto, las corporaciones no pueden reclamar compensaciones por pérdidas no monetarias²⁸, la doctrina jurídica ha cambiado el rumbo y ahora tribunales tan importantes como el TEDH reconocen que las corporaciones tienen derecho a reclamarlos, siempre y cuando puedan probar que sus derechos morales que quieren proteger –derechos morales como por ejemplo el nombre, la identidad o la reputación– son compatibles con la estructura corporativa y tienen la función de conseguir salvaguardar el interés de los valores corporativos²⁹. Por lo tanto, el hecho de que el derecho corporativo de poder reclamar este tipo de daños no depende de ningún perjuicio padecido por las personas humanas que pertenecen a la propia corporación: supone que ahora mismo este derecho está vinculado a los perjuicios que la corporación ha padecido independientemente, como entidad separada, como una persona (no obstante ser una persona no humana).

3.3. Derecho a la privacidad

Algo parecido pasó con el derecho a la privacidad que hasta hace poco fue considerado un derecho exclusivamente humano y por lo tanto ha sido negado a las corporaciones, sobre todo a las que reclamaron el derecho a la “privacidad personal”³⁰. Pero el razonamiento ha cambiado y el TEDH ha razonado de modo distinto: si la protección de la privacidad incluye la libertad de las intrusiones en la privacidad de la propia casa, la idea de casa puede ser extendida para incluir las instalaciones comerciales ocupadas por una empresa³¹. Es más, el TEDH decidió que si el derecho a la privacidad protege

²⁷ La opinión del juez Rozakis, Tratzta, Catfish y Vajić en el caso del TEDH *Comingersoll SA v Portugal* [GC], App no 35382/97, ECHR 2000-IV.

²⁸ Se hace referencia a la jurisprudencia de los tribunales de Gran Bretaña, en particular al caso *Firststeel Products Ltd v Anaco Ltd* [1994] EWHC 80569 (QB).

²⁹ E. PALMIERINI, “I Diritti della Personalità e il Danno agli Enti Collettivi”, en VV.AA. *I Danni Non Patrimoniali*, edición por E Navarretta, Giuffrè, Milano, 2004, p. 253.

³⁰ Como ha establecido el Tribunal Supremo de EEUU en el caso *Federal Communications Commission v AT&T* [2011] 562 US 397.

³¹ El caso de TEDH *Société Colas Est and Others v France* (2004) 39 EHRR 17.

a los individuos de la intromisión del gobierno, entonces este derecho cubre una gama entera de actividades (lícitas) en las que las personas humanas pueden estar involucradas, sin importar si estas actividades son de carácter privado o de carácter empresarial³².

La argumentación desarrollada hasta ahora está en coherencia con la idea, ya mencionada, de que las personas humanas y las corporaciones pueden compartir algunos derechos, siempre y cuando los mismos se configuren según (o a medida de) su naturaleza, sea esta naturaleza humana o corporativa. Así se puede explicar por qué, a pesar de que el TEDH reconoce el derecho a la privacidad a ambos, humanos y empresas, aún así la reconoce con mayor intensidad en el caso de personas humanas.

3.4. Libertad de expresión

El mismo razonamiento y enfoque metodológico se aplica en el caso de la libertad de expresión: a pesar de que esta libertad fundamental es reconocida en la Convención Europea de Derechos Humanos y otros tratados de derechos humanos internacionales, hay una distinción entre expresión comercial que se atribuye a la empresa, y expresión política de las personas humanas. En este caso dicha protección se analiza en dos niveles diferentes, la relativa a las corporaciones y la de los seres humanos, sin discriminar injustamente a ninguno de los dos³³.

Es más, la jurisprudencia del TEDH explica la libertad de expresión en los casos de las corporaciones relacionando la misma con la concurrencia desleal, monopolio y violación de los derechos de los consumidores, así como con el papel de algunas corporaciones –sobre todo las relativas a los medios de la información– en contribuir y garantizar el pluralismo y proteger los valores de las sociedades democráticas³⁴.

De esta manera no resulta contradictorio ni ontológicamente incoherente pensar que las corporaciones pueden tener derechos humanos: ahora bien,

³² A. VIŠEKRUNA, "Protection of Rights of Companies Before the European Court of Human Rights", en VV. AA., *Procedural Aspects of EU Law*, edición de T. Petrašević, D. Duić, Faculty of Law Josip Juraj Strossmayer University of Osijek, Osijek, 2018, pp. 111-126.

³³ Ibidem.

³⁴ Más información sobre esos casos en CONSEJO DE EUROPA, *Freedom of Expression in Europe: Case-Law Concerning Article 10 of the European Convention on Human Rights*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 2007.

éstos, si bien tienen la forma de derechos humanos, no coinciden en su contenido y peso.

Se ha visto que los derechos humanos pueden ser vistos desde la perspectiva que permite la idea de que no solo las personas humanas sino también las corporaciones pueden ser titulares de los mismos. Pero, en primer lugar, la pregunta es si es justo que las corporaciones los tengan. Más específicamente, hay que preguntarse ¿Qué ventajas supone conceder los derechos humanos a las corporaciones y cómo todo ello puede beneficiar a las personas humanas? Hasta ahora el único argumento a favor de la respuesta afirmativa a esta pregunta podría ser que garantizar la libertad de expresión a las corporaciones puede –no siempre, pero sí en algunos casos– garantizar la estabilidad de los fundamentos democráticos, pero ¿hay otros argumentos?

4. DESAFIAR EL ESTEREOTIPO Y CAMBIAR EL PARADIGMA

Como ya se observó al inicio de este trabajo, la idea de la corporación como explotadora de los derechos humanos no proporciona una versión completa y exhaustiva de la historia social y jurídica de la corporación. La verdad es que en la mayoría de los casos se habla de corporaciones que violan los derechos humanos, bien sea directamente, utilizando el trabajo infantil o ignorando las medidas de seguridad del lugar de trabajo por poner algunos ejemplos, o bien indirectamente, respaldando los regímenes que violan los derechos humanos como ha pasado en Nigeria, Colombia, Argentina, Birmania y muchos países más³⁵. Teniendo estos hechos en cuenta es muy razonable pensar que es moralmente inaceptable e injusto promover y proteger los derechos humanos de las corporaciones³⁶.

En este sentido parece que las corporaciones, no es que no puedan tener derechos humanos, sino que no se los merecen, que con los derechos humanos, las corporaciones se vuelven abusadoras de los mismos: ¿pero hay una correlación entre los derechos humanos y la buena o mala conducta? Los humanos no tienen los derechos humanos porque se comportan bien, ni

³⁵ Más sobre esto tema, entre muchos, véase S. MICHALOWSKI (ed.), *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*, Routledge, Abingdon, 2013.

³⁶ Es un punto de vista muy compartido, por ejemplo, en S. TOMBS, D. WHYTE, *The Corporate Criminal: Why Corporations Must Be Abolished*, Routledge, Abingdon, 2015; G. BARAK, *Unchecked Corporate Power*, Routledge, Abington, 2017; y T. HARTMANN, *Unequal Protection: The Rise of Corporate Dominance and the Theft of Human Rights*, Rodale, Nueva York, 2004.

tampoco se les quita si se comportan mal. Como observan Muiksenbergh y Rezai, si fuera así, los derechos humanos nunca podían ser reconocidos a los criminales, a los asesinos y a los terroristas, porque son los violadores más brutales de los derechos humanos más básicos³⁷.

Pero no es así y los derechos se reconoce a los sujetos como efecto de su existencia y su reconocimiento: el fundamento de los derechos humanos descansa en la misma consideración del ser humano, y este mismo razonamiento resulta de aplicación a los derechos humanos corporativos, como así ha afirmado el Tribunal Supremo de los EEUU, reiterando que reconocer la ficción jurídica de la corporación implica también proteger el ser humano, y reconocer derechos humanos a las corporaciones tiene también la función de proteger los mismos de las personas humanas³⁸.

Como se puede apreciar, en este paralelismo argumental existente detrás de la humanización de la corporación como titular de derechos humanos, debe tenerse en cuenta que a la corporación no se le otorga dicho estatus por derecho propio, esto es, como una entidad que existe independientemente de los seres humanos que la componen: más bien, dicha atribución tiene lugar, por decirlo de algún modo, mediante representación, es decir, atendiendo a la forma en que la corporación afecta a la vida de dichos individuos. Por lo tanto, el sentido de este razonamiento no es que se puede “levantar el velo de la persona jurídica” (sobre la base de que los intereses protegidos no son los de la propia corporación, considerada en sí misma como entidad, sino los intereses de las personas que la constituyen en cuanto individuos): más aun, la cuestión es que, cuanto más grande sea una corporación, cuanto más lejana parezca estar de las personas o individuos que la componen o con quienes interactúa, resulta que es precisamente en atención a esas personas o a sus intereses por lo que se le atribuyen derechos.

Se puede observar la complejidad que supone el cambio de paradigma: de los derechos humanos exclusivamente para seres humanos a los derechos humanos aplicables tanto a los seres humanos como a las corporaciones. Como se habrá advertido, la humanización de las entidades corporativas se desarrolla a través de dos líneas argumentales principales: mientras que en un primer aspecto, la corporación se humaniza como una persona

³⁷ W. VAN DEN MUIJSENBERGH, S. REZAI, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, *Pacific McGeorge Global Business & Development Law Journal*, núm 25 vol. 1, 2012, pp. 42-68, p. 52.

³⁸ El caso *Burwell v Hobby Lobby*, 573 US (2014) del Tribunal Supremo de EEUU.

considerada en sí misma, en un segundo aspecto dicha humanización tiene lugar en virtud de las personas físicas cuyos intereses son protegidos, y del mismo modo, mientras que el primer argumento o aspecto busca mostrar cómo es posible humanizar la corporación en cuanto titular de derechos, el segundo aspecto persigue explicar por qué debería ser legítimo hacerlo. La complejidad, entonces, radica estructuralmente en la múltiple naturaleza de los roles concurrentes: la corporación como tal, la corporación como entidad diseñada para proteger los intereses de sus miembros, el rol de las personas en cuanto tales y el de las personas como individuos que interactúan con la corporación en una variedad de otros roles diversos (clientes, ciudadanos, etc.).

Esto a su vez plantea la cuestión del rol de la corporación en la sociedad y explica el activismo de los derechos humanos de las personas en la sociedad. Kinley describe la relación entre las corporaciones y los activistas como una relación de desprecio, desdén mutuo, y “donde no era posible distinguir ‘quien era el cazador y quien el cazado’, porque los defensores de las corporaciones y los defensores de los derechos humanos han mostrado, por igual, instintos predatorios”³⁹.

Pero, aunque el problema puede ser un conflicto de intereses, la solución puede consistir en ver que el conflicto es inherente a la multiplicidad de roles que estructuralmente interactúan en la relación, lo que puede sugerir que el potencial conflicto es, al mismo tiempo, una posibilidad para la reconciliación de los intereses involucrados.

4.1. ¿Que pueden hacer las corporaciones por los derechos humanos?

Hay un otro enfoque que raramente se pone de manifiesto: a lo largo de la historia las corporaciones se observa que las mismas se han convertido en “las fuerzas buenas” o de que por lo menos “han dejado de pecar tanto como antes”⁴⁰. ¿Que se quiere decir con esto?

Quizás la respuesta a esta pregunta es que las corporaciones pueden tener un impacto positivo en los derechos humanos no solamente promo-

³⁹ D. KINLEY, “Human Rights as Legally Binding or Merely Relevant?”, *Commercial Law and Human Rights*, edición de S. BOTTOMLEY, D. KINLEY, Ashgate, Dartmouth, 2002, pp. 25-45, p. 25.

⁴⁰ J. MICKELTHWAITE y A. WOOLDGRIDGE, *The Company: A Short History of a Revolutionary Idea*, Phoenix, Toronto, 2005, p. 170.

viendo los derechos humanos directamente, sino también indirectamente, es decir, mejorando la calidad de vida, asegurando los servicios sanitarios y apoyando iniciativas e instituciones educativas, especialmente en aquellos países donde el gobierno no puede desempeñar este papel. Los ejemplos abundan⁴¹. Estas iniciativas podrían ayudar a la promoción de la situación social, económica y cultural de los derechos de los seres humanos. El impacto positivo en los derechos humanos que tienen las corporaciones en los países más pobres ha sido valorado por Meyer, quien llegó a la conclusión de que la presencia de las corporaciones en el Tercer Mundo está positivamente interrelacionada con los derechos políticos, civiles, sociales y económicos⁴².

Pero no hay que pensar que las corporaciones pueden ser beneficiosas solo para los derechos humanos en los países muy pobres y que no hay nada que impulsar en el panorama de los derechos humanos de las economías democráticas aparentemente fuertes. Por el contrario: también en estas últimas está teniendo lugar un cambio positivo. De hecho, Kinley argumenta que hay un cambio en la relación entre las corporaciones y los derechos humanos y que existen puntos de convergencia hacia puntos comunes⁴³. Un ejemplo de ello es el Colectivo *Emerson* así como el *Chan Zuckerberg Initiative*⁴⁴. Ambas son organizaciones filantrópicas que han elegido el tipo corporativo en lugar de constituirse como fundación porque (al menos en EEUU) ello posibilita su participación en la defensa política y poder realizar contribuciones políticas⁴⁵. En este sentido las corporaciones tienen una gran libertad de acción que les permite trabajar en beneficio de los grupos sociales vulnerables, como por ejemplo los inmigrantes, y pueden apoyar los bienes comunes trabajando para la protección del medio ambiente, la educación o un mejor acceso a los procesos democráticos. Por lo tanto, garantizar los derechos hu-

⁴¹ Uno de los numerosos ejemplos en España es el Grupo Inditex que ayuda a distintas comunidades con programas destinados a garantizar agua potable y los servicios sanitarios en Bangladesh y otros países (el programa Water.org), acceso a los servicios médicos a los trabajadores vulnerables en Marruecos (el programa Medicus Mundi) y otros. Más información disponible en <http://www.inditex.com>.

⁴² W. H. MEYER, "Human Rights and MNCs: Theory Versus Quantitative Analysis", *Human Rights Quarterly*, núm 18 vol. 2, 1996, pp. 368-397.

⁴³ D. KINLEY, "Human Rights as Legally Binding or Merely Relevant", cit., p. 25.

⁴⁴ Disponibles respectivamente en los siguientes enlaces: <https://www.emersoncollective.com/>, y <https://chanzuckerberg.com/>

⁴⁵ Es decir, lo que ha legitimado tan polémico caso del Tribunal Supremo de EEUU *Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010).

manos a las corporaciones es una forma de poderlas garantizar también a los seres humanos.

Hay otra forma en que las corporaciones contribuyen al debate global de los derechos humanos: es decir, las corporaciones pueden defender derechos humanos promoviendo los derechos humanos de los humanos frente a intromisiones o coacciones gubernamentales. Como observa Garrett, lo que enseñan las batallas judiciales de las corporaciones es que “los derechos constitucionales son mucho más fuertes cuando se deja a lado su carácter individual y se lucha por las mismas en grupo”⁴⁶.

En este sentido resulta ilustrativo el asunto *Yukos*⁴⁷. Para la corporación *Yukos*, el TEDH fue el lugar donde encontró una reparación contra el gobierno de la Federación Rusa⁴⁸. No todos los argumentos presentados por los abogados de *Yukos* fueron aceptados por la TEDH, pero el asunto llamó la atención internacional por los abusos de los derechos humanos en dicho país, aportando pruebas de tales abusos. El caso *Yukos* también pone en evidencia que no importa el poder financiero que pueda tener una corporación, pues puede ser a su vez, igualmente, presa de abuso por parte de un gobierno. Además, la historia de *Yukos* enseña que los regímenes autoritativos pueden infringir no solamente los derechos humanos de los seres humanos, sino también los derechos humanos de las corporaciones, debiendo señalar que, si una poderosa corporación fue fácil y rápidamente desmantelada, hay que preguntarse qué les ocurre a los disidentes, a los oponentes políticos y a otras personas o colectivos que alzan sus voces contra las instituciones políticas y cuestionan sus actuaciones.

Un razonamiento similar se puede aplicar a aquellos supuestos donde las corporaciones han formulado reclamaciones en materia de protección de la privacidad: el objetivo general de la protección de la privacidad en la sede del TEDH es la protección de las personas y de las corporaciones frente a las injerencias indebidas. No obstante, las actividades personales y de negocio suelen estar entrelazadas, lo que dificulta poder trazar una línea de separación entre ellas. Por lo tanto el derecho a la privacidad de las corporaciones

⁴⁶ B. L. GARRETT, “The Constitutional Standing of Corporations”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm 63, 2014, pp. 95-164, p. 164.

⁴⁷ El caso de TEDH *OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v Russia* App no 14902/04, del 31 julio 2014.

⁴⁸ Para más detalles sobre este caso, véase W. VAN DEN MUIJSENBORG, S. REZAI, “Corporations and the European Convention on Human Rights”, cit.

puede servir como un escudo para preservar un derecho individual a la privacidad, y en particular el de sus empleados.

Es por este motivo que se ha defendido la posición de que “si las demandas corporativas pueden garantizar el uso efectivo de los derechos y los principios de la Convención Europea de los Derechos Humanos por parte de la sociedad, el sistema de valores de la Convención aceptará dichas demandas”⁴⁹. En este sentido, las reclamaciones corporativas de los derechos humanos se contemplan como instrumentos de promoción de los derechos humanos de los individuos. Más aun, como las entidades tienen derechos humanos, las corporaciones están incrementando considerablemente la función, alcance y significado de estos derechos: ser titular de derechos humanos no es solamente exigir a los demás su respeto, sino también respetar recíprocamente los derechos de los demás. Por lo tanto, si las corporaciones y los individuos están obligados a respetar y proteger los derechos humanos, entonces también se reconoce dicho respeto y protección no solo a los seres humanos sino también a las corporaciones. Esto se manifiesta en el llamado principio de proyección moral de Goodpaster, en cuya virtud hay que exigir y pretender de las corporaciones lo mismo que se exige y se pide de los seres humanos⁵⁰: según el razonamiento expuesto, el principio debería funcionar en el sentido inverso, es decir, pedir a los individuos (legisladores, políticos, ejecutivos) el mismo esfuerzo que se pretende a las corporaciones en la protección de los derechos humanos.

Cambiar el paradigma que supone pasar de la consideración de las corporaciones en cuanto infractoras de los derechos humanos, a pasar a considerarlas también como potenciales víctimas de dichas infracciones es una invitación a contemplar a la corporación como un “organismo vivo independiente”⁵¹, de forma que sea considerada como “parte integrante de la sociedad” y “como una persona social y política a través de la cual puedan ser mejoradas sus contribuciones a la sociedad”⁵². Algunos autores han sugerido que esto podría conducirnos a una iniciativa conjunta de derechos humanos para Europa, destacando las especificidades propias de la persona

⁴⁹ Ibidem, p. 57.

⁵⁰ GOODPASTER, “The Concept of Corporate Responsibility”, cit.

⁵¹ La opinión de juez Rozakis, Tratza, Catfish y Vajčić en el caso del TEDH *Comingersoll SA v Portugal* [GC], App no 35382/97, ECHR 2000-IV.

⁵² ADDO, “Human Rights and Transnational Corporations: An Introduction”, cit., p. 8.

corporativa⁵³. Dicha iniciativa podría ampliar y reinterpretar los derechos humanos existentes adaptándolos a la naturaleza legal de las personas, contribuyendo también a la teoría jurídica de la personalidad de la corporación. Obviamente, no se necesita un tratado separado, pero un debate al respecto resultaría beneficioso ya que permitiría contemplar los derechos humanos desde una perspectiva que podría revelar la historia completa de las conexiones entre los individuos y las corporaciones.

5. CONCLUSIONES

Hace algún tiempo se está debatiendo la cuestión de nuevos derechos que se debería reconocer a los animales, y actualmente la Naturaleza, en sus diversas manifestaciones como son los ríos y otras formaciones naturales, así como los pasajes naturales, está siendo reconocida como titular de una personificación legal⁵⁴. Lo que hace posible conceder derechos humanos a los no humanos, según Garrett, es que muchos de estos derechos “no son estrictamente personales y se les puede aplicar en general, sea son concebidos como los deberes del Estado o los privilegios contra el mismo”⁵⁵. Por eso mismo no debe sorprender que los derechos humanos no sean concedidos solamente para los humanos, sino que también pueden ser otorgados a los no humanos, es decir, a las corporaciones.

Hay dos historias sobre la relación entre los derechos humanos y a las corporaciones: una de ellas destaca la trayectoria histórica de las corporaciones como infractoras de derechos humanos. La otra, por contra, contempla a las corporaciones como una fuerza potencial para el bien de los derechos humanos. Observar esta historia en su integridad es lo que ayuda entender su complejidad.

Desde luego la cuestión es mucho más difícil puesto que, como ya se señaló, las corporaciones operan en la sociedad: sus acciones, por tanto, tienen consecuencias sociales, y los intereses en juego plantean determinadas cues-

⁵³ VIŠEKRUNA, “Protection of Rights of Companies Before the European Court of Human Rights”, cit., p. 124.

⁵⁴ La personalidad jurídica ha sido reconocida al área Te Urewera en Nueva Zelanda, y a algunos ríos: el río Whanganui (Nueva Zelanda), los ríos Ganges and Yamuna (India), y el río Atrato (en Colombia). Más sobre esto en L. CANO PECHARROMAN, “Rights of Nature: Rivers That Can Stand in Court”, *Resources*, núm 7 vol. 13, 2018, pp. 1-14.

⁵⁵ GARRETT, “The Constitutional Standing of Corporations”, cit., p. 161.

tiones de índole práctica y moral cuya solución no es siempre tan evidente. Por lo tanto, hay que encontrar la manera de conceder derechos humanos a las corporaciones de modo tal que los beneficios lleguen a los empleados, sin menoscabar los intereses de la sociedad.

MIGLE LAUKYTE
Facultad de Derecho
Universitat Pompeu Fabra
c/ Ramon Trias Fargas, 25-27
08005 Barcelona
e-mail: migle.laukyte@upf.edu

**CRÍTICA DE LA LEGITIMIDAD DEL DERECHO
EN TIEMPOS DE EXCLUSIÓN SOCIAL.
REPENSAR LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO
DESDE EL VÍNCULO SOCIAL DE LA CIUDADANÍA***

*CRITICISM OF THE LEGITIMACY OF LAW IN TIMES OF SOCIAL
EXCLUSION. RETHINKING THE RESPONSABILITY OF THE STATE
FROM THE SOCIAL BOND OF CITIZENSHIP*

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 9-10-19

Fecha de aceptación: 4-3-20

Resumen: *Este ensayo realizará un análisis de las características estructurales que definen la sociedad de la Modernidad tardía, para entender como estos cambios en la configuración social determinan la manera de entender la política criminal y el Derecho penal frente a los procesos de exclusión. Analizaremos cómo en un contexto de profunda exclusión para determinadas personas y colectivos se desquebraja el necesario vínculo que tiene que darse entre Estado de Derecho y ciudadanía con derechos, fractura, que en la medida que es coadyuvada por el Estado en la producción de las condiciones materiales de exclusión, pondrían poner en tela de juicio la legitimidad de un Estado para castigar al excluido. Para entender todo ello, daremos medida de cuáles podrían ser las condiciones para la configuración de un Estado decente que no humille a sus ciudadanos.*

Abstract: *This essay will carry out an analysis of the structural characteristics that define the society of late Modernity, to understand how these changes in the social configuration determine the way of understanding criminal policy and Criminal Law in the face of exclusion processes. We will analyze how, in a context of deep exclusion for certain people and groups, the necessary link between the rule of law and citizenship with rights is broken, which, to the*

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del grupo de investigación interdisciplinar “Derechos humanos y retos socio-culturales en un mundo en transformación” (IT1224-19) del Gobierno Vasco, proyecto adscrito al Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Deusto.

extent that is contributed by the State in the production of material conditions of exclusion, they would call into question the legitimacy of a State to punish the excluded. To understand all this, we will measure what the conditions for the configuration of a decent State that does not humiliate its citizens could be.

Palabras clave: exclusión social, Modernidad tardía, Derecho penal, política criminal, Estado decente

Keywords: social exclusion, late Modernity, criminal Law, criminal policy, decent State

1. CONTEXTUALIZACIÓN. HACIA UNA SOCIEDAD DE LA EXCLUSIÓN

El propósito de este primer epígrafe es establecer un diagnóstico de la materialidad de la exclusión que caracteriza nuestra Modernidad tardía para poder repensar la legitimidad del Estado de Derecho frente a su ciudadanía.

La tendencia a la exclusión es una deriva que tiene manifestación en múltiples facetas del mundo de la vida. Somos conscientes, como punto de partida, que un Derecho penal eficiente tiene que estar atento a la voz de la ciudadanía; que la política criminal no puede dejarse en manos de expertos. El buen funcionamiento de la justicia penal depende de la implicación y participación de la ciudadanía; su exclusión, tanto a nivel procedimental, como a nivel material –el desamparo y desalojo de los derechos de personas y colectivos– no hace sino ahondar esta problemática. Ahora bien, la justicia penal no es el instrumento adecuado para solventar conflictos y problemáticas que tienen que ver con la justicia social; es necesaria una mirada sistémica en la que se incluya como uno más de sus componentes la justicia penal.

Cierta perspectiva doctrinal considera que un Derecho penal que no respete las instituciones de justicia de la ciudadanía está abocado al fracaso, a la ineficacia¹. El eje central de este debate es fortalecer el vínculo entre obediencia de las normas y consenso ciudadano; del sólido blindaje de esta bisagra se deriva la legitimidad del Estado para poder castigar². En este sentido, el

¹ P. ROBINSON, “The Proper Role of Community in Determining Criminal Liability and Punishment”, en RYBERG/ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, Oxford, 2014, pp. 54-75; J. DARLEY, *Intuitions of Justice and the Utility of Desert*, OUP, Oxford, 2013, pp. 40 y ss.

² B. FEIJOO SÁNCHEZ, *La legitimidad de la pena estatal. Un breve recorrido por las teorías de la pena*, Iustel, Madrid, 2014, pp. 50 y ss; A. BOTTOMS, “5 Puzzles in von Hirsch’s Theory

Derecho penal no puede ser sólo materia de sabios y expertos, amparándose para ello en la irracionalidad y falta de conocimiento de la ciudadanía, o en el carácter complejo de la ley³; tampoco puede tecnicizarse el debate sobre la justicia de las penas amparándose en argumentos como la volatilidad y el carácter etéreo y difuso de la opinión ciudadana, lo que impediría de facto la construcción de foros de ciudadanía deliberativa⁴. Se ha pretendido, también, desacreditar la participación ciudadana al afirmar que su mediación abocaría el Derecho penal a una radical ineficacia⁵, a derivas populistas irracionales, como si participación ciudadana y construcción del Derecho fueran cosas incompatibles, antinomias naturales⁶. La propuesta es que un Derecho penal más participativo y civilizado no produce un Derecho penal menos efectivo ni más punitivo; pero sí más humanitario⁷.

of Punishment”, en A. ASHWORTH y M. WASIK (eds.), *Fundamentals of Sentencing Theory, Essays in Honour of Andrew von Hirsch*, OUP, Oxford, 1998, pp. 53-86.

³ Un sentido crítico con esta perspectiva puede verse J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid, 2013, pp. 170 y ss.

⁴ J. RYBERG y J. ROBERTS (eds.), *Popular Punishment. On the Normative Significance of Public Opinion*, OUP, Oxford, 2014, pp. 106-107. Una perspectiva crítica con el régimen de la democracia deliberativa, por la deriva en la que ésta puede incurrir al convertirse en una mediación para la imposición del punto de vista de una élite concreta, puede verse en M. ROWAN, “Democracy and punishment: A radical view”, *Theoretical Criminology*, vol. 16 núm. 1, 2012, pp. 43 y ss. No es esta la perspectiva de este escrito.

⁵ E. ZIMRING, G. HAWKINS, S. KAMIN, *Punishment and democracy*, OUP, Oxford, 2001.

⁶ *Las criminologías de la vida cotidiana* piensan el orden social como un problema de integración sistémica, naturalizando, de esta manera la exclusión como si fuera parte de un proceso lógico y normalizado de los sistemas. Para estas, el orden social es principalmente amoral y tecnológico; el delito, un hecho social al que es necesario acostumbrarse sin excesiva problematización. Cf. D. LOCKWOOD, “Social Integration and System Integration”, en *Solidarity and Schism*, Oxford University Press, Oxford, 1992. Por otro lado, las *criminologías del otro peligroso* enfocadas hacia una comprensión clásica del delincuente como alguien ominoso y aberrante; el acto delictivo, es, por tanto, una elección perversa no sometida a ningún tipo de condicionamiento, fruto compulsivo de una naturaleza monstruosa. J. BEST, *Random Violence: How We Talk About New Crimes and New Victims*, University of California, Berkeley, 1999. Ambos enfoques abandonan una comprensión solidaria de los vínculos que construyen ciudadanía, en donde la participación de ésta en la construcción del Derecho resulta fundamental, y por ello, también la recuperación y rehabilitación de la persona delincuente.

⁷ Autores como S. CÁMARA ARROYO proponen que el principio penal de humanidad de las penas debería ampliarse al concepto de humanitarismo para caracterizar el ordenamiento penal “Justicia Social y Derecho penal: individualización de la sanción penal por circunstancias socioeconómicas del penado (arts. 66.1.6, 20.7 CP y 7.3 LORRPM)”, *ADPCP*, vol. LXVIII, 2015, p. 239. Cf. SANZ DELGADO, *El humanitarismo penitenciario español*, Edisofer, Madrid, 2003.

Empezaremos, en este trabajo, haciendo un análisis de las características estructurales que definen la sociedad de la Modernidad tardía, para entender como estos cambios en la configuración social determinan la manera de entender el Derecho penal frente a los procesos de exclusión. Procederemos, por tanto, a realizar una ontología de la exclusión, un análisis de sus condiciones de posibilidad para proyectarlas sobre nuestra propia realidad.

1. La sociedad de la Modernidad tardía que habitamos es una sociedad bulímica donde exclusión e inclusión se producen sincrónicamente; son los rostros de una misma cara que se tensionan y retroalimentan⁸. En nuestras sociedades, inclusión y exclusión son términos constitutivos de una relación binaria, lo que implica que para mantener el orden social es necesario aceptar y negociar sistemáticamente esta relación. Afrontamos, por tanto, el tránsito, en forma de giro epistémico, de una sociedad incluyente a otra excluyente⁹ como consecuencia de la pérdida de legitimidad del Estado social de derecho. Instituciones clásicas como el trabajo, la familia, los vínculos sociales y profesionales, la lucha por la justicia social, o los derechos, ya no proveen una trayectoria sólida y proyectada desde la cuna a la tumba; ya no constituyen un tránsito sin incertidumbres, ni ofertan la seguridad y la solidez de épocas pasadas. Es la exclusión y la pérdida de derechos los vectores definitorios de nuestra estructura social. Pero la diada exclusión-inclusión es acumulativa y se retroalimenta: las personas excluidas utilizan la violencia como respuesta necesaria para vivir en este contexto de exclusión e incertidumbres que las expulsa. Las condiciones de la inclusión de las personas excluidas son la propia violencia de nuestras estructuras sociales. En un contexto así, no existen precondiciones para la implementación real de la responsabilidad.
2. Esta Modernidad tardía es también una sociedad de la externalización, lo que implica deslocalizar exclusión, violencia y pobreza del centro a la periferia de nuestro sistema mundo, a las periferias de nuestros “nortes desarrollados”, mediante el sortilegio del gueto y la nueva marginación urbana, siendo víctimas fundamentales de

⁸ Y. YOUNG, *La sociedad excluyente. Exclusión social, delito y diferencia en la Modernidad tardía*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 23 y ss.

⁹ Z. BAUMAN, *Modernidad y Holocausto*, Sequitur, Madrid, 2010; D. HARVEY, *La condición de la postmodernidad*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998, 213 y ss.; G. THERBORN, *European Modernity and Beyond*, Sage, London, 1995.

este proceso las personas inmigrantes¹⁰. Por tanto, producción de riqueza y producción de pobreza/exclusión son rostros desdoblados, pero complementarios del mismo proceso. La desigualdad global es un proceso interactivo y complejo de producción de desigualdades por el que las ventajas de unos son sufridas por los otros; esto es, la sociedad de la externalización permite descargar sobre otros los costos de los estilos de vida propios, a través de asimetrías de poder, mecanismos de explotación pluridimensional y el “habitus de la externalización”¹¹; rompiendo, así, con una concepción clásica y dogmática de la desigualdad social explicada sólo a partir de diferencias de ingresos, en el marco del Estado nacional social, sin una comprensión sistémica de los procesos de desigualdad global¹².

3. La sociedad de la exclusión en la que vivimos se caracteriza también por el pluralismo y la inseguridad ontológica como elementos definidores de su naturaleza. En un contexto de inclusión excluyente, estructurado en torno a formas violentas de existencia y gobernanza, el pluralismo de formas de vida se combina con estructuras que promocionan la inseguridad vital de personas, comunidades y pueblos. Se trata de un pluralismo atenuado por la inseguridad, en el contexto de una cultura del individualismo posesivo, un pluralismo que observa con estupor la pérdida de la cultura de derechos, la disolución de Estados democráticos y constitucionales fuertes como los que nos han precedido, Estados fuertemente intervencionistas, de fiscalidades orientadas al gasto social, que pretendían dar solución a situaciones de exclusión social sin recurrir a la violencia actual¹³. La retórica recuperación económica que caracteriza la post-crisis ha dejado en evidencia que lo que se tambalea son los fundamentos propios de la sociedad democrática. La inseguridad se ha hecho regla de vida por la emergencia de otros factores desestabilizadores como la crisis demográfica, ambiental y política que nos constituye; por la creciente tendencia a la pérdida de vínculos comunitarios –que han funcionado como sostenedores existenciales

¹⁰ S. LESSENICH, *La sociedad de la externalización*, Herder, Barcelona, 2019, p. 51.

¹¹ *Ibidem*, p. 56; CH. TILLY, *La desigualdad persistente*, Manantial, Buenos Aires, 2000.

¹² S. SASSEN, *Expulsiones. Brutalidad y complejidad en la economía global*, Katz, Buenos Aires, 2015.

¹³ T. JUDD, *Pensar el siglo XX*, Taurus, Madrid, 2012, p. 365.

- de mucha gente-, sustituidos por la conexión digital que no provee seguridad existencial ni vital¹⁴.
4. Nos encontramos en las antecámaras de un paradigma desigualitario¹⁵ que plantea que un exceso de igualitarismo –de derechos sociales– perjudicaría la economía y el crecimiento de nuestras sociedades e instituciones. En este paradigma, la desigualdad deja de considerarse un defecto que promueve la exclusión de personas y comunidades, para empezar a considerarse como un recurso necesario para el crecimiento. Se produce el reemplazo de los derechos sociales (educación, sanidad, vivienda, formación, pensiones) por el acceso al crédito y el derecho a contraer deudas que implican una promoción y provisión individualizada de derechos mediante seguros individuales, préstamos inmobiliarios, fondos de pensión, en definitiva, un proceso de individualización de las políticas sociales que implican un vaciamiento del Estado social¹⁶.
 5. Todo este contexto desigualitario está implicando cambios en la manera de entender la política criminal como respuesta a los procesos de exclusión social: estamos ante una nueva cultura de control del delito¹⁷. Podríamos hablar de una suerte de interdependencia y conexión entre las bases materiales de una sociedad; los niveles de delito; los aparatos de control para su disciplina; y la propia doctrina criminológica aplicada. La situación de inseguridad y exclusión que venimos narrando produce efectos inconmensurables en la concepción del castigo penal. Las teorías excluyentes –como la del derecho penal del enemigo– se manufacturan y construyen en tiempos de exclusión social.
 6. Esta nueva cultura de control del delito y de la justicia se ha venido construyendo en torno a tres ejes interdependientes: un welfarismo penal¹⁸ modificado, desnaturalizado; una criminología del

¹⁴ FOESSA&CÁRITAS, *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, Fundación Foessa&Cáritas España, Madrid, 2019.

¹⁵ M. REVELLI, *La lucha de clases existe... y la han ganado los ricos*, Alianza, Madrid, 2014, p. 21.

¹⁶ M. LAZZARATO, *Gobernar a través de la deuda. Tecnologías del poder del capitalismo neoliberal*, Amorrortu, Buenos Aires, 2015, p. 65.

¹⁷ D. GARLAND, *La cultura del Control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, Gedisa, Madrid, 2004, pp. 275-313.

¹⁸ Por welfarismo hacemos referencia a todo el conjunto de acciones e intervenciones que se producen sobre la *cuestión social* a partir de las profundas transformaciones que ha

control; una forma económica de razonamiento y de toma de decisiones. Irrumpen una multitud de indicadores que sedimentan esta cultura del control como: el declive de la idea de rehabilitación¹⁹; el incremento desmesurado de nuevos tipos penales; cambios importantes en la dinámica emocional de la política criminal²⁰; el retorno de la víctima al centro de la escena de la criminalidad, abstrayendo y difuminando las características y motivaciones del delincuente²¹; la politización y nuevo populismo en la manera de entender el delito, los tipos penales y las sanciones²²; la necesidad de proteger al público, lo público y lo común, por encima de todo, para lo que la cultura del control y la prevención resultan fundamentales; la transformación de las funciones de la policía en una entidad de naturaleza público-privado; la reinención de la prisión como elemento estrella de la punición; la selectividad en la aplicación de la justicia y en la manera de entender el castigo y la culpabilidad; y un largo etc. Contextos como el descrito constituyen un caldo de cultivo ideal para la consolidación de una criminología administrativa y actuarial más interesada en el control y gestión del delito, que en las causas estructurales que producen y reproducen criminalidad. En una sociedad de la exclusión la práctica criminológica pone su foco de interés en los síntomas, en los elementos accidentales y derivados del delito y de la acción criminal; y no en las causas estructurales y profundas que producen exclusión y propenden a la criminalidad²³.

sufrido el Estado en los últimos años. También nos referiremos a las estrategias de control del delito que se han desarrollado como consecuencia del ascenso del Estado de Bienestar, como se verá más tarde. Cf. D. GARLAND, *Punishment and Welfare: A History of Penal Strategies*, Aldershot, Gower, 1985, pp. 15 y ss.

¹⁹ La función rehabilitadora de la pena es sustituida por la retribución, la incapacitación o la gestión del riesgo.

²⁰ El enojo, la venganza, la necesaria retribución frente al daño causado; en lugar del afanado compromiso por buscar una solución justa y social a las dinámicas de la criminalidad.

²¹ Se produce una reelaboración poderosa del concepto individual y simbólico de víctima, del significado colectivo de víctima en la esfera pública, así como del tratamiento de la misma por parte de las instituciones de justicia penal.

²² Las tipologías delictivas son hipotecarias, muchas veces, de definiciones y problemáticas socialmente creadas, popularmente alimentadas.

²³ Como dice BAUMAN: "El examen de las culpas se disfraza como investigación de las causas". Esta es una sintomatología muy presente en el abordaje de todo proceso de exclusión y victimación; incluso algo que está incrustado en la esencia del discurso de los derechos

7. En este contexto, la combinación de complejidad (que tiene su expresión en un incremento del delito y el desorden), junto con un aumento de la diversidad, implica cambios profundos en la manera de entender el control y la regulación social. En esta situación, la política criminal tiende paulatinamente a funcionar como un proceso de legitimación de la razón de Estado, de dilución de derechos y de exclusión, a través de procedimientos complejos para la demonización del *otro-criminal*. Irrumpe una nueva penología del control del riesgo, que se combina sincrónicamente con viejas maneras de entender la punición. Se produce un quiebre en la función monopólica del Estado en el control del delito y un complemento de las funciones del mismo a través de la distribución de responsabilidades entre distintos actores que simultanean funciones de control formal e informal, castigo y prevención²⁴.

Varias son las técnicas desplegadas por la política criminal para conseguirlo, abriendo de esta manera un abismo entre el excluido delincuente y el incluido normalizado: a) el *distanciamiento*, por el cual el delito se explica como una desviación, alejamiento y separación de la persona que delinque respecto a los valores considerados fundamentales en una sociedad; retracción respecto a un corpus compartido de valores, lo que posibilita la generación de un espacio abisal y diferenciado entre *nosotros* y *los otros*; b) la *esencialización*, técnica por la cual proyectamos sobre el otro-delincuente una serie de cualidades que lo hacen esencialmente diferente y desviado respecto a lo que construimos como socialmente bueno y correcto; una maldad –la del otro– socialmente fabricada a partir de una manera esencializante de comprender la desviación y el delito; c) la reafirmación de la normalidad, lo que implica remarcar y fijar bien los límites entre lo nuestro/normal y lo otro/diferente/peligroso/desviado; d) finalmente, la sintetización de todas las fases anteriores en un proceso de *demonización* que *explica* la innata maldad del otro a partir de una serie de cualidades socialmente construidas –la del otro/a inmigrante como alguien radicalmente diferente al *nosotras*/

humanos al intentar abordar una dogmática de la exclusión desde el enfoque de derechos. *Modernidad y Holocausto*, cit., 2010, p. 16; Cf. Y. YOUNG, *La sociedad excluyente*, cit., pp. 79-80.

²⁴ D. GARLAND, *La cultura del control*, cit., pp. 22-23.

os-, cualidades peligrosas que es necesario modificar a partir de una intensa intervención penal y criminológica²⁵.

La estrategia última de estas prácticas y políticas criminales es identificar al otro, esencializarlo y clasificarlo para poder fabricar al monstruo. La esencialización es una técnica que favorece la exclusión social a través de la construcción de estereotipos; la clasificación social de personas y grupos; la normalización a través de la reducción de la diversidad compleja, a la unidad sin rostros ni atributos. Existe, por tanto, una relación interdependiente y trabajada entre *esencialismo y exclusión social*; la esencialización es una técnica necesaria para paliar la inseguridad ontológica con la que vivimos.

8. Por tanto, en una Modernidad tardía como la descrita se desquebraja el necesario vínculo que tiene que darse entre *Estado de Derecho y ciudadanía con derechos*, fractura, que en la medida que es coadyuvada por el Estado en la producción de las condiciones materiales de exclusión, pondrían poner en tela de juicio la legitimidad de un Estado para castigar al excluido.

El conflicto en una Modernidad desbocada hacia la exclusión es cuestionarse sobre qué estatuto y legitimidad le queda a la ciudadanía para proceder a la construcción de un Derecho penal humanizado y dialógico. Si no existen resortes para esa posibilidad, para la construcción de una ciudadanía fuerte, la legitimidad de las normas y del Derecho quedan mermadas y la legitimidad para imponer una pena muy cuestionada²⁶.

2. CONDICIONES DE LEGITIMIDAD DE UNA SOCIEDAD DECENTE. UN ANÁLISIS DE ALGUNOS ELEMENTOS DE SU INSTITUCIONALIDAD

El propósito de este epígrafe es analizar las formas de la institucionalidad democrática necesarias para la construcción y el mantenimiento de una Sociedad Decente. Entendemos por Sociedad Decente aquella que no humilla a sus ciudadanos. Nos interrogamos, por tanto, por las condiciones de

²⁵ Ibidem, pp. 181-188. C. SCHMITT, "Estado, movimiento, pueblo. La triple articulación de la unidad política", *Eunomía. Revista en cultura de la legalidad*, núm. 12, 2017, pp. 273-309.

²⁶ D. VARONA, "Derecho penal democrático y participación ciudadana", *InDret. Revista para el análisis jurídico del Derecho*, núm. 2, 2018, pp. 1-47 y J. CIGÜELA SOLA, "El ciudadano y el excluido frente al Derecho penal. Los límites del ciudadano deliberativo de Günther y Kindhäuser y del ciudadano cooperativo de Pawlik", *InDret. Revista para el análisis jurídico del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 1-35.

legitimidad que deberían caracterizar el Estado de derecho, y por inferencia, por las condiciones de legitimidad del Estado penal para poder hablar de castigo justo. Para ello haremos un recorrido por algunas dimensiones institucionales de una Sociedad Decente.

Hablar de Sociedad Decente implica enfrentarse a su polaridad: la de una sociedad humillante. Una sociedad humillante es aquella que viola sistemáticamente la autarquía de las personas, siendo la exclusión junto con la falta de participación de la ciudadanía una de las maneras en que se expresa esta violación²⁷. Hay que tener en cuenta que el acceso al estatus de la ciudadanía y sus garantías, implica, sincrónicamente, su reverso: la exclusión de los no-ciudadanos de su ámbito de aplicación y disfrute como si de un “bien club” se tratara²⁸.

La humillación implica extender la “crueldad del sufrimiento físico al ámbito psicológico”²⁹, ese ámbito de la degradación de la persona donde la libertad y la capacidad de auto determinarse desaparece, y las personas y los grupos se hacen dependientes para poder reproducir la existencia. La humillación, en cuanto dependencia, es crueldad mental, puesto que uno se ve y existe sólo a través de los ojos de los otros, condicionado, por sus consideraciones y juicios. El Estado humillante extiende su haz de actuación y dominio a todas aquellas personas que están bajo su jurisdicción. La negación de la ciudadanía, en cuanto negación de derechos –a quien tiene derecho a la ciudadanía pero es negada– es una forma intensa de envilecimiento y humillación³⁰. El Estado humillante discrimina en la distribución de bienes y servicios a sus ciudadanos, no atendiendo con la coraza protectora de los derechos el despliegue de la autarquía y la construcción de la independencia personal y grupal.

²⁷ G. JACOBS, “Personalidad y exclusión en derecho penal”, en E. LYNETT (ED.), *El funcionalismo en derecho penal, Libro homenaje a Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003, p. 14.

²⁸ Estamos ante una consideración strafalaria y perturbadora del Estado-nación como un Club. Los miembros del Club –ciudadanos nacionales– disfrutaban determinados bienes, competencias y capacidades, a costa de la exclusión de los no-ciudadanos, para lo que se hace necesario la construcción de toda una arquitectura criminalizante de la “ilegalidad”: los que no son miembros del Club, los no ciudadanos, los otros extranjeros, serán expulsados y perseguidos.

²⁹ A. MARGALIT, *La Sociedad Decente*, Paidós, Barcelona, 2010, pp. 31 y 77.

³⁰ Es más que incongruente sostener que quienes no han podido acceder a la ciudadanía (inmigrantes extranjeros), o quienes la han perdido como consecuencia de sus acciones y nunca la han recuperado (delincuentes), puedan aceptar la autoridad del sistema que los castiga.

Realizaremos un análisis de las condiciones que dificultan la existencia de una Sociedad Decente –acentuando, con ello, una ontología de la exclusión– teniendo en cuenta algunos parámetros estratégicos, como serían: i) la forma de Estado (de Bienestar) y las consecuencias que una deficiente configuración del mismo ha tenido para la vida de las personas, con una especial referencia a la fragilidad de las relaciones socio-laborales; ii) el tratamiento y gestión de la pobreza; iii) y la consideración del castigo y de la pena.

2.1. La forma Estado de Bienestar, la flexibilización de las relaciones socio-laborales y su incidencia en la producción de exclusión

En relación a la *forma de Estado* es importante matizar que lo que se ha venido llamando eufemísticamente la postcrisis ha implicado la ruptura parcial de grandes pactos sobre los que se arraigaba el Estado de Bienestar. En primer lugar, el *pacto fiscal redistributivo*. El Estado de Bienestar no se ha planteado, en su radicalidad, cómo afrontar la cuestión distributiva de los recursos entre sus ciudadanos. No ha tenido, entre sus objetivos principales, avanzar hacia la realización de la justicia social³¹. Tampoco ha abordado las causas profundas y estructurales que producen vulnerabilidad y exclusión en nuestros contornos. Su finalidad última era reducir los riesgos; fungir como protector y guardián frente a las fracturas sociales. Su mirada estaba anclada en la necesidad del progreso social como mantra necesario para la reducción de la incertidumbre y la construcción de los derechos. El progreso social estaba concomitantemente asociado a la idea de crecimiento, acumulación y progresión; en la posibilidad de programar y dominar el porvenir, mediante la inscripción de las personas en “colectivos protectores”. Lo que contaba eran los derechos adquiridos por el individuo en función del colectivo al que pertenecía y estaba inscrito. Era el estatus –el criterio de pertenencia a un colectivo– lo que otorgaba derechos. Por todo ello, el Estado-nación social ha funcionado como un poderoso factor de individualización, ofertando seguros, protecciones de proximidad; tutelando prestaciones en las que la lógica de los deberes aparecía desconectada de su contracara, los derechos, cuestión fundamental para la construcción de una comprensión sólida de un derecho subjetivo a la existencia³².

³¹ R. CASTEL, *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, Manantial, Buenos Aires, 2004, p. 47.

³² A. MARTÍNEZ DE BRINGAS, “Los derechos sociales ante la vulnerabilidad: Retos y problemáticas en un marco de flexibilidad y desregulación”, *Revista Vasca de Administración*

La crisis de este modelo de regulación y protección social, en cuanto paradigma, confluyó con la crisis de los recursos disponibles para seguir alimentando este modelo. Una vez institucionalizada la protección como movimiento unilateral del Estado, la retirada de escena de éste supone un desamparo mayúsculo para una ciudadanía entrenada en recibir, y poco ensayada en la co-responsabilidad. Generar una estructura de dependencia profunda de las personas demandantes de protección, por parte del Estado, para proceder a la deserción estatal en tiempos de múltiples y complejas carencias, implica un serio abandono de una ciudadanía carente y necesitada. Todo ello exige repensar la estructura del Estado en cuanto reductora de riesgos, así como la función que corresponde a los derechos (sociales) para garantizar este objetivo. Un Estado orientado a la protección de viejos riesgos, en tiempos de irrupción de nuevas necesidades y peligros, es un Estado humillante, disfuncional e insostenible³³.

En este contexto, el precariado laboral se ha convertido en una forma de vida, anudada a un tipo de empleo y a unas determinadas formas contractuales (como la temporalidad y el tiempo parcial), experimentándose síntomas de fuerte pobreza material como consecuencia de los bajos salarios³⁴. Unas relaciones socio-laborales como las descritas producen *desigualdad múltiple y compleja*. En primer lugar, *desigualdad de recursos*, alimentada fundamentalmente por un mercado de trabajo y unas relaciones socio-laborales como las descritas y que producen fuertes asimetrías en la distribución de la renta de las personas³⁵.

De manera interdependiente y sistémica con la anterior, produce *desigualdades vitales*, lo que se traduce en la conformación de un gran número de problemas sociales y médicos, principalmente en los estratos sociales

Pública, núm. 111 2018, pp. 143-167; “Esbozo de una teoría de los deberes en tiempo de precariedad y exclusión”, *Política y Sociedad*, núm. 54, vol. 3, 2017, pp. 757-776.

³³ E. DEL PINO y M. RUBIO, “El estudio comparado de las transformaciones del Estado de bienestar y las políticas sociales: definiciones, metodología y temas de investigación” en E. DEL PINO y M. RUBIO (eds.), *Los Estados de Bienestar en la encrucijada. Políticas sociales en perspectiva comparada*, Tectnos, Madrid, 2013, p. 54.

³⁴ De hecho, el nuevo empleo creado es más desigual que el destruido. La población integrada es fundamentalmente aquella que goza de estabilidad en el empleo. Sin embargo, la temporalidad y fragilidad laboral es la condición que permea a las personas en situación de exclusión social severa. Cf. *VIII Informe sobre exclusión y desarrollo social en España*, cit., p. 40; G. STANDING, *El precariado. Una nueva clase social*, Pasado y Presente, Madrid, 2013.

³⁵ S. MOYN, *Not Enough: Human Rights in an Unequal World*, Harvard University Press, Harvard, 2018.

más excluidos y con menos capacidad de renta. Problemas como: mortalidad prematura, altas tasas de homicidios, fuerte abandono escolar, embarazos prematuros, disminución de la capacidad de movilidad social, emergencia de enfermedades mentales, alto nivel de mortalidad infantil, uso y abuso del alcohol y drogas, etc. Todos estos factores de deterioro de la personalidad coadyuvan de manera determinante en la producción de la criminalidad³⁶.

En tercer lugar, *desigualdades existenciales*, producidas a partir de formas de discriminación racial, sexual, de edad, religión, cultura, etc.

Toda esta comprensión compleja de la desigualdad influye de manera determinante en la toma de decisiones, generando dependencia e impidiendo que personas en riesgo de exclusión social tengan capacidad para prever la urgencia de necesidades sobrevenidas e imprevistas. Incluso en sociedades igualitarias y prósperas la desigualdad rebaja notablemente la calidad de vida de las personas.

Esta sociología de la exclusión *no* impide que las personas en riesgo de exclusión social tomen decisiones libres que las haga responsables de sus actos; sin embargo, lo hacen en un marco de libertad(es) enormemente condicionado, seriamente recortado y restringido; afectadas seriamente por las circunstancias sociales con y en las que se ha construido y socializado, circunstancias sobre las que no ha habido ninguna libertad de disposición. Todas estas cuestiones tienen que tasarse, valorarse y discernirse muy seriamente a la hora de pensar la responsabilidad de un imputado, así como las condiciones generales del delito y de la pena³⁷. La persona excluida se

³⁶ R. WILKINSON y K. PICKETT, *Desigualdad. Un análisis de la (in)felicidad colectiva*, Taurus, Madrid, 2009, J. and P. BLAU, "The cost of inequality The Cost of Inequality: Metropolitan Structure and Violent Crime", *American Sociological Review*, vol 47, núm. 1, 1982, pp. 114-129.

³⁷ Nuestro Código Penal, en el artículo 66.1.6 habla de circunstancias personales del penado como un criterio para la individualización de la pena; como una manera de modificar la responsabilidad criminal. La STS1376/2003 de 24 de octubre considera estas circunstancias personales del delincuente como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran esos elementos diferenciales para efectuar la individualización de la pena. Existe además una figura específica que pretende hacerse cargo de las condiciones de precariedad en las que se mueve y vive la persona que delinque, como es el estado de necesidad. Aunque los supuestos para su apreciación son restringidos, ha habido una evolución jurisprudencial favorable en la inexigibilidad de la pena por razón de hurto famélico, aquellas situaciones en las que se produce la sustracción de bienes ajenos para dar salida a necesidades propias que son urgentes y necesarias para la reproducción de la vida. Un análisis de los criterios exigidos por el TS puede verse en: STS de 9 de diciembre de 1985; STS de 21 de enero de 1986; STS de 13 de noviembre de 1989.

revela, muchas veces, incapaz para discernir y diferenciar moralmente entre el bien y el mal, la legalidad e ilegalidad de determinadas acciones; distancia y confusión respecto a lo que el Derecho determina como justo e injusto. Esta incapacidad pone de manifiesto que el Estado no ha propiciado las medidas y garantías suficientes para que este sector de personas conozca e intervenga en la producción del Derecho, así como para sentirse incluido y socializado por él.

Libertad individual y estructura social actúan de manera interdependiente y trabada, produciendo efectos complejos en ambas direcciones y sentidos. Por ello y en esta tesitura: ¿Debería el Derecho penal explorar las múltiples combinaciones que surgen de esta relación compleja entre libertad individual y estructural social, o debería reducir la complejidad de este maridaje?

Regresando a las condiciones socio-laborales descritas, nos interrogamos: ¿es el trabajo condición de posibilidad para la realización de la dignidad de las personas en una Sociedad Decente?, ¿existen otras pre-condiciones y exigencias de la misma? Una Sociedad Decente: ¿es aquella que garantiza el empleo? o ¿sólo es decente si garantiza la autonomía *en y frente* al empleo?

De acuerdo con la consideración de Sociedad Decente que venimos manejando, una sociedad sólo será digna si defiende a sus miembros del desempleo masivo y del precariado³⁸. Un empleo es algo más que renta y salario. Una sociedad que admite el desempleo involuntario, cercenando la autarquía de las personas, está negando la humanidad del desempleado. Una Sociedad Decente sólo es aquella que garantiza una ocupación con sentido;

La jurisprudencia en España también ha venido considerando otras circunstancias personales del penado para la atenuación y limitación de la pena, como la situación socio-económica y los recursos de los que éste dispone; el estatus social en que se encuentra; la condición existencial que le avala respecto a la comunidad en la que se socializa y respecto a los nexos familiares que mantiene; las condiciones laborales en las que se desempeña; o el riesgo social en el que pueda encontrarse, factores, todos ellos, que han podido ser determinantes para la realización de los hechos delictivos. Cf. STS 256/2008, de 14 de mayo. Se ha considerado, también, que la vida anterior de una persona, la situación actual en la que se encuentra, así como la reacción posterior a los hechos delictivos –desde el anclaje de una interpretación sistémica– pueden ser consideradas como circunstancias personales que influyen en la determinación del delito. Cf. STS 470/2011, de 26 de mayo.

³⁸ G. STANDING, *El precariado. Una nueva clase social*, cit.; *La corrupción del capitalismo. Por qué prosperan los rentistas y el trabajo no sale a cuenta*, Ed. Pasado y Presente, Barcelona, 2017, pp. 65-180.

no está obligada a dar empleo siempre que oferte otros medios que garanticen la existencia y la vida³⁹.

También se produce –en segundo lugar– una fractura del *pacto intergeneracional*, materializado a través del sistema de pensiones bajo la modalidad del reparto. La fractura del pacto distributivo ha conllevado un descenso alarmante de la natalidad y de la capacidad reproductiva de nuestras sociedades, lo que impide que la solidaridad intergeneracional se pueda seguir manteniendo a partir de un sistema retributivo de pensiones como el hasta ahora sostenido. El estatuto del precariado y la débil estructura de las relaciones laborales que nos habitan producen serias fracturas en la comprensión de los vínculos intergeneracionales y comunitarios que nos han sostenido.

Finalmente, se produce también una fractura del *pacto interterritorial*, lo que se traduce en un tratamiento asimétrico, diferenciado y desigual de las personas, en función de su lugar de residencia, alejándonos de la ansiada universalidad como criterio catalizador del enfoque de derechos. Una sociedad así, con tal nivel de fractura, está bien lejos de ser una Sociedad Decente y más próxima a la sistemática humillación.

Con todo ello, constatamos el fracaso de la forma Estado de Bienestar para atender y dar salida a la autodeterminación de las personas, a la capacidad de estas para controlar y determinar sus vidas. El Estado de Bienestar humilla cuando nos trata según las normas de la sociedad caritativa⁴⁰. Las relaciones reguladas por lástima –tan propia del bienestarismo que hemos vivido– son asimétricas. La lástima implica una relación de superioridad; despolitiza en la medida que anula y descompone la subjetividad de las personas, su inmarcesible dignidad en cuanto sujeto de derechos. Un Estado humilla en la medida que promociona una institucionalidad que genera dependencia, que produce personas y grupos que carecen de respeto hacia sí mismo⁴¹.

2.2. La consideración de la pobreza y la exclusión

Una expresión sintomática de las dificultades del Estado de Bienestar para producir y reproducir una Sociedad Decente ha sido el tratamiento que se ha venido haciendo de realidades como la pobreza y la exclusión. En la

³⁹ A. MARGALIT, *La Sociedad Decente*, cit., p. 197.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 188.

⁴¹ *Ibidem*, p. 176.

gestión de estas dos realidades podemos encontrar muchas razones y motivos para sentirse humillado. Someter la pobreza/exclusión a pruebas que acrediten su condición degradada –como ha sido el *modus operandi* de muchas políticas públicas de derechos– puede resultar humillante. La gestión instrumental de la pobreza/exclusión ha venido, muchas veces, acompañada de un tratamiento estereotipado de estas realidades. La pobreza/exclusión ha sido abordada como una necesidad cognitiva desde patrones que propenden a la clasificación y generalización, simplificando la realidad de la exclusión, sus motivos y causas profundas, reconduciéndola a una esquematización insostenible, y muchas veces humillante. La pobreza/exclusión, en sus múltiples rostros, ha sido abordada poniendo énfasis de manera exclusiva en las dimensiones negativas, transformando rasgos que son productos socio-históricos, culturales y coyunturales, en propiedades innatas e inmutables. Esta gestión de la exclusión es propia de una sociedad que humilla y desprecia. Convertir a las personas que se encuentran en pobreza/exclusión en responsables únicos y libérrimos de su propia situación y condición de vulnerabilidad es un dispositivo discursivo que reproduce prácticas y políticas humillantes. El argumento nuclear desde una perspectiva de derechos, necesario en una Sociedad Decente, no es la eliminación del fenómeno de la pobreza/exclusión –que no es más que una idea transcendental–, sino cuestionarse cómo eliminar *la dimensión humillante de la pobreza/exclusión*.

2.3. La gestión del delito y de la pena

Una última dimensión que dificultaría la construcción de una Sociedad Decente sería cómo es abordado y comprendido el régimen de la penalidad y el castigo en una sociedad. Esto es, qué entendemos por un castigo justo y cuando una pena puede resultar humillante por no darse las condiciones de legitimidad necesarias para la imposición de la misma. El reto para la dogmática penal es cómo ser eficiente en la imposición de un castigo/pena sin incurrir en humillación. Cómo compensar el daño que una persona ha hecho a la sociedad a través de la pena, pero sin que ello implique un sufrimiento injustificado y el desprecio más absoluto de su dignidad. Cómo vincular la función de la pena a las condiciones de exclusión en que se produjo el delito, condiciones en cuya reproducción material pueda tener responsabilidad el Estado de Derecho.

Esta hipótesis, que aquí sólo esbozamos, va a ser sostenida como fundamento para cuestionar la legitimidad del Estado en sus formas de punición y

castigo, en la medida que se pueda demostrar que éste es co-responsable de la producción, reproducción y desarrollo de estructuras sociales que fomentan la desigualdad estructural entre sus ciudadanos. Es paradójico, en este sentido, que la exclusión de derechos venga acompañada de inclusión penal.

3. EL NUEVO GOBIERNO DE LA PENALIDAD Y SU RELACIÓN CON LOS PROCESOS DE EXCLUSIÓN. UN ANÁLISIS DE SUS CONDICIONES DE POSIBILIDAD

En este epígrafe abordaremos el vínculo que existe entre la función de la pena y la estructura política del Estado en que cierto derecho penal se inserta, de tal manera que la debilidad democrática de un Estado, la existencia de densas fisuras en su legitimidad, implicaría serias carencias de legitimidad en su capacidad de castigo.

El gobierno de la penalidad en nuestras sociedades contemporáneas está íntimamente relacionado con en el tratamiento de la exclusión social. El maridaje gobierno de la penalidad y exclusión social viene caracterizado, a nivel macro, por:

- i) La emergencia de nuevas formas de control social trans-estatal, más descentralizadas y eficaces como consecuencia de la distribución y externalización de la responsabilidad en el control de la seguridad estatal en otros actores. Ello se ha traducido en la conformación de una comunidad de seguridad en el marco de la UE. Esta comunidad de seguridad trans-estatal se caracteriza por el multilateralismo en el tratamiento de preocupaciones comunes: como el control de fronteras y su penalización en el marco de la UE; estrategias para un proyecto militar común; un discurso compartido sobre lo que implica la inseguridad, amenaza y el riesgo; la construcción normativa de un concepto de seguridad cooperativa y colectiva; la coordinación de políticas contra amenazas internas, como el tratamiento del terrorismo; una perspectiva común en la gestión y regulación de los flujos migratorios, etc.⁴² Ello guarda una conexión inextrica-

⁴² E. ADLER & M. BARNETT, "A Framework for the Study of Security Communities". E. ADLER & M. BARNETT (eds.), *Security Communities*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 55-57; T. JONES y T. NEWBURN, *Private Security and Public Policing*, Clarendon Press, Oxford, 1998.

- ble entre penalidad y gestión de la exclusión social en una escala trasnacional.
- ii) La sustitución del control disciplinario, tal y como era entendido por Foucault, por un control securitario, más centrado en separar y fragmentar, que en integrar y socializar; en prevenir y anticipar escenarios de control y seguridad, que en castigar⁴³. Este nuevo paradigma securitario hace que la vida de las personas y grupos excluidos no sea sometida a un abandono total, al desamparo más impecable; es sometida a un estricto control securitario que controla la exclusión desde la perspectiva criminal y sanitaria, así como desde la planificación y gestión de espacios urbanísticos que distribuyen y re-asientan la exclusión (la biopolítica de Foucault). De esta manera, los espacios públicos urbanos se transforman en función de los excluidos. Se estereotipa su peligrosidad hasta el punto de generar espacios concentracionarios urbanos que implican el cercamiento del espacio público por la peligrosidad innata que ciertos grupos y sectores representan para lo común⁴⁴.
 - iii) La irrupción de tecnologías digitales que constituyen una sustitución del panoptismo hasta ahora desarrollado. Por todo ello, el excluido está mucho más determinado a ser calificado como un sujeto que produce riesgo social⁴⁵.

⁴³ Garland, por ejemplo, advierte de un cambio en las estrategias de prevención del crimen, donde la exclusión y la vigilancia estarían tomando el lugar que las políticas sociales y criminológicas fungían en el marco del Estado de Bienestar social. La prisión se presenta como un mecanismo de exclusión y control, más que de rehabilitación e inserción, dirigido fundamentalmente a personas que engrosan la categoría de excluidos sociales. Cf. D. GARLAND, *La cultura del control. Crimen y orden social en la sociedad contemporánea*, cit., p. 291.

⁴⁴ L. WACQUANT, *Parias Urbanos. Marginalidad en la ciudad a comienzos del milenio*, Manantial, Buenos Aires, 2003, pp. 165-187. Cf. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, "El control de espacios públicos como técnica de exclusión social". *Revista Española de Investigación Criminológica*, vol. 4, núm. 12, 2014, pp. 1-28. WACQUANT escribió una trilogía sobre las relaciones imbricadas e interdependientes que existen entre la pobreza/exclusión/etnicidad, Estado social y Estado penal, donde formula la emergencia de un nuevo régimen de pobreza urbana que llama "marginalidad avanzada", en cuanto categoría que suplanta el gueto urbano americano y el territorio obrero tradicional europeo, siendo todo ello producto de la fragmentación del precariado, de la estigmatización del territorio, de la intensa urbanización de finales del siglo XX, así como de la retracción y recorte de las protecciones que ofertaba el Estado social.

⁴⁵ J. CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 132 y ss.

Procederemos estableciendo las condiciones generales, en forma de tesis, con las que se expresa la función penal del Estado –la gubernamentalidad de la pena–, llamando la atención sobre la relación interdependiente que se produce entre ésta y los procesos de exclusión social. Esto es, cómo el disciplinamiento y castigo del excluido dan sentido y contenido a la dimensión penal del Estado; y cómo se ha venido penalizando el tratamiento de la pobreza/exclusión⁴⁶.

1. Existe un vínculo interdependiente entre las causas sociales de la exclusión y la criminalización; entre política social y política penal; entre Estado social y Estado penal. Evidenciamos, por tanto, la existencia de una continuidad y retroalimentación entre exclusión y criminalización. Dicho vínculo se expresa a partir de una explicación del delito como exclusiva responsabilidad individual del delincuente, complementado con una configuración distorsionada del concepto de inseguridad pública⁴⁷. Desde ahí, se produce una suerte de fractura en la continuidad que existía hasta ahora en el binomio *crimen-castigo*. A partir de ahora, el Estado penal se justifica por la entrada en escena de múltiples factores, entre ellos un régimen de *inseguridad social* construido para explicar la peligrosidad que dimana de los estratos sociales más bajos y excluidos⁴⁸: “(...) la penalización de la pobreza ha resultado ser un vector prolífico para la construcción de la realidad social y para la reorganización del Estado, ahora inclinado hacia la imposición de la inseguridad social en la era del capitalismo desregulado”⁴⁹. A ello hay que añadir otro

⁴⁶ Seguiremos de cerca trabajos basales para esta contextualización como son las obras de L. WACQUANT, *Castigar a los pobres. El gobierno neoliberal de la inseguridad social*, Gedisa, Barcelona, 2012; *Las cárceles de la miseria*, Manantial, Buenos Aires, 2000.; D. GARLAND, *La cultura del control*, cit.

⁴⁷ La *invención de la inseguridad* y su imaginario se corresponde con todo un mercado de seguridad privada-pública; de la distribución de responsabilidades en la función del control social a múltiples actores, agencias e instituciones. Cf. *Las Cárceles de la miseria*, cit., pp. 97 y ss.

⁴⁸ L. WACQUANT, *Castigar a los pobres*, cit., p. 407.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 417; Cf. También “El cuerpo, el gueto y el Estado penal” en *Apuntes de Investigación/Oficios y Prácticas*, 2007, pp. 123 y ss.; “The penalisation of poverty and the rise on neoliberalism”, *European Journal on Criminal Policy and Research*, núm. 9 vol. 4, 2001, pp. 401-412; “Poner orden a la inseguridad. Polarización social y recrudescimiento punitivo” en *Revista Catalana de Seguretat Pública*, mayo 2011, pp. 141-155. Quienes más sufren, por tanto, el peso de la ley penal son las personas excluidas; históricamente han sido mejor tratados por la justicia quienes se encuentran socialmente más favorecidos, fuera de los patios de la exclusión.

- factor explicativo de la inseguridad social que tiene incidencia en la praxis criminal, como es el proceso de flexibilización y precarización del empleo, lo que proyecta un cúmulo de inseguridad existencial sobre el todo social, sin que se analicen las causas estructurales que han llevado a este proceso de desmontaje de las regulaciones socio laborales⁵⁰. La inseguridad social que sufre el precariado se proyecta como desesperación en sus acciones y ello modula la política criminal del Estado en el tratamiento de estas formas de exclusión. Sin embargo, esta atención obsesiva por el delito distrae la atención sobre lo que serían las causas estructurales y profundas de la pobreza/exclusión en nuestras sociedades.
2. El desmoronamiento del Estado social, con el incremento del Estado económico neoliberal, lleva también consigo la expansión del Estado penal, dando lugar a un tratamiento penal de la exclusión. El Estado social, en los últimos años, ha estado condicionado por la cualidad moral de sus beneficiarios. Ahí residen algunas de las razones que explican su fracaso. Los requisitos de reinserción para las personas excluidas se han hecho enormemente gravosos, condicionados por la cualidad de su exclusión (nacional o extranjero; hombre o mujer, etc.); por la idoneidad de sus comportamientos y actitudes ante la inserción; por la adaptación mansa y flexible hacia lo que hemos llamado el paradigma de ciudadano-trabajador como engranaje fundamental de comprensión y acceso a los derechos. A ello habría que sumar los trámites de una administración burocrática que retrasaba hasta la extenuación las exigencias de un colectivo (excluido) que no pueden permitirse retrasos en la percepción de las ayudas ni en la gestión de su condición vulnerable⁵¹.
 3. El consiguiente descompromiso y desvinculación del Estado post-social respecto a sus ciudadanos. Las políticas sociales, orientadas sobre todo a los sectores más excluidos, se caracterizan por el *laissez-fair* y el

Cf. M^a I. SERRANO MAÍLLO, "Delincuencia y pobreza. La economía de los presos", *Boletín de la Facultad de Derecho*, UNED, núms. 8-9, 1995, 435-444.

⁵⁰ V. DE GAGULEJAC, *Las fuentes de la vergüenza*, Sapere Aude, Asturias, 2015. Este desarrolla una suerte de economía política de la vergüenza y sus efectos sobre las relaciones laborales. Analiza el efecto que la vergüenza produce sobre aquellos que padecen una situación laboral precaria y excluyente.

⁵¹ S. MESA, *Silencio Administrativo. La pobreza en el laberinto burocrático*, Anagrama, Barcelona, 2019.

laissez-passer, lo que se traduce en una indiferencia del Estado respecto a las personas y grupos excluidos; un llamado a la no intervención y a la desvinculación *Estado-comunidad* como estrategia para afrontar la exclusión. Esta desvinculación y descompromiso del Estado es falsa y retórica, puesto que, en paralelo, hay un proceso de intensa y medida intervención para facilitar control social –a través de múltiples actores y agencias–, lo que implica una densa disposición a la regulación de la exclusión mediante el despliegue de todo un aparato securitario que limita derechos. La política criminal combina de manera simultánea máxima e intensa responsabilidad penal del excluido; junto con una gran benevolencia y permisibilidad hacia prácticas de impunidad y corrupción producidas por sectores sociales con poder e influencia social⁵². Ello remarca la importancia del vínculo existente entre función de la pena y estructura política concreta del Estado en que se inserta el Derecho penal⁵³, como condiciones de posibilidad para valorar la legitimidad de un castigo justo.

Este maniqueísmo social implica la calificación de las personas criminales/excluidas como seres invisibles portadores de un estigma que los con-

⁵² Durante la tramitación parlamentaria del Código penal español, operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, se aludía, entre otras críticas, al “excesivo garantismo para algunos delitos económicos relacionados con la corrupción urbanística y el blanqueo de capitales” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación Permanente, de 12 de diciembre de 2013, p. 27). De la Rocha Rubi, indicaba que “El Código Penal del Partido Popular era, una vez más, duro frente al débil –elevaba exponencialmente penas en delitos ordinarios– y débil frente al fuerte, débil frente al corrupto” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados Comisiones, de 16 de enero de 2015, p. 14); “instamos una vez más la derogación paralela del artículo 307 ter, el famoso delito de obtención de prestaciones indebidas a la Seguridad Social por parte de los trabajadores, tanto más grave por la desigualdad tan radical que significa entre los defraudadores tributarios, los socialmente considerados corruptos, y los trabajadores que defraudan a la Seguridad Social. Sabemos que los primeros, los ricos y muy ricos, para cometer delito fiscal hoy tienen que defraudar al menos 120.000 euros al año, mientras que el pobre, el parado, el trabajador que compatibiliza el trabajo con un día o una semana de prestaciones de desempleo u otras ayudas públicas comete delito desde el primer euro. Como hemos dicho muchas veces es una nueva y dramática manifestación de un derecho penal de clase que habría que superar, señorías, y que este Código Penal mantiene” (*Ibidem*, p. 15). De manera más enconada, Baldoví Roda, quien llega a asegurar que en la reforma “el sistema judicial penal es un mecanismo de represión de la disidencia y de la pobreza y no de cohesión social y convivencia” (Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados. Pleno y Diputación permanente, de 21 de enero de 2015, p. 27).

⁵³ D. VARONA, “Derecho penal democrático y participación ciudadana”, *InDret*, 2, 2018, pp. 1-47.

vierte en desviados sociales; entes con una identidad deteriorada. Es, precisamente, esta mirada la que hace de la desigualdad y de los procesos de exclusión un factor muy poderoso para la producción de criminalidad.

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO E (IN)JUSTICIA SOCIAL. CRÍTICA DE LA LEGITIMIDAD DEL CASTIGO EN MARCO DE UNA SOCIEDAD EXCLUYENTE

Este epígrafe realizará un pequeño recorrido por algunas doctrinas y teorías penales para poder entender cómo es valorada la espinosa cuestión de la responsabilidad de un Estado que ha participado en la exclusión de una parte de su ciudadanía desamparándola, para discernir la legitimidad moral del Estado en la imposición de castigos a personas que hayan delinquido, conscientes que la situación de exclusión en las que se encontraban ha influido notablemente en la producción del acto delictivo.

Para ellos nos apoyaremos en dos tipos de razonamiento: i) aquel que tiene que ver con *razones internas* del sujeto y que tendría conexión con motivaciones de psicología social: esto es, cuáles son las razones profundas e íntimas que fundamentaron la incapacidad de una persona para guiarse internamente y reconocer la obligatoriedad de una norma. Interrogarse sobre dónde se produjo la fractura –cuáles fueron los condicionamientos últimos e inmediatos– para que una persona en riesgo de exclusión no reconozca una norma como obligatoria; o, en qué medida la falta de socialización y de participación de la ciudadanía en la construcción del Derecho ha implicado desafección ciudadana y ha influido en la realización de la acción criminal del sujeto; ii) aquel que tiene que ver con *razones estructurales*, esto es, cuál es la legitimidad del Estado para imponer un castigo, cuando él mismo ha sido co-responsable del desamparo estructural de personas y grupos⁵⁴. *Vamos a proceder sistematizando algunas propuestas doctrinales, desde el enfoque metodológico que nos interesa: los presupuestos que caracterizan una Sociedad decente.*

1. La tesis de la incapacidad se enuncia desde una pregunta fundamental: ¿por qué la mayor o menor injusticia social de nuestras sociedades podría incidir en la ilegitimidad del castigo de personas que son culpables de cometer delitos? La tesis de la incapacidad ubica como fundamento de su argumen-

⁵⁴ A. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, pp. 136 y ss.

tación la conexión inextricable que existe entre *injusticia social e incapacidad moral* para castigar. Esta tesis parte del supuesto de que la exclusión social es el resultado de un proceso de injusticia estructural, siendo las víctimas más sensibles y afectadas por esta situación las personas en riesgo de exclusión⁵⁵. Lo importante para esta tesis es remarcar cómo la condición social de exclusión propende a la producción de ilícitos penales, en el marco de una contexto estructural de injusticia y vulnerabilidad⁵⁶. El problema reside en la legitimación que un Estado excluyente presenta para imputar como responsables últimos a los excluidos-víctimas, por hechos penalmente antijurídicos⁵⁷.

De manera sintética la tesis se podría exponer como sigue: el castigo penal es moralmente ilegítimo si se aplica: i) a los excluidos sociales y ii) los delitos por los que se aplica tienen una conexión relevante con la exclusión que sufren. Hay, por tanto, una relación de causa-efecto en todo el proceso. Todo ello sin que la persona excluida resulte exonerada de responsabilidad por el delito cometido.

La tesis de la incapacidad puede apreciarse también en aquellas perspectivas doctrinales que consideran el castigo penal como un *reproche moral*. El castigo es, en definitiva, una manera de reprochar por el acto cometido (ilícito). Puede darse una pérdida de la legitimidad moral para reprochar en varios supuestos: i) cuando el que reprocha puede ser criticado como responsable por la realización de una conducta similar a la que critica; ii) cuando el reprochante (Estado) es co-responsable y co-productor de lo que critica; iii) cuando el que reprocha ha incumplido deberes básicos hacia la ciudadanía que puedan motivar la realización de esos ilícitos⁵⁸.

⁵⁵ Esta tesis se refiere sólo a ciertas personas con una historia vital trufada de carencias existenciales, lo que implica una deficiente socialización y una precarización vital tal que impide discernir cualquier referencia moral sobre lo bueno o lo malo; o los fundamentos que sustentan ciertas obligaciones jurídicas y comunitarias. Personas maltratadas sistemáticamente por el sistema penal de un Estado; personas que carecen de las capacidades necesarias para poder entender su propia condición de acusado o el carácter delictivo de la conducta que se le imputa, etc.

⁵⁶ R. DELGADO, "Rotten Social Background: Should The Criminal Law Recognize a Defense of Severe Environmental Deprivation", *Law and Inequality*, núm. 3, 1985, pp. 9-90; A. DUFF, "I Might Be Guilty, but You Can't Try Me: Estoppel and other Bars to Trial", *Ohio State Journal Of Criminology and Law*, núm. 1, 2004, pp. 245-259.

⁵⁷ J.M. SILVA SÁNCHEZ, "Presupuestos socio-políticos de la atribución de responsabilidad penal", en Fernández Teruelo (ed.), *Estudios penales en homenaje al profesor Rodrigo Fabio Suárez Montes*, Constitutio Criminalis Carolina, Oviedo, 2013, p. 732.

⁵⁸ E. RIVERA LÓPEZ, "Castigo penal, injusticia social y autoridad moral", *Análisis Filosófico XXXV*, núm. 2, 2015, pp. 174 y s.

Tadros es muy contundente al respecto cuando afirma que si el Estado ha causado o participado de manera relevante en la producción del contexto de exclusión social, el Estado es co-responsable, en última instancia, de esa situación, así como de los daños que se puedan derivar de la misma⁵⁹. Por tanto, el Estado no puede castigar a las personas excluidas si se ha portado mal con ellas, si las ha tratado de manera humillante. Ahora bien, si el delito es desproporcionadamente más grave que el maltrato o desamparo recibido, ese maltrato no anula la legitimidad del Estado para castigar. Esta necesaria ponderación alude, indefectiblemente, al tipo de bienes jurídicos dañados por las personas excluidas, estando la imposición de la pena fundamentada cuando la acción criminal afecte a bienes tan importantes como la vida, o la integridad física y psíquica de otras personas. Ahora bien, si se tratará de afectación a bienes jurídicos de menor cualidad e importancia que los referidos, la tesis de la incapacidad podría resultar más plausible de aplicar por ponderación de bienes jurídicos en conflicto. No deja de ser importante –para esta tesis– el cuestionamiento de la autoridad moral del Estado para castigar cuando se dan ciertas condiciones que hagan al Estado corresponsable del daño causado. Ello es así por la dimensión relacional existente entre el delito y la violación de derechos que también ha sufrido el delincuente⁶⁰.

2. La *tesis retribucionista* sostiene que la imposición de un castigo no implica necesariamente una condena moral; sólo la asignación de aquello que el delincuente merece. Existen varias versiones de esta teoría⁶¹, sin embargo, es la postura de Murphy la que está más próxima a nuestros argumentos. Murphy propone que el castigo es el pago que el delincuente realiza para reestablecer la relación de equidad con la sociedad. Ahora bien, para nuestro autor, si la sociedad es injusta, si estamos en las antecámaras de un Estado humillante, éste no puede exigir el cumplimiento del castigo de aquellos que sufren o están en

⁵⁹ V. TADROS, "Poverty and Criminal Responsibility", *Journal of Value Inquiry*, núm. 43, pp. 404-409.

⁶⁰ La argumentación podría gozar de más claridad en el supuesto de los desahucios. Una persona desahuciada en un contexto de injusticia estructural –donde el derecho habitacional de las personas decae frente a otros intereses o bienes jurídicos, como los del mercado o la banca– estaría legitimada para la ocupación de un espacio que le permita vivir y reproducir su vida, quedando, bajo nuestra perspectiva, desautorizado y deslegitimado el Estado para interponer un castigo si no ha ofrecido alternativas habitacionales.

⁶¹ J. P. MAÑALICH, "La pena como retribución", *Estudios Públicos*, núm. 108 2007, pp. 117-205.

una situación de exclusión social que ha sido producido en alguna medida por el Estado. En estas condiciones el castigo no retribuiría nada, no establecería ningún equilibrio en la falla producida entre el ciudadano que delinque y el Estado. En este supuesto el castigo no haría más que institucionalizar y perpetuar la situación de injusticia estructural establecida. Quien no ha obtenido bienes de cooperación, ni ha sido beneficiario de una justa política distributiva –siendo, por tanto, una víctima del sistema–, no se le puede imputar que retribuya a la sociedad por los daños causados⁶². Esta propuesta es más ambiciosa que la tesis de la incapacidad y va más lejos que ella al establecer que el Estado (humillante) no sólo carece de legitimidad y autoridad moral para castigar, sino que los delincuentes que son objeto de exclusión social en situaciones extremas no merecen ser castigados por *no* haber recibido los beneficios de inserción –en forma de derechos– que como ciudadanos les corresponden.

Difícilmente podemos afirmar que las personas excluidas hayan participado en la construcción, o prestado su asentimiento para el desarrollo de las normas que las obligan. Podemos constatar una fractura del vínculo de pertenencia como ciudadanía de todas estas personas que son víctimas de una deficiente socialización y protección por parte del Estado. Se podría decir que no hay culpabilidad, en sentido estricto, allí donde no ha habido posibilidad de acceso al proceso productivo de las normas; allí donde la comunidad ha sido desplazada y excluida de la producción del bien común a través del Derecho. Nos referimos a la dimensión necesariamente participativa que debe producirse en el pacto ciudadanía-Estado, tanto en la dimensión horizontal, como vertical del proceso democrático y de su concomitante producción legislativa. Sólo puede haber retribución comunicativa si hay condiciones de justicia distributiva en un Estado⁶³.

Se podría cuestionar, como hace Seelmann, que un Estado “defectuosa-mente organizado que genere embrutecimiento tenga todavía un derecho moral a la imputación jurídica penal de delitos que están condicionados por su comportamiento incorrecto”⁶⁴.

⁶² J. MURPHY, “Marxism and Retribution”, *Philosophy & Public Affairs*, vol. 2, pp. 217-243.

⁶³ J.P. MAÑALICH, “Justicia, propiedad prevención” en *La ciencia penal en la Universidad de Chile: libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile*, J. P. MAÑALICH (coord.), Universidad de Chile, Santiago de Chile, pp. 167-187.

⁶⁴ SEELMANN, “La dispersión de la responsabilidad como límite de la pena”, en R. ROBLES PLANAS (ed.), *Límites al derecho penal. Principios operativos en la fundamentación del castigo*, 2012, p. 220.

3. La propuesta de Duff –desde una perspectiva comunicativa del castigo, un proceso que fluye de manera bidireccional entre la comunidad política y el delincuente– también posee gran interés para nuestras pretensiones cuando propone que la responsabilidad penal en sí misma es un *proceso*, no un simple hecho fáctico y jurídico. El autor se interroga con proyección ¿quién puede hacer penalmente responsable a alguien de algo? Habíamos partido en la primera parte de este trabajo del hecho de que la legitimidad viene dada por la necesidad de tratar a alguien como ciudadano; esto es, moverse en las premisas del Estado decente que proponíamos. De no ser así, la comunidad no está en condiciones de reprochar nada a nadie⁶⁵. Duff propone incorporar la dimensión de la *justicia restaurativa* como medio fundamental para reparar la situación dañada por un delito. El derecho penal debe insertarse, por tanto, en el diseño de procedimientos de justicia flexibles, que permitan equilibrar y recoger de manera más simétrica la responsabilidad de las partes confrontadas, a partir de un principio comunicacional entre personas, comunidad y el Estado. Duff habla de “las precondiciones necesarias para la justificación de la justicia penal”⁶⁶, lo que significaría evidenciar una grave falta de reciprocidad en la prestación de determinados servicios estatales, con determinados sectores sociales. A ello habría que adicionar una posible contexto de injusticia social estructural promovida y coadyuvada por el propio Estado⁶⁷.

Prolongando la idea anterior, Duff propone un concepto relacional de responsabilidad⁶⁸. Dicha dimensión relacional implica una conexión estructural entre responsabilidad y razones para hacer o no hacer. Somos respon-

⁶⁵ A. DUFF, *Punishment, Communication, and Community*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 195-196; *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 144.

⁶⁶ Habla de cuatro tipos de impedimentos que abortarían gravemente esas precondiciones, como son: la capacidad del acusado para conocer y responder a la imputación; la conducta típica que se le imputa; la pertinencia de las pruebas que se le imputan; la legitimidad de la autoridad que la obliga a responder por el delito cometido. A. DUFF, *Sobre el castigo. Por una justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2015, p. 76.

⁶⁷ “Cualquier teoría que haga de la justicia del castigo aplicado a un delincuente un factor crucial de su justificación debe enfrentar el siguiente problema: ¿es posible castigar justamente a delincuentes cuyos delitos guardan íntima relación con las graves injusticias sociales que han sufrido?”. Una manera de responder sería que el Derecho debería reconocer como *defensa especial* la alegación de una marcada desventaja social del imputado. *Sobre el castigo*, cit., p. 144.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 97-115.

sables de lo que tenemos razones para hacer. El sujeto penalmente responsable es aquel que se puede comprometer con los tipos de razones para la acción que proporciona un Estado a través del Derecho penal⁶⁹. Un Estado humillante que desampara a las personas excluidas no proporciona este tipo de responsabilidad al no generar motivos para la acción y el compromiso por parte de la persona excluida. En este sentido, sólo somos responsables por lo que está dentro de nuestro control; la responsabilidad se desvanece si el Estado no nos otorga capacidades para ejercitar y conformar ese control responsable. Por tanto, lo que podríamos pedir a la justicia penal es que facilite y promueva el regreso a la “ciudadanía” plena a quienes han cometido delitos; o a quienes se les ha negado y desde esa carencia los cometen. Un proceso que permita la restauración de la dignidad desde los derechos, evitando, por el contrario, tratar como ciudadanos a aquellos que, por sus delitos, han negado los lazos de ciudadanía⁷⁰.

4. Desde la perspectiva de América Latina, resulta relevante la aportación de Gargarella. En relación a la legitimidad del castigo del excluido social por parte del Estado considera como eje central de su hipótesis la necesidad de establecer “deberes morales de reciprocidad”. Nuestro autor considera que en situaciones de “alienación legal”, esto es, situaciones de sistemática violación de derechos que inevitablemente comprometen el sistema legal⁷¹, el Estado pierde autoridad para seguir ejerciendo su poder coercitivo en materia penal; ello nos obliga a cuestionar la validez misma de las normas vigentes que se nos presentan como legítimas⁷². Exige examinar

⁶⁹ Pillsbury llega a afirmar que la responsabilidad moral de una persona depende de la participación en la discusión continua sobre el significado de la vida humana, nicho y contexto de discusión de la que queda arrancado sin miramientos el sector de las personas en riesgo de exclusión. S. PILLSBURY, *Judging Evil: Rethinking the Law of Murder and Manslaughter*, New York University Press, New York, p. 120; D. HOUSAK, “Does Criminal liability require and act?”, en A. DUFF (comp.), *Philosophy and the Criminal Law: Principle and Critique*, Cambridge University Press, Cambridge, 1998, pp. 60-100.

⁷⁰ DUFF, *Sobre el castigo*, cit., p. 46.

⁷¹ R. GARGARELLA, “El derecho y el castigo. De la injusticia penal a la justicia social”, *Derechos y Libertades*, núm. 25, 2011, p. 42; “Penal Coercion in Contexts of Social Injustice” en *Criminal Law and Philos*, 2011, 5, pp. 21-38; R. GARGARELLA (coord.), *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2012; *De la injusticia penal a la justicia social*, Siglo del Hombre/Universidad de los Andes, Bogotá, 2012.

⁷² Cf. En este sentido el magnífico artículo de M. BERMAN, “Punishment and Justification”, *Ethics*, vol. 118, núm. 2, 2008, pp. 258-290.

y valorar constantemente el poder coercitivo del Estado, siempre con una presunción negativa respecto a la validez del uso de la fuerza penal, en traba da interdependencia con la prolongación en el tiempo de situaciones de injusticia estructural promocionadas por el Estado⁷³. En estas condiciones, el Estado puede castigar al excluido siempre que pueda revertir y dar salida a las situaciones endémicas de injusticia social en que se encuentra el excluido social, esto es, permitir una integración de la situación de exclusión por medio de derechos. Gargarella se muestra crítico, necesariamente, con los injustificados modos en que se ejerce la violencia estatal en América Latina, proponiendo, sin embargo, búsquedas alternativas a la resolución de conflictos penales, asumiendo como límite a la racionalidad penal del Estado, los derechos de las personas excluidas y más golpeadas por el sistema penal.

5. Es necesario hacer referencia a los autores que ubican la ciudadanía deliberativa como el centro desde el que fundamentar jurídica y políticamente la pena, como Klaus Günther y Mañalich, entre otros. Günther hace una trasposición al Derecho penal de la teoría discursiva de Habermas⁷⁴. Serían válidas aquellas normas en la que todas las personas afectadas pudiesen participar en su construcción y desarrollo a partir de discursos racionales. Es la participación ciudadana, a partir del discurso, la que construye la norma; el discurso permite que la ciudadanía se dé a sí misma una normativa y queden vinculados y obligados por ella. Por tanto, podemos hablar de castigo legítimo en la medida que se aplique a ciudadanía deliberativa. De ahí se infiere que si no es posible deliberación ni participación en la construcción de las normas estas no serán legítimas. Se hace depender la obediencia ciudadana a la norma y, desde ahí, la legitimidad del castigo, de la existencia de un régimen y unas condiciones democráticas en el Estado. Sólo un Estado democrático, que permita la participación discursiva de sus ciudadanos, que los

⁷³ “En lugar de presumir, como hacemos hoy, que el *ejercicio del poder punitivo se justifica en todos los casos*, tenemos que cambiar la presunción y obligar al Estado a que nos justifique por qué quiere hacer lo que viene haciendo, dado el contexto social que existe, y del que es directo responsable. (...) la presunción debe invertirse hasta tanto el Estado no demuestre que está haciendo esfuerzos genuinos y visibles para cambiar la situación que hasta hoy mantiene y que comporta masivas y graves violaciones de derechos”, R. GARGARELLA, “Injusticia penal y justicia social” en *El castigo penal en sociedades desiguales*, Miño y Dávila, Argentina, 2012, p. 128.

⁷⁴ K. GÜNTHER, “Un concepto normativo de coherencia para una teoría de la argumentación jurídica”, *DOXA*, núm. 14-15, 1995, pp. 274-302.

capacita y promociona para la participación en la construcción del Derecho y el Estado, puede imponer legítimamente penas a su ciudadanía⁷⁵, con independencia de que luego esos ciudadanos decidan o no participar.

La contracara crítica a las teorías de la ciudadanía deliberativa sería constatar si la persona excluida forma parte de la ciudadanía deliberativa; o la exclusión es ya una manera de apartamiento de las capacidades y posibilidades que corresponden a este modo de ciudadanía. ¿No es la exclusión la que inhabilita potencialmente para deliberar a estas personas? ¿No son, precisamente, las personas excluidas, las que también han quedado fuera de cualquier mesa de diálogo ciudadano?; ¿para quienes la deliberación cívica es un recurso inalcanzable?

Más sutil resulta la concepción de ciudadanía cooperativa de Pawlik. El ciudadano cooperativo es aquel que tiene la responsabilidad de cooperar para poder mantener el estatus de libertad⁷⁶. El ciudadano cooperativo se mueve desde las posibilidades que oferta la conjunción de derechos-deberes. La cooperación es una responsabilidad para garantizar la libertad, la paz social en el marco del Estado; la contraprestación de esa ciudadanía activa y cooperativa es el cincho de seguridad y protección que por medio de derechos el Estado oferta. El ciudadano cooperativo influye y confluye en los procesos democráticos a partir de la lógica de derechos-deberes. El Estado sólo considerara ciudadanos responsables a aquellos que son objeto de protección y, que, como consecuencia de este blindaje del pacto social, se comprometen a cooperar. Por tanto, sin protección no hay cooperación. Ello afecta de manera directa a la médula de nuestra propuesta: ¿qué pasa con la persona excluida, abandonada y desamparada por el Estado, que no ha sido objeto de protección, ni de cuidado por parte de éste? ¿Cuál es la responsabilidad de este tipo de persona respecto al Estado, si sólo le corresponden deberes de cooperación, pero no derechos? ¿Le vinculan las normas de igual manera que a otros ciudadanos cooperativos? ¿qué legitimidad tiene el Estado para imponer una pena a un ciudadano al que no ha protegido con la seguridad de los derechos y el amparo del Estado?⁷⁷ Para Pawlik está claro

⁷⁵ P. MAÑALICH, "Pena y ciudadanía", en U. KINDHÄUSER y P. MAÑALICH, *Pena y culpabilidad en el Estado democrático de Derecho*, BdF, Buenos Aires, 2011, p. 227.

⁷⁶ M. PAWLIK, *Ciudadanía y Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 125.

⁷⁷ En su reciente visita a España (febrero de 2020), el Relator especial de la ONU sobre extrema pobreza y derechos humanos, Philip Alston, mantiene como tesis central de su informe que *La pobreza es una decisión política*; las políticas para salir de la crisis han beneficiado a las clases más altas y perjudicado a las personas más excluidas. Acusa a la clase política de fallar

que poner en duda la obligatoriedad de la norma nos aboca a una situación de anomia y de caos social; por ello, el excluido de la participación social sí está obligado por las normas; su situación, en todo caso, deberá ser tenida en cuenta a la hora de individualizar las penas, como atenuante. Pero si es el propio Estado, en el marco de un régimen segregacionista, el que rompe la lógica del pacto de derechos-deberes, exigiendo a la ciudadanía deberes, sin protección de derechos, la resolución sobre la legitimidad de las normas y de las penas es más compleja.

6. Entre nosotros, Cigüela Sola ha hecho un esfuerzo muy interesante por construir una crítica sobre la *legitimidad del castigo del excluido social*⁷⁸. Sola propone que la capacidad de castigo de un Estado –el “ius punendi”– es ilegítimo si está orientado a regular actuaciones que una persona hace como consecuencia de su falta de reconocimiento e integración social⁷⁹; esto es, como consecuencia del desamparo al que ha sido abocado por el Estado y su institucionalidad. Nos moveríamos en el umbral de actuación de un Estado que humilla. Las causas de ilegitimidad de la pena por parte de un Estado humillante dependerán, en su intensidad, de dos variables interdependien-

y no otorgar atención a las clases más vulnerables. Un país, España, en el que los derechos económicos y sociales se toman raramente en serio; donde el 26,1% de la población en España, y el 29,5% de los niños, se encontraban en riesgo de pobreza o exclusión social; donde más de la mitad de la población tuvo dificultades para llegar a fin de mes y el 5,4% experimentó privación material severa; donde sucesivos Gobiernos han decidido *intencionadamente* bajar las tasas impositivas y ayudar a las compañías, no perseguir la evasión fiscal, manteniendo niveles de protección social muy bajos. Según Alston, en España la pobreza y la precariedad están integradas en el sistema. Considera que es necesario todo un pacto distributivo, con un sistema fiscal más progresivo y con niveles más altos de impuestos para las clases más pudientes. Las políticas de vivienda son desastrosas, con un parque de vivienda pública mínimo en comparación con otros países, con una cifra de desahucios alarmante y un mercado laboral que no funciona nada bien para las personas más precarias. Ello se complementa con un sistema de políticas mínimas de inserción muy precario. https://elpais.com/sociedad/2020/02/07/actualidad/1581076697_951659.html?fbclid=IwAR2ycnfQCmPnMKOfgnDL41Caz0v_8loQIPyN3_UJt6_ApocPsRXiGJsmLCK (consultado 8 de febrero de 2020).

⁷⁸ *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, op. cit.; “Aproximación a una dogmática de la exclusión social: de la imputabilidad a la individualización”, *Revista de Derecho Penal y Criminológica*, núm. 17, 2017, pp. 13-46; “Derecho penal y exclusión social: la legitimidad del castigo del excluido”, *Isonomía*, núm. 43, 2015, pp. 129-150; “El ciudadano y el excluido frente al derecho penal”, *InDret*, 2017, pp. 1-35.

⁷⁹ *Crimen y castigo del excluido social. Sobre la ilegitimidad política de la pena*, cit., pp. 260-270.

tes y conectadas: i) la gravedad y las formas que adquiere la injusticia padecida por la ciudadanía, pudiendo evidenciar la existencia de una íntima conexión, una suerte de causalidad objetiva, entre el delito producido por la persona excluida y el desamparo negligente y meditado producido por un Estado humillante, mediante el análisis de las estructuras de la institucionalidad estatal que producen exclusión; ii) la gravedad de la infracción del delincuente y el daño que produce sobre el bien común y el conjunto de la ciudadanía.

La inexigibilidad hipotética de una pena es debido *no* a lo que el excluido pueda hacer o dejar de hacer; sino a todo aquello que es debido a su falta de reconocimiento, al ejercicio de desamparo al que ha sido abocado por Estado, quien es co-productor de la situación de exclusión generada.

Para abordar este marco de ilegitimidad de la pena y poder elaborar una dogmática de la exclusión que permita transitar hacia escenarios de inimputabilidad del excluido por falta de legitimidad de un Estado (humillante), diseña un arco de posibilidades que dan muestra del abandono de la responsabilidad por parte del Estado para con su ciudadanía más necesitante⁸⁰:

- i) La hipocresía del Estado, lo que implica que personas y grupos se auto-provean para satisfacer sus propias necesidades y derechos, provisión que tendría que haber sido ofertada por y desde el Estado. Ello se traduce en una suerte de autogestión precaria por parte de la persona excluida, proyectada a la búsqueda de salidas de necesidad generadas por contextos de exclusión –la autarquía personal como condición de posibilidad para no resultar dependiente–. Todo ello macera el nicho de cultivo propicio para la comisión de delitos. No hay una relación de causalidad entre la hipocresía del Estado y la producción de exclusión; pero su hipocresía es un presupuesto que facilita e influye en la producción sistemática de exclusión;
- ii) La complicidad del Estado en la generación de situaciones estructurales de exclusión. Ésta constituye un complemento de la anterior perspectiva, pero desde una dimensión más holística, como es la del sistemático desmontaje del Estado social;
- iii) La selectividad del Estado en la promoción de la ayuda y el castigo –la doble moral estatal–, reaccionando de manera mucho más lesiva y represora respecto a los sectores más frágiles y excluidos, que respecto a otros sectores con gran capacidad de influencia en el Estado y su insti-

⁸⁰ Ibidem, pp. 224-225; 266-267.

- tucionalidad⁸¹. En estos supuestos se procede a través de una contradicción en la propia praxis política del Estado que incluye selectivamente a las personas más excluidas para castigar más represivamente⁸²;
- iv) La persecución de personas y sectores –minorías raciales, sexuales, étnicas, nacionales, religiosas, defensores de derechos humanos etc.– a través de actos, políticas y normativas densamente discriminatorias en su manera de enunciación y aplicación, siendo la propia institucionalidad del Estado (Administración, judicatura) la que coadyuva a la producción de un delito. El tratamiento represivo, discriminatorio y vejatorio de pueblos indígenas, mujeres racializadas, minorías negras, personas defensoras de derechos humanos son un ejemplo de ello. Para ello se hace necesario la construcción de tipos penales especiales orientados a criminalizar y perseguir estas actuaciones, con carácter desproporcionado, sin sujeción a Derecho⁸³.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, Sola establece una distinción necesaria para atenuar o agravar la responsabilidad de la persona excluida, en función de los bienes a los que afecte la conducta (criminal o no) del excluido. Habla *de delitos conectados a la idea de dignidad* (obligaciones naturales derivados de la dignidad) *y los delitos conectados a la idea de ciudadanía* (deberes adquiridos)⁸⁴. Si se puede probar la conexión del bien jurídico lesionado con la noción de dignidad, será más sencillo fundamentar la responsabilidad de la persona excluida, dada la cualidad y gravedad de los actos cometidos. Se trata de bienes jurídicos nucleares para el bien común de una sociedad, sin los cuales estamos en la antesala de una sociedad humillante. Por el contra-

⁸¹ Expresión palmaria de ello es la asimetría con la que se han perseguido ciertos delitos de corrupción imputables a la clase política, a la banca, a grandes empresarios, a personas influyentes cultural y políticamente, por contraposición a otros sectores.

⁸² L. WACQUANT, *Castigar a los pobres*, cit, pp. 15 y ss.; “Deadly Simbiosis: When Ghetto and Prison Meet and Mesh”, *Punishment & Society*, núm. 3, vol. 1, 2001, pp. 95-134; *Cárceles de la miseria*, cit, pp. 88 y ss.

⁸³ Muchas veces se criminaliza de manera drástica y humillante un acto de protesta o de desobediencia civil, ilegal para las lentes del Estado. En este proceso, sin embargo, el Estado no se cuestiona que él ha sido –con su praxis– el responsable y co-productor de ciertas reacciones que tratan de remover la coyuntura de exclusión a la que muchos sectores se han visto abocados. De nuevo la complicidad del Estado, en cuanto productor de exclusión, es importante para pensar la ilicitud de las reacciones, el ámbito de exigencia de las responsabilidades, la definición dogmática de los delitos y la canalización de las penas.

⁸⁴ J. CIGÜELA SOLA, *Crimen y castigo del excluido social*, cit., pp. 197-198; también J M^a SILVA SÁNCHEZ, *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*, Atelier, Barcelona, 2018, pp. 67-112

rio, cuanto más conectado esté el delito con la noción de *ciudadanía política* más difícil será justificar dicha responsabilidad del excluido, más fácil imputar la misma al Estado y, por tanto, deslegitimar sus políticas de castigo.

Sola establece una distinción interesante, pero polémica, entre bienes primarios y secundarios cuando se trata de personas en riesgo de exclusión. Entiende por primarios aquellos que están más vinculados a la vida, integridad física y psíquica. Entiende por secundarios, otros, aquellos que tienen que ver con resistencia, delitos patrimoniales, en definitiva, bienes de menor importancia social. Sin embargo, en la comprensión de SOLA hay una consideración generacional, dicotomizada y no interdependiente de los derechos y los bienes jurídicos. La doctrina de derechos humanos ha venido estableciendo una suerte de interdependencia entre derechos civiles y políticos, sociales y culturales; no pudiéndose dar disección, ni fractura entre ellos, pues asistiríamos a una dislocación sistémica de la Dogmática los derechos. La distinción tan discernidamente analítica que realiza el autor entre bienes primarios y secundarios, aunque es pedagógica, no es muy plausible para la comprensión del imaginario criminal y para la explicación de la política criminal en el supuesto que venimos abordando: la exclusión social grave. Uno roba pues sus condiciones de vida son enormemente precarias y esa precariedad se enreda con otras condiciones y factores –múltiples, complejos, interseccionales– que llevan a un delirio criminal que se conecta con una praxis selectiva, progresiva, sedimentada y sistemática de abandono del Estado a su ciudadanía excluida. Por tanto, existe una densa interdependencia entre bienes primarios y secundarios, entre derechos, que no permite una clara disección analítica para exonerar de responsabilidad al excluido, o para imputársela por sus actos criminales. Es necesario todavía construir una dogmática de la exclusión más compleja que dé medida de la multiplicidad de factores, y de la interseccionalidad de elementos que se cruzan para generar y producir exclusión con responsabilidad del Estado. El estudio de una dogmática de la prevención criminal, que no vea el delito como un ejercicio de normalidad, sino como un problema social, expresión última de un sustrato más profundo en el que la exclusión tiene un protagonismo fundamental, es algo que está por realizar.

5. CONCLUSIONES

1. Hemos intentado reflejar cómo las condiciones con las que se ha venido fraguando la Modernidad tardía, en cuanto productora y reproductora

de procesos de exclusión, produce cambios paradigmáticos para repensar conceptos tan importantes como los derechos y deberes de la ciudadanía, el control social, la teoría del delito, incluso el concepto mismo de responsabilidad estatal. Una sociedad como la descrita, enfocada hacia políticas criminales de control social, pone su énfasis de actuación en la prevención y gestión de los riesgos, abandonando consideraciones de justicia penal y de derechos necesarias para revitalizar el vínculo comunitario y la confianza ciudadana, así como una concepción participativa de la ciudadanía en la construcción del Derecho y la pena. Con ello se evita la realización de un análisis profundo de las causas estructurales que producen exclusión y, como consecuencia de ello, más desestructuración social.

2. Un Derecho penal que no se adapta a las exigencias de un Estado decente –aquél que *no* humille y promocióne la autarquía y el desarrollo de los individuos y colectivos a través de derechos– no es una política estatal legítima. Un Derecho (penal) *no* constituido colectivamente –a partir de una concepción que ponga en el centro los deberes de los ciudadanos hacia la comunidad y de ésta hacia la ciudadanía a través del Estado– pierde legitimidad para poder regular y castigar ciertos delitos procedentes de procesos de exclusión en los que el Estado ha funcionado como co-productor y reproductor de tales condiciones.

3. Constituye un grave problema moral imponer castigos en contextos en los que el Estado llama a las personas delincuentes a rendir cuentas cuando, por su deriva humillante, no está en condiciones de hacerlo. Si no se dan las precondiciones sociales y políticas necesarias para que el Derecho penal hable en nombre y representación de una comunidad a la que ha desamparado y excluido; cuando el Derecho habla por medio y a través de un lenguaje que la ciudadanía (excluida) no puede comprender ni asumir como propio, debido al carácter excluyente del mismo y debido a la fractura del vínculo comunitario que se ha venido produciendo en la construcción del Derecho; cuando se diseñan modelos de justicia penal basados en la imposición sobre personas delincuentes en régimen de exclusión de un tratamiento abusivo respecto a otras personas y otras situaciones análogas, desvinculando a estas de la comunidad y sus procesos, fracturando la posibilidad de rehabilitación e inclusión social con derechos, nos asomamos a *la falta de legitimidad del Estado para castigar y reclamar los deberes que incluye el vínculo social de la ciudadanía*.

4. Resulta fundamental una transformación radical del pensamiento jurídico que permita repensar otras formas de penalidad centradas en una consideración amplia de los derechos y deberes de la ciudadanía en prisión. Para ello es imprescindible pensar los modos y las maneras de introducir prácticas de *Justicia Transicional* complejas que permitan dar nueva orientación a dimensiones tan fundamentales como: las condiciones de rehabilitación e inclusión social; la reformulación de un nuevo imaginario para entender la sanción punitiva; el replanteamiento de la función de las prisiones en cuanto instrumento principal de rehabilitación, mecanismo imprescindible para la retribución social; la reformulación de la relación víctima-victimario como condición de posibilidad para la reconstrucción del vínculo comunitario, abandonando una consideración predominante de la víctima como el gran elemento a considerar a la hora de determinar el castigo; despolitizar y evitar la presión populista en la determinación de la pena y en la consideración del proceso rehabilitador de las personas delincuentes, entre otras.

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS
Universidad de Deusto,
Facultad de Derecho
Avenida de las Universidades 24
48007 Bilbao
e-mail: asier.martinezb@deusto.es

LA TESIS DE LA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA EN RONALD DWORKIN

RONALD DWORKIN'S ONE RIGHT ANSWER THESIS

GIORGIO RIDOLFI
Università di Pisa

Fecha de recepción: 19-3-20
Fecha de aceptación: 13-5-20

Resumen: *El período tal vez más fecundo en la producción científica de Ronald Dworkin es el que abarca sus dos primeras obras importantes, Los derechos en serio y El imperio de la justicia. En ellas el jurista norteamericano se mueve hacia varios objetivos, a veces incluso contradictorios, y elabora una de sus teorías más características, la de la única respuesta correcta. El ensayo intenta esbozar una lectura unitaria de estos escritos, basándose en los rasgos fundamentales del realismo jurídico y de algunas versiones del positivismo, aunque eso implique pasar por alto muchas de sus partes. Por último, se confronta esta interpretación con el asunto de la tolerabilidad, como mucho teórica, del Derecho injusto, que ella parece admitir.*

Abstract: *The most fruitful period in Ronald Dworkin's scientific production includes his two first important works, Taking Rights Seriously and Law's Empire. Therein, he pursues various objectives, sometimes even contradictory, and elaborates one of his most characteristic theories: the one right answer thesis. This essay tries to develop a uniform reading of the cited writings in the light of the fundamental features of legal realism and of some versions of positivism; although this implies overlooking several places in them. Finally, the question is posed whether this interpretation implies, as it seems, at least theoretical tolerance for evil law.*

Palabras clave: principios, sociedad, interpretación jurídica, Derecho injusto
Key words: principles, society, legal interpretation, evil law

1. REFLEXIONES PRELIMINARES

Los análisis de filosofía del Derecho, que Ronald Dworkin elabora en *Los derechos en serio*¹ y *El imperio de la justicia*², podrían ser acusadas de superficialidad y de falta de unidad. Además podrían juzgarse demasiado desordenadas para ser examinadas con bastante precisión.

Sin duda, la acusación de falta de unidad comprende una característica fundamental de la obra del jurista norteamericano. *Los derechos en serio*, tal y como otros escritos suyos, es una antología de ensayos ya publicados y reimprimidos con pocas modificaciones; y el autor no se preocupa adecuadamente de que el conjunto deje ver un plan teórico unitario de base. Por lo tanto, él yuxtapone algunos ensayos que atañen al análisis filosófico del Derecho a otros, menos numerosos, que se ocupan esencialmente de política del Derecho y que, en algunas partes, parecen contradecir lo asumido anteriormente. También *El imperio de la justicia*, que es en cambio una obra sistemática y totalmente original, aclara suficientemente solo una parte de los problemas que pone de relieve; pero alimenta al tiempo ulteriores perplejidades interpretativas con respecto a los escritos precedentes.

Menos pertinente, en cambio, parece la primera de las acusaciones, la de superficialidad. Solo por las deficiencias expuestas, en efecto, ningún erudito de filosofía del Derecho estaría legitimado para negar importancia a algunas fecundas intuiciones de Dworkin. Esto sería como si a un germanista se le ocurriese negar la grandeza de Franz Kafka, alegando simplemente la fragmentación de sus novelas o sus dificultades para alcanzar una versión definitiva de ellas. Por otra parte, al mismo Dworkin no se le escapó el alcance de sus lagunas teóricas, toda vez que en sus obras se encuentra la ambición de desarrollar un discurso que reúna las vertientes éticas, políticas y jurídicas de su pensamiento. En este sentido, su último escrito sistemático *Justicia para erizos*³ se compromete a delinear un auténtico holismo metodológico,

¹ R. DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1977, 2ª ed., Duckworth, London, 1978; en castellano, *Los derechos en serio*, trad. de M. Guastavino, Ariel, Barcelona, 1984.

² R. DWORKIN, *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1986; en castellano, *El imperio de la justicia: de la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, trad. de C. Ferrari, Gedisa, Barcelona, 1988.

³ R. DWORKIN, *Justice for Hedgehogs*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2011; en castellano, *Justicia para erizos*, trad. de H. Pons, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2016.

sobre todo al interpretar el Derecho como una rama de la moral; y el siguiente *Religión sin dios*⁴ brinda una consideración “metafísica” de la unidad del pensamiento a partir de la posición de los seres humanos en el cosmos, de su especificidad y de su limitación gnoseológica.

Dicho esto, cabe señalar que lo siguiente no quiere llegar a ser una precisa reconstrucción de la filosofía jurídica de Dworkin. Esto porque tanto sus primeras obras como las más recientes conllevan, en nuestra opinión, un movimiento de base teóricamente inaceptable. Se trata de un movimiento de sentido iusnaturalista, que en resumidas cuentas acaba por volver la entera estructura filosóficamente discutible y poco original. Por lo tanto, lo mejor que se puede hacer con las páginas de Dworkin es seguir las cuando desarrollan un discurso que nos parece consistente y original, pero limitarlas, integrarlas o incluso ignorarlas, cuando el discurso se vuelve borroso o contradictorio. En este sentido, se intentará valorizar plenamente los avances más interesantes, y con eso demostrar que siguen siendo válidos también cuando se juzguen inadecuadas otras intenciones teóricas y políticas de su autor.

Pero esos avances ya se encuentran en *Los derechos en serio* y *El imperio de la justicia*, y esta es la razón por la que nos ocuparemos principalmente de estas obras. Más bien, no cabe duda que en escritos posteriores, como *Justicia con toga*⁵, el propio Dworkin acaba por trivializar sus doctrinas en algunos aspectos. Por lo demás, no consideramos del todo exitosos los intentos holistas de sus obras más recientes, aunque estas muestren rasgos de indudable interés. En *Justicia para erizos*, por ejemplo, la transición de la crítica al escepticismo interno y externo, que es la parte más válida del libro, a la afirmación de particulares valores éticos, políticos y jurídicos se cumple solo a través de consideraciones sin fuerza teórica. A veces nos atreveríamos a definir las consideraciones románticas, emocionales. De toda manera, le falta al capítulo IX⁶, en que se discuten estos asuntos, el rigor lógico y argumentativo de otros capítulos, así que el proyecto holístico parece encontrar como mucho algunas pausas⁷.

⁴ R. DWORKIN, *Religion without God*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2013; en castellano, *Religión sin dios*, trad. de V. Altamirano, Fondo de Cultura Económica, Ciudad de México, 2014.

⁵ R. DWORKIN, *Justice in Robes*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 2006; en castellano, *Justicia con toga*, trad. de M. Iglesias Vila y I. Ortiz de Urbina Gimeno, Marcial Pons, Madrid, 2007.

⁶ Cfr. R. DWORKIN, *Justicia para erizos*, cit., pp. 239-271.

⁷ Sobre esto véase también C. LARMORE, “The holes in holism”, *European Journal of Political Theory*, 12, núm. 2, 2013, pp. 205-216.

Por supuesto, esto no excluye que distintas lecturas de la obra dworkiniana sean posibles. Y entre ellas la holísta tiene un lugar particular, porque es al final la favorita del mismo Dworkin. Pero la del holismo metodológico es una lectura tanto interesante cuanto problemática, tal vez demasiado precenciosa, y deja margen por lo tanto a lecturas adicionales, aunque más selectivas. Y es precisamente a través de una lectura selectiva que, como Dworkin quiere hacer con los derechos, intentaremos tomar realmente en serio su doctrina, incluso su controvertida teoría de la única respuesta correcta⁸.

2. UN POSITIVISMO *SUI GENERIS*

Según las intenciones de nuestro ensayo, la mayor crítica que se le puede hacer a Ronald Dworkin es la de ser en última instancia un partidario del Derecho natural. Mejor dicho, él parece limitarse en definitiva a proclamar algunos valores morales superiores que deben respetarse y llevarse a cabo en el Derecho, sin explicar de manera exhaustiva porqué tenemos que respetarlos y llevarlos a cabo. El motivo es obviamente que, como la mayoría de los partidarios radicales del Derecho natural, él piensa que la superioridad de estos valores puede ser indiscutible, y entonces *debe* parecer indiscutible,

⁸ Para delinear el abanico de cuestiones que la obra de Dworkin deja surgir no se puede dejar de remitir a M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Rowman & Allanheld, Totowa (NJ), 1983, que contiene entre los otros ensayos de Jules Coleman, Joseph Raz, Neil McCormick, H.L.A. Hart y Michael Sandel (además de una respuesta de Dworkin a sus críticos). Utilísima introducción a la obra de Dworkin, sobre todo en el sentido en que intentaremos leerla, son tres ensayos publicados en el volumen de junio 1980 (X, núm. 1) de la revista italiana *Materiali per una storia della cultura giuridica*: las dos conferencias de Genaro Ruben CARRIÓ, "Le opinioni del prof. Dworkin sul positivismo giuridico" (pp. 143-182; orig. "Prof. Dworkin's Views on Legal Positivism", *Indiana Law Journal*, LV, núm. 209, 1979), que ponen de relieve las relaciones estrictas y algunos conflictos entre las doctrinas de Dworkin y de Hart; S. BARTOLE, "In margine a 'Taking Rights Seriously' di Dworkin" (pp. 185-208), que analiza las páginas de Dworkin en la perspectiva del constitucionalismo y también esboza una confrontación con la doctrina de la "constitución material" de Costantino Mortati; y G. RUBUFFA, "Costituzionalismo e giusnaturalismo: Ronald Dworkin e la riformulazione del diritto naturale" (pp. 209-229), en que, tomando en consideración las intenciones políticas de Dworkin, se ponen de relieve sus mayores contradicciones teóricas. Véanse también el "Ensayo sobre Dworkin", que Albert CALSAMIGLIA escribió como introducción de R. DWORKIN, *Los derechos en serio* (cit., pp. 7-29); y del mismo autor "El concepto de integridad de Dworkin", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 12, 1992, pp. 155-176, basado en cambio en la lectura de *El imperio de la justicia*.

para todo el mundo. Es una posición que pese a sus esfuerzos teóricos ni siquiera cambia de manera sustancial en *Justicia para erizos*.

Con eso, cabe notar, no se quiere repetir la objeción de muchos críticos de que ya sería Derecho natural la simple apelación dworkiniana a los principios. Solo queremos subrayar que por ciertas razones personales y contingentes Dworkin incluye su doctrina de los principios en una perspectiva de Derecho natural, aunque no esté teóricamente obligado a hacerlo⁹. De ahí que sea posible construir una versión alternativa, más consistente de esta filosofía; una versión que se acerca más al realismo jurídico, y en parte al positivismo, dejando de lado cualquiera relación con el Derecho natural. Sin duda, como ya hemos asumido, no es la versión que Dworkin quiso dar a sus concepciones; pero es asimismo verdad que en sus páginas se puede encontrar casi todo y lo contrario de todo¹⁰.

El mayor mérito de los análisis de filosofía del Derecho de Dworkin reside, en nuestra opinión, en el hecho de que él deja aparecer toda la fragmentación y la complejidad de la experiencia jurídica. Ella se manifiesta sobre todo en el momento de la declaración del Derecho vigente por los tribunales. Enfrentándose con Hart, Dworkin busca un punto de equilibrio más profundo entre tres vertientes, igual de importantes. Primero, el Derecho pronunciado por los órganos que tienen el poder en una determinada sociedad; es decir, el Derecho que, al menos formalmente, sigue siendo válido hasta que no intervenga un procedimiento de abrogación, implícita o explícita. Segundo, el entorno material de tradiciones y prácticas jurídicas en el que el Derecho surgió en el pasado y sigue surgiendo. Y finalmente la vida que el Derecho cobra cuando entra en contacto con la estructura contingente y los procesos evolutivos de la sociedad sobre la que interviene (a saber, los procesos morales, culturales, económicos, etc.).

⁹ Parece abordar este tema Baldassare PASTORE, en su ensayo muy puntual *I principi ritrovati. Saggio su Ronald Dworkin*, I.L.A. Palma, Palermo, 1985, p. 34. En lo sucesivo (véanse sobre todo las conclusiones, en las páginas 68-74), él afirma que sería preciso leer *Los derechos en serio* por encima de la distinción entre positivismo y Derecho natural. Concordamos, como aclarará lo que sigue; pero a condición de que se comprenda que, sean cuales fueren sus intenciones, eso no puede inferirse de manera lineal de las palabras de Dworkin.

¹⁰ En este sentido, proporciona una posible, más articulada lectura en clave iusnaturalista de la entera obra de Dworkin, M. LALATTA COSTERBOSA, "Ronald Dworkin e il diritto naturale come integrità", en *Il diritto come ragionamento morale. Saggio sul giusnaturalismo contemporaneo e le sue applicazioni bioetiche*, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2007, pp. 109-142.

La dinámica jurídica que Dworkin describe exige que cada decisión judicial, al menos por principio, pueda ser rastreada hasta una afirmación anterior de autoridades legislativas o constituyentes. Esas autoridades identifican así explícitamente la disciplina que debe aplicarse en casos determinados o, como mínimo, indican que en algunos casos deben aplicarse las costumbres sociales o jurídicas vigentes. Por supuesto, y ya no solamente en los ordenamientos de *common law*, entre las autoridades legislativas se hallan los mismos tribunales. De hecho, sus precedentes son un espejo de la cultura jurídica de un Estado, sobre todo en lo que atañe a la interpretación del Derecho escrito; y son también el lugar privilegiado donde se reconoce la vigencia positiva del Derecho no escrito.

Entonces, los legisladores y otras autoridades legislativas similares pueden emitir estipulaciones contingentes, si bien generalmente ni irrazonables ni irracionales. Pero las actividades de los tribunales no pueden desarrollarse en manera arbitraria, sino tienen que buscar un fundamento en hechos jurídicos preexistentes; o bien en el balance de ellos, cuando los hechos normativos y los datos jurídicos sociales se contradigan¹¹.

A pesar de esto, Dworkin no piensa que la solución de las controversias tiene que deducirse lógicamente del material jurídico disponible, según la visión utópica de Montesquieu: el juez es la boca que pronuncia las palabras de la ley. Al contrario, en su opinión, dichas soluciones pueden ser solamente construcciones argumentativas realizadas a partir de este material. Esto porque, como demuestran los llamados casos difíciles (*hard cases*), el Derecho positivo deja fuera de sí innumerables asuntos, que *prima facie* no pueden encontrar una solución. Y también porque algunos documentos jurídicos, sobre todo las constituciones, no enuncian reglas, sino principios que pueden ser derogados y están sujetos a recíproca ponderación. Y finalmente porque el Derecho positivo, según Dworkin, no puede depender de la intención de sus redactores. Ella es también difícil de reconstruir, y se transforma en consonancia con las inevitables transformaciones de la sociedad¹². Este punto

¹¹ En este sentido, aunque de una manera no suficientemente detallada, se mueve K. GREENAWALT, "Policy, Rights, and Judicial Decision", en M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., pp. 109-112, que llega a conclusiones no diferentes de nuestras.

¹² En el subpárrafo de *El imperio de la justicia* titulado "¿Quiénes son los autores de un estatuto?", Dworkin plantea una eficaz serie de preguntas sobre una ley particular de los Estados Unidos –el *Endangered Species Act*–, que sin embargo podrían aplicarse a todas las leyes: «¿Los estados mentales de qué personas cuentan al fijar la intención detrás [de la ley]?

de vista, por lo tanto, “rechaza, por inútil, la antigua cuestión si los jueces encuentran o inventan la ley; sugiere que entendemos el razonamiento legal solo al entender el sentido en el que hacen ambas cosas y ninguna”¹³.

En resumen, para Dworkin la cuestión del *¿quid iuris?*, tal y como la del *¿quid ius?*, solo puede ser una cuestión interpretativa. Esto significa que todo el Derecho concreto, tal y como se estructura a partir de la actuación de los jueces, es un resultado de la interpretación; aunque el de la interpretación nunca sea un proceso arbitrario, sino que parte de textos, de actos y de estables comportamientos jurídicos existentes de antemano.

Es verdad que los jueces también pertenecen a la sociedad en que viven, compartiendo generalmente sus valores. Pero esto no implica que ellos puedan forzar el material jurídico que tienen a su disposición, cuando ninguna interpretación de sentido común parezca adecuada a la afirmación de los valores sociales difusos. La interpretación se convertiría en arbitraria creación de Derecho, si los intérpretes pretendiesen incumplir la fidelidad al material jurídico positivamente dictaminado o transmitido. Ellos tienen siempre que aguardar la conclusión de un procedimiento de abrogación, explícita o implícita (en sentido amplio); y no pueden leer sus partes más controversas basándose en principios morales individuales o característicos solo de grupos minoritarios.

Esta manera de leer la obra de Dworkin tiene el mérito, en nuestra opinión, de esbozar una forma ampliada, y por lo tanto *sui generis*, de positivismo¹⁴. En ella, junto a los valores positivamente declarados en el ordenamiento, se halla la ética política desarrollándose y imponiéndose en la sociedad, con miras a la delimitación, pero nunca a la aniquilación, del carácter vincu-

¿Cada uno de los miembros del Congreso que la sancionó, incluyendo aquellos que votaron en contra? ¿Las ideas de alguno, por ejemplo, las de aquellos que hablaron o hablaban más a menudo en los debates, son más importantes que las de otros? ¿Qué sucede con los funcionarios ejecutivos y asistentes que prepararon los borradores iniciales? ¿Qué pasa con el presidente que firmó el proyecto de ley y lo hizo ley? ¿Sus intenciones no deben contar más que las de cualquier senador? ¿Qué hay de los ciudadanos particulares que escribieron cartas a sus congresistas o que prometieron o amenazaron con votar a favor o en contra de ellos, o con hacer contribuciones para las campañas, dependiendo de la forma en que ellos votaran? ¿Y qué sucede con las camarillas o los grupos de acción que jugaron el rol que ahora se considera normal?» (R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, cit., p. 226).

¹³ *Ivi*, p. 164.

¹⁴ De positivismo *sui generis* habla B. PASTORE, *I principi ritrovati*, cit., p. 72, respondiendo a A. PINTORE, *Norme e principi. Una critica a Dworkin*, Giuffrè, Milano, 1982, pp. 69-71, que habla en cambio de Derecho natural *sui generis*.

lante del Derecho vigente y al rechazo al mismo tiempo de cada principio metafísico.

Entonces, se puede hablar para Dworkin de un positivismo incluyente. Sin duda, los documentos a los que se da mayor importancia en su doctrina son los que enuncian y dictaminan los valores vinculantes del ordenamiento, como en el caso de las constituciones. Pero se debe hablar al mismo tiempo y principalmente de un positivismo excluyente. En su opinión, como para Joseph Raz¹⁵, un valor parece justificarse en un ordenamiento solo como resultado de la argumentación jurídica adecuadamente motivada de legisladores, funcionarios y jueces, es decir de sus autoridades reconocidas. En este modo, pierde toda su naturaleza ética original; y nada puede significar que no exista un *pedigree test* establecido para determinar qué principios morales pueden volverse en jurídicos y en qué condiciones¹⁶.

Pese a esto, tenemos que seguir hablando de positivismo *sui generis* porque, como ya se ha subrayado, estamos frente a una forma de positivismo mezclada con algunos rasgos fundamentales del realismo jurídico: en primer lugar, la apremiante atención a los datos empíricos de la vida social.

3. ¿PRESCRIPCIÓN O DESCRIPCIÓN?

Una interpretación semejante, cabe asimismo añadir, no puede referirse solamente a ordenamientos democráticos, tampoco en el sentido igualitario

¹⁵ Cfr. J. RAZ, *Practical Reason and Norms*, Hutchinson, London, 1975 (2ª ed., Oxford University Press, Oxford, 1999); en castellano, *Razón práctica y normas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

¹⁶ De estas connotaciones positivistas de la obra de Dworkin parece darse cuenta E. Philip SOPER en "Legal Theory and the Obligation of a Judge: The Hart/Dworkin Dispute", en M. COHEN (ed.), *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, cit., pp. 3-27 (especialmente 16-20). No obstante, él intenta llevar la *rights thesis* a una cierta concordancia con el *pedigree test* de la norma de reconocimiento de Hart. En su "Reply" contenido en el mismo libro, DWORKIN critica a Soper por tomar posiciones en cierto sentido metafísicas con respecto a la relación entre Derecho y moral. Pero, para lo que atañe a la posible concordancia de sus posiciones con el positivismo, Dworkin afirma que no le interesa "discutir con Soper sobre las denominaciones. Argumenté que el positivismo hace [...] afirmaciones que en cambio su versión no hace, y mi disputa es con estas afirmaciones, no con etiquetas" (ivi, p. 247). Sin embargo, se puede también tener presente lo que Aldo SCHIAVELLO repite varias veces en *Diritto come integrità: incubo o nobile sogno? Saggio su Ronald Dworkin*, Giappichelli, Torino, 1998: Dworkin acaba por crear una versión ficticia e incompleta del positivismo, para destrozarla más fácilmente.

que hoy en día tiene la palabra “democracia”. En efecto, imaginemos un hipotético Estado en el cual la mayoría blanca afirme casi unánimemente que la minoría negra no pertenece al género humano y, pese a esto, administre los demás asuntos políticos conforme a los más puros principios de la democracia liberal. Por supuesto, semejante hipocresía nos horrorizaría. Pero ¿cómo se puede sostener que en este Estado no existen principios? Y ¿cómo se puede sostener que no es el mismo principio de discriminación uno de los principios fundamentales del Estado? Más bien, la misma democracia debe interpretarse como uno de los posibles principios fundamentales de un ordenamiento, tanto en sentido igualitario como en sentido mayoritario¹⁷. Entonces ser democráticos no es algo que pueda servir para establecer diferencias entre los que pueden ser llamados ordenamientos y los que no pueden. Por eso, no habría diferencias en este sentido entre Estados democráticos y Estados que rechazan explícitamente la democracia.

Como demuestra el caso del régimen nazi, es posible que una oligarquía aproveche la desidia y el miedo de muchos ciudadanos y infunda su ideología criminal en la mayoría del pueblo, determinando en manera sustancial sus ideas sobre el Derecho y la política. Pero también esta aclaración tiene un sentido relativo. De hecho, podríamos hacer un discurso semejante para una oligarquía que a través de una política terrorista consiguiera sistemáticamente doblegar o incluso aniquilar a la voluntad (teóricamente) reacia de la gran mayoría. Por eso, cuando hablamos de valores sociales difusos, no tenemos siempre que referirnos a los valores reconocidos por cada miembro de la sociedad. Nos referimos en cambio a los valores generalmente reconocidos por los miembros que en esta sociedad tienen voz y voto, aunque puedan ser una pequeña minoría. En el mismo sentido, cuando hablamos de jueces, no podemos pensar solamente en la división de los poderes típica de las modernas sociedades políticas. Podemos también imaginar casos en que otros poderes, en particular el ejecutivo, incorporen, invadan o influyan gravemente en el poder judicial.

Aclarado esto, es menester repetir que este no es el sentido que Dworkin quiso dar a sus investigaciones. En efecto, su obra quiere ser una justificación de la actuación de los tribunales norteamericanos, y sobre todo del Tribunal

¹⁷ Dworkin expresa una visión claramente igualitaria de la democracia, como puede verse en algunos ensayos suyos más centrados en la cuestión de los derechos. Sobre esto, F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 333-335.

Supremo de los Estados Unidos. Esto porque, a partir de los años 50, estos tribunales empezaron a desarrollar una jurisprudencia contraria a la segregación racial y favorable a los derechos humanos y civiles. En este asunto Dworkin se enfrenta con los partidarios del originalismo constitucional, ciegos a la cuestión de la correspondencia entre la legislación positiva y las transformaciones de la ética social; y expresa una concepción evolutiva del Derecho que quiere justificar un punto de equilibrio progresista.

Pero, a Dworkin es posible fácilmente objetarle que no toma suficientemente en consideración la posibilidad contraria, es decir la posibilidad de que su concepción pueda ser del mismo modo utilizada, también en los Estados Unidos, para justificar una jurisprudencia regresiva¹⁸. Para evitarlo, él introduce en la búsqueda del Derecho vigente la referencia a un principio de “igual respeto y consideración” para todo los sujetos del ordenamiento, describiendolo explícitamente “como fundamental y axiomático”¹⁹. En un sentido que podríamos definir radbruchiano, él parece utilizar este principio para distinguir, al menos hoy en día, lo que es Derecho de lo que es demasiado injusto para serlo²⁰. En la perspectiva dworkiniana, este principio tal vez

¹⁸ Concordamos con Alfonso GARCÍA FIGUEROA, cuando, al subrayar las contradicciones evidentes en la teoría de Dworkin, sostiene que el autor norteamericano “parece más interesado en persuadir a sus interlocutores, que en describir la realidad. Esta dimensión retórica constituye un indicio fundamental de su dimensión ideológica, política. La ambigüedad de Dworkin en el plano metaético y las contradicciones derivadas de su “actitud antianalítica” parecen obedecer a un objetivo superior de carácter ideológico: la defensa del Estado de derecho, en cuanto protector de ciertos derechos individuales frente a los cálculos utilitaristas del Estado” (*Principios y positivismo jurídico. El no positivismo principialista en las teorías de Ronald Dworkin y Robert Alexy*, Centro de estudios políticos y constitucionales, Madrid, 1998, pp. 295-296). Por lo demás, García Figueroa reconoce la dificultad de incluir a Dworkin en el iusnaturalismo o bien en el positivismo jurídico. Solo ofrece en nuestra opinión una interpretación demasiado estricta y literal de la doctrina de la única respuesta correcta.

¹⁹ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 41.

²⁰ Se cite enteramente la frase: “El libro sugiere [...] una forma preferida de defensa de los derechos políticos, que es la derivación de derechos particulares a partir del derecho abstracto a igual consideración y respeto, que se toma como fundamental y axiomático. [...] [E]l derecho a igual consideración y respeto es fundamental [...], porque [...] es posible derivar de ese derecho [...] la idea misma de una meta colectiva. Si es así, entonces la igualdad de consideración y respeto configura un derecho tan fundamental que no cabe dentro de la caracterización general de los derechos como valores superiores las metas colectivas, excepto como caso límite, porque es tanto la fuente de la autoridad general de los fines colectivos, como de las limitaciones especiales a tal autoridad que se justifican en virtud de derechos más particulares»” (ibidem). El paso final en este camino, como ya se ha dicho en el texto, Dworkin lo cumple en *Justicia para erizos*.

es útil también para justificar la actuación innovadora de algunos tribunales. Esto ocurrió, por ejemplo, cuando la ética progresista de sus miembros, aunque abstractamente compatible con las palabras de la Constitución, aún no correspondía a la ética difusa en la Federación.

Las cosas no cambian cuando Dworkin, en *El imperio de la justicia*, deja de lado esta formulación para introducir lo que llama un principio de integridad hermenéutica del Derecho. También en este caso él acaba por postular la existencia de valores axiomáticos para el justo reparto de los derechos entre los miembros de un ordenamiento.

Es evidente que en ambas obras no se encuentran más que huecas declaraciones de principio. Además, a ellas nunca les corresponde un oportuno análisis teórico para fundamentarlas de manera similar a experiencias cercanas, pero en eso más estructuradas: por ejemplo las de Jürgen Habermas o de la Escuela de Sheffield²¹.

Aquí hay también otros motivos de perplejidad. Refiriéndose al igual respeto y consideración, Dworkin parece pensar en la *equal protection clause* expresada en la Enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos. Por lo tanto parece referirse a un público que tiene este documento como horizonte jurídico. Esto significa que Dworkin se refiere a métodos de construcción jurídica que valen solamente para un tipo de experiencia o, como mucho, para ella y las que se le parecen. Es verdad que, en los rasgos fundamentales, al ordenamiento consitucional norteamericano le parecen todos los ordenamientos occidentales modernos. Pero estos están lejos de agotar todos los tipos posibles de experiencia jurídica en el espacio y en el tiempo.

Entonces, una de dos cosas: o Dworkin se ocupa de asuntos importantes, pero que no tienen un valor universal; o su concepción no es suficientemente estructurada desde el punto de vista de la interpretación del Derecho²². De todas maneras, cabe notar que sería difícil adecuar un sistema tan complejo a experiencias jurídicas y judiciales bastantes primitivas. Y Dworkin, aunque se refiera en algunas páginas a un impreciso “concepto de derecho de uso

²¹ Sobre esto véase M. LA TORRE, “Idealismo giuridico. Il neogiusnaturalismo, la Scuola di Sheffield, e la teoria del discorso”, en *Il diritto contro se stesso. Saggio sul positivismo giuridico e la sua crisi*, Leo S. Olschki, Firenze, 2020, pp. 143-170.

²² Aldo Schiavello, que en la obra citada subraya la superficialidad y la falta de unidad y de orden argumentativo en las obras de Dworkin, sostiene en su crítica la primera de esas opciones. Así demuestra como es posible reconstruir convincentemente la doctrina dworkiniana en maneras alternativas.

general hoy”²³, no ayuda a los lectores indicando umbral más allá del cuál su análisis ya no es adecuado²⁴.

Aún más interesante es preguntarnos, como casi todos los intérpretes de Dworkin, si sus doctrinas tienen un carácter descriptivo o uno prescriptivo; es decir si ellas son una reconstrucción de lo que normalmente hacen los tribunales, o bien un llamamiento a ellos para que se comporten de una determinada manera. Si es verdad que su doctrina con el tiempo se ha vuelto siempre más prescriptiva, el Dworkin de *Los derechos en serio* parece moverse hacia una posición media en esta alternativa. Esto indica su conciencia de que dar una lectura estrictamente descriptiva de sus tesis significaría ser desmentido por un montón de pruebas de lo contrario; salvo que no se sostenga la opinión absurda de que los jueces, cuando se equivocan, toman sus decisiones creyendo de buena fe que están haciendo lo contrario de lo que hacen. Y esta es precisamente la crítica que Dworkin siempre puso a las pretensiones descriptivas del positivismo de Hart. En cualquier caso, en *El imperio de la justicia*, él niega expresamente semejante interpretación, poniendo de relieve tres macroconcepciones interpretativas –la convencionalista (positivista), la pragmatista (escéptico-realista) y precisamente la inspirada en el principio de integridad (y entonces de igualdad)– entre las cuales, afirma, los jueces elijen al pronunciar sus sentencias.

Por eso, una posición media implicaría la posibilidad de reconstruir la manera en que los jueces, en un número considerable de casos, eligen actuar; pero también el reconocimiento del hecho de que ellos hacen bien en actuar así y que todos sus colegas tendrían que emularlos. Al afirmarlo, sin embargo, surge de nuevo por la mitad descriptiva la sospecha que Dworkin se refiera solo a experiencias jurídicas particulares; y surge, por la mitad prescriptiva, otra pregunta: ¿en qué sentido se puede afirmar que es mejor decidir los casos en una manera en vez que en otra?²⁵ Si descartamos la remisión

²³ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 103.

²⁴ Tampoco parece satisfactorio lo que Dworkin escribe más recientemente: “¿Cuán universal puede ser una teoría interpretativa de la doctrina jurídica? Supongamos que procedemos a construir una interpretación de la práctica jurídica que se ajuste a todo lo que consideramos que cae dentro del concepto sociológico de derecho. ¿Cuánto detalle podría contener esta interpretación tan abstracta? Quizá muy poco: puede suceder que una vez iniciado el proceso cada paso interpretativo que efectuemos haga que nuestra explicación interpretativa se vuelva más parroquial. [...] De este modo la mejor respuesta a la cuestión de si mi teoría del derecho pretende ser universal o parroquial es: ambas cosas” (R. DWORKIN, *Justicia con toga*, cit., pp. 251-252).

²⁵ De esto se percató Michel TROPÉ, según el cual “Dworkin exige justificar sus prescripciones con la descripción de lo que hacen ciertos jueces en ciertos casos. En otras palabras,

a valores axiomáticos, a Dworkin parece quedarle solo esta constatación: en los hechos los jueces balancean, más de lo que se puede creer, el Derecho escrito con el Derecho existente pero no escrito. No obstante, como deja claro la doctrina de la única respuesta correcta, que trataremos más adelante, semejante *modus operandi* ofrecería a la hazaña de construcción y reconstrucción jurídica una base más sólida desde el punto de vista empírico.

Esto significa que nadie tiene que sostener que el Derecho es mejor que la anarquía. Esta es una cuestión que atañe a las inclinaciones de las personas y al sentido común de una sociedad. Pero, cuando alguien lo sostiene, su concepción puede solo basarse o en abstractos enunciados de principio, sobre los que el acuerdo es muchas veces más aparente que efectivo; o bien en el reconocimiento empírico de la estabilidad que a la experiencia jurídica le proporcionan los concretos movimientos sociales y los enunciados formales (esto es, positivos) que ellos contingentemente producen.

Con mayor razón, no se puede sostener que concepciones del Derecho diferentes de esta son erróneas o que nunca se realizaron. Pero sí que, si las comparamos con una teoría interpretativa, solo esta parece capaz de brindarnos una visión general de todas las vertientes al tiempo abstractas y concretas del fenómeno jurídico.

Seguramente esto no es todo y no es lo que Dworkin quisiera. Pero tal vez no es poco.

4. DERECHO Y JUEGOS: ESENCIA Y FUNCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

En el capítulo de introducción de *Los derechos en serio*, Dworkin intenta encontrar una síntesis entre los ensayos más teóricos de la primera parte y los más políticos de la segunda. En este sentido él esboza una posición jurídico-política que llama “teoría de los derechos”. Cada conjunto social, dice, se caracteriza por una dialéctica entre las posibles decisiones de la mayoría y los derechos de los individuos. Frente a algunas legítimas pretensiones de algunos individuos, “una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer” y “no justifica que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”²⁶.

él intenta fundamentar un deber-ser en un ser y, además, en un ser incierto” (*La théorie du droit, le droit, l'état*, Paris, PUF, 2001, p. 44).

²⁶ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 37.

Pronto encontramos el primer problema. Como Dworkin parece descartar, no podemos leer los derechos válidos en el libro de la naturaleza, en el de la tradición o en ninguna revelación religiosa. Entonces, ¿dónde podemos leerlos? Tampoco, según él, es posible una rigurosa deducción lógico-racional, conforme a la cual un derecho para determinarse como tal necesitaría de una puntual demostración de apoyo.

Los derechos viven en la sociedad y en su historia institucional, y se integran en prácticas argumentativas y narrativas características tanto de sus destinatarios como de los funcionarios encargados de su implementación. Entonces, ellos comparten una fundamental e insuprimible dimensión histórica, sin la cual no puede explicarse el rechazo de su lectura metafísica. Pero esta dimensión determina la absoluta relatividad de los derechos y perjudica la posibilidad de incluirlos en superiores declaraciones de principio. No está claro cómo en este sentido puede introducirse el valor axiomático del principio de igualdad de respeto y consideración (y tampoco del principio de integridad, del que se hablará en *El imperio de la justicia*). Cabe notar que, después de haberlo enunciado en el capítulo introductorio, Dworkin ya no lo menciona en los primeros ensayos que constituyen la obra, donde expresa los pilares de su posición filosófico-jurídica.

Esta primera parte de la obra de 1977 se caracteriza por la distinción entre principios y políticas (*principles and policies*); es decir entre los valores de moralidad jurídica y política típicos de un determinado ordenamiento y los fines contingentes que sus órganos políticos pueden querer alcanzar. Esta distinción es semejante a la afirmada anteriormente entre las decisiones de la mayoría y los derechos de los individuos contra ella. Esto significa que los principios también salen de una pluralidad de fuentes bastantes heterogéneas.

Es posible, en primer lugar, individuar conceptos generalísimos que se aplican a cada Derecho histórico conocido. Si las palabras no fuesen un poco equívocas, podríamos individuarlos como la esencia ontológica del Derecho. Estos conceptos se refieren, más que a los contenidos, a los esquemas de funcionamiento de todos los fenómenos históricamente, aunque solo básicamente, clasificables como Derecho: los de regla, de sanción, de responsabilidad, etc., más allá de sus diferentes declinaciones prácticas. Y, al caracterizarse como aún más fundamentales de los principios de ética procedimental expuestos por Lon Fuller²⁷, se refieren, más en general, a la oposición del

²⁷ Cfr. L. FULLER, *The Morality of Law*, Yale University Press, New Haven (CT), 1964.

Derecho a su negación estructural, es decir la anarquía, interpretada en sentido estricto como falta de toda ley.

Si a estos principios se les quiere proporcionar un marco desde el punto de vista del contenido, muestran una cierta relación con lo que Hart llamó “contenido mínimo de Derecho natural”. Con esta fórmula el filósofo inglés se refiere a las estructuras jurídicas arraigadas en los límites de la constitución física y psíquica, además que lingüística, de los seres humanos²⁸. Como dice Hart, no son postulados metafísicos, sino estructuras válidas *rebus sic stantibus*, hasta que intervenga un cambio radical, no previsible pero abstractamente concebible, de algunas características de la naturaleza humana. Se puede pensar, si queremos un ejemplo, en las transformaciones que podrán manifestarse el día, tal vez no demasiado lejano en el futuro, en que sea posible realizar la hibridación del cuerpo humano con dispositivos electrónicos o informáticos.

Por supuesto, no es posible introducir entre estos conceptos teoréticos generalísimos una remisión a valores morales. Tampoco se puede introducir en ellos la igualdad de respeto y consideración para cada miembro del ordenamiento, que se encuentra solo en un número limitado de ordenamientos y solo en los últimos siglos. Este principio no es más que una de aquellas afirmaciones de moralidad política que en la modernidad han encontrado un lugar peculiar para expresarse en las constituciones y en los documentos con valor constitucional. Por eso nos hallamos frente a conceptos de alcance general, que no obstante poseen una universalidad solamente tendencial; aunque las constituciones que los transmiten se incluyan a menudo en amplios paradigmas supranacionales, como por ejemplo el occidental. Lo cual, sin embargo, no significa que solamente los Estados que poseen una constitución escrita, o que, como en el caso inglés, pueden derivarla de una serie de documentos, tengan un sistema de principios. Los que lo piensan no comprenderían además la misma esencia del conjunto de los principios constitucionales, que está formado por una serie de afirmaciones bastantes explícitas, pero está muy lejos de agotar toda la ética política de un Estado.

²⁸ Cfr. H.L.A HART, *El concepto de Derecho*, trad. de G.R. Carrió, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pp. 239-247; orig. *The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 1961; 2ª ed. póstuma, Clarendon Press, Oxford, 1994, con el célebre *Post Scriptum*, en que se desarrolla un confronto con las doctrinas de Dworkin (en castellano, H.L.A HART, *Post scriptum al concepto de derecho*, trad. de R. Tamayo y Salmorán, Universidad Nacional Autónoma de México, Ciudad de México, 2000).

En efecto, los principios constitucionales explícitos pueden tanto combinarse en abstracto entre sí para establecer algunos implícitos y a menudo más fundamentales (piénsese al principio de dignidad humana, no expresado claramente en la Constitución italiana, y que no obstante el Tribunal Constitucional ha indicado como el supremo); como pueden estar relacionados con los procesos evolutivos de la legislación y de la ética social. Estos son los principios que ambas expresan, hasta que no se produzcan jerarquías contingentes para proporcionarles a las controversias jurídicas una solución adecuada.

De todas maneras, cabe subrayar que los principios constitucionales no expresan siempre con claridad el sentido de las prácticas políticas que dan forma a un determinado ordenamiento. En los Estados Unidos, por ejemplo, estas prácticas pueden reconocerse en los principios del precedente vertical y horizontal (*stare decisis*), de la democracia y del federalismo²⁹. Por último, tenemos que reconocer que “[t]ambién nuestros principios [...] podrían verse cuestionados, y en tal caso no solo los defenderíamos en función de la práctica aceptada, sino en función de sus relaciones recíprocas y de las implicaciones de tendencias de las decisiones judiciales y legislativas, aun cuando esto último significara apelar a aquellas mismas doctrinas de la interpretación que justificábamos por mediación de los principios que ahora intentamos fundamentar”³⁰.

Reintroduciendo una similitud habitual, que Dworkin también utiliza, podemos afirmar que los principios que se refieren a la esencia del Derecho se caracterizan como un concepto abstracto de “reglas del juego”. Las reglas de un juego son las estructuras que permiten ver una serie de comportamientos de algunos individuos como “movimientos” o “acciones”, y precisamente su conjunto como un juego. Sería difícil seguir hablando de “juego”, cuando, por ejemplo, la única regla suya fuera la de la absoluta discrecionalidad del árbitro. En este caso dos situaciones similares pudieran siempre

²⁹ En *Justicia con toga* DWORKIN enumera las proposiciones fundamentales de la democracia americana: “[P]rimera: la democracia no es sólo la regla de la mayoría, sino una asociación en el autogobierno; segunda: tal asociación se estructura y es hecha posible por una constitución moral que garantiza a todos los individuos los prerequisites de la plena membresía; tercera: por nuestra historia, estamos comprometidos con una estrategia institucional que exige a los jueces (hombres y mujeres entrenados en el derecho) que apliquen esas garantías de igualdad ciudadana” (cit., p. 157). Entonces, son un particular documento legislativo, como la Constitución de 1787, y una determinada historia política que determinan contingentemente las decisiones que los jueces americanos tienen que tomar y los valores que en ellas tienen que respetar.

³⁰ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 96.

encontrar dos diferentes soluciones, no previsibles al basarse en un criterio establecido de antemano.

Los principios constitucionales pueden compararse con proposiciones que ilustran los rasgos y los valores fundamentales de un juego particular, de conformidad con los cuales se pretende que los participantes interpreten dicho juego. Sin embargo, esto no significa que un juego dejaría de serlo en caso de que sus principios fundamentales se modificasen, o bien se leyesen de forma que permitan una evidente desnaturalización de lo que se creía su “núcleo duro”. En efecto, nada más que el sentido común prohíbe, por ejemplo, que en su próxima reunión el Ifab (International Football Association Board), el órgano encargado de modificar las reglas del fútbol, establezca que, a partir de una determinada fecha, también los porteros puedan utilizar solo los pies, que todos los jugadores puedan utilizar las manos, o incluso que constituya una irregularidad para todos los futbolistas el uso de los pies. De la misma manera, nada más que una moralidad política educada por las tragedias históricas, además de la dificultad de liberarse de algunas obligaciones supranacionales, prohíbe al parlamento alemán intentar una modificación del *Grundgesetz*, o incluso una nueva interpretación de sus principios, que haga posible la reintroducción de las leyes raciales. El fútbol seguiría siendo un juego –aunque un juego muy diferente del original y, probablemente, mucho menos interesante–, también si se empezara a jugar solo con las manos, así como Alemania seguiría siendo un Estado, y su Derecho seguiría siendo Derecho, también si sus políticos optaran por volver a los momentos más oscuros de su historia.

Además, hay en los juegos también reglas menos fundamentales, cuya introducción o cuya modificación demostraría el intento de los reformadores de interpretar de una determinada manera una regla superior. Y hay prácticas de juego, que no están reguladas y, en algunos casos, no pueden regularse. A pesar de esto, ellas se toleran o se consideran lícitas, pero el sentido común de los jugadores o de los árbitros frente a ellas puede transformarse en un determinado período de tiempo. Por eso, debe quedar claro que las constituciones y los textos con valor constitucional no enumeran simplemente una serie de criterios para examinar la conformidad de la legislación de un conjunto social y los comportamientos de sus miembros. Esto tanto porque los principios expresados por las constituciones y los textos con valor constitucional poseen una formulación general que no permite *ictu oculi* la solución de todos los casos contingentes; como porque a menudo la legislación y la vida de un conjunto social expresan autónomamente principios jurídicos o

brindan nuevas interpretaciones de los principios ya enunciados, refiriéndose a veces a fines concretos de extrema urgencia.

Cabe asimismo subrayar que, también en los países de *civil law*, los precedentes de los tribunales adquieren siempre mayor impacto. Y, cuando se toman en consideración los precedentes, se acaba por crear jerarquías entre los principios. Estas jerarquías permanecen en vigor hasta que una nueva y detallada construcción argumentativa no sea capaz de demostrar plenamente su falacia (original o sobrevenida)³¹. Por eso, puede afirmar Dworkin, “[c]uando un juez escoge entre la norma establecida en el precedente y una norma nueva que se considera más justa, no está eligiendo entre la historia y la justicia; más bien, formula un juicio que le exige cierto compromiso entre consideraciones que ordinariamente, en cualquier cálculo de derechos políticos, se combinan, pero que aquí entran en competencia”³².

En resumen, el funcionamiento del ordenamiento que Dworkin describe se basa tanto en la centralidad de los principios como en su característica peculiar de ser derogables. Esto significa que los principios están sujetos a un balance que, en algunas decisiones, los deja de lado o desempodera, sin no obstante poner en duda su existencia o vigencia. Cuando se trata de decidir casos no cuestionados, este ordenamiento parece ser un sistema de prescripciones legislativas positivas y precedentes judiciales provistos de una cierta estabilidad. Pero, cuando surgen los llamados *hard cases*, el sistema puede desarrollar sus decisiones solo al adecuar prescripciones y precedentes insuficientes a través de la acción concertada de los principios existentes; y debe tomar asimismo en consideración los efectos que ellos ensayan cuando en-

³¹ Escribe DWORKIN en manera esclarecedora a propósito de algunos principios explícitos: “Si dejara de parecer injusto permitir que la gente se beneficie de sus delitos, o ya no se considerase justo imponer responsabilidades especiales a los oligopolios que fabrican máquinas potencialmente peligrosas, estos principios dejarían de desempeñar un papel importante en los casos nuevos, aun cuando jamás hubieran sido derogados o rechazados. (De hecho, poco sentido tiene hablar de que principios como éstos sean “derogados” o “rechazados”, ya que cuando se suprimen es porque se desgastan, no porque se los impugne)” (ivi, p. 95).

³² Ivi, p. 154. Por supuesto, existen también diferencias fundamentales entre el Derecho y los juegos. Como afirma DWORKIN, “[a] diferencia de lo que sucede con el ajedrez, en la adjudicación de competencia el argumento *en favor* de una norma determinada puede ser más importante que el argumento que lleva *desde* esa norma al caso particular; y así como es probable que el árbitro de ajedrez que decide un caso apelando a una regla de la cual nadie ha oído hablar lo descalifiquen o lo den por loco, en el caso del juez lo más probable es que lo celebren en las clases magistrales de la facultad” (ivi, pp. 184-185).

tran en contacto con los valores y las necesidades de la vida social actual. Por otra parte, lo que a menudo diferencia los casos fáciles de los difíciles es solamente el grado de evolución cultural de una sociedad, es decir la fluctuación histórica de lo que en ella puede definirse “sentido común”.

5. ¿UNA ÚNICA RESPUESTA CORRECTA?

El cumplimiento de estas concepciones se halla en la doctrina de la única respuesta correcta, que es uno de los rasgos más peculiares y, en cierto sentido, de mayor originalidad en la obra de Dworkin.

Como ya se ha dicho, según él, es posible en abstracto enumerar todos los elementos jurídicos existentes: ideas generales sobre el Derecho, principios constitucionales, leyes positivas, precedentes judiciales y apremiantes objetivos públicos. Y, añade el jurista norteamericano, “[u]n estudio más completo de la práctica legal incluiría a [la actividad de] legisladores, policías, abogados de distrito, funcionarios de bienestar social, presidentes de consejos escolares, una gran variedad de otros funcionarios y personas como banqueros, empresarios y trabajadores sindicalistas, que no reciben el nombre de funcionarios públicos pero cuyas decisiones también afectan los derechos legales de sus conciudadanos”³³.

A partir de la síntesis de estos elementos pueden en teoría argumentarse una serie de soluciones. Pero solo una de ellas puede indicar plenamente lo que tiene que reconocerse como el Derecho efectivamente vigente en un determinado conjunto político y en un determinado período histórico. En *El imperio de la justicia*, que también incluye una larga confrontación con las teorías hermenéuticas de Hans-Georg Gadamer, se afirma que el Derecho tiene una esencia interpretativa. Por lo tanto, cobra vida en las sistematizaciones narrativas que los jueces construyen a partir de todo el material que pueden (y deben) tomar en consideración. Si estas narraciones, como ya hemos dicho, no pueden de ninguna manera aspirar a alcanzar una verdad de tipo lógico-racional, no se transforman por eso en cuentos sin ningún valor o solamente provistos de un valor estético.

En un célebre ensayo titulado precisamente ¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?³⁴, Dworkin nos proporciona un ejemplo esclarecedor. La búsqueda de la única solución correcta, él afirma, se parece

³³ R. DWORKIN, *El imperio de la justicia*, cit., p. 22.

³⁴ Vid. R. DWORKIN, “No Right Answer?”, *New York University Law Review*, LIII, núm. 1, 1978, pp. 1-32; en castellano, “¿Realmente no hay respuesta correcta en los casos difíciles?”,

a un hipotético juego literario sobre la novela *David Copperfield* de Charles Dickens. Se trata de un juego en que los participantes se ponen una serie de preguntas sobre el protagonista, a las cuales el autor no dio en el libro una respuesta clara. Esto porque para la estructura de la novela no retuvo necesario proporcionarles a ellas una respuesta; porque retuvo conveniente mantener un halo de misterio alrededor de ellas; para que los lectores se interrogaran autónomamente; o por cualquier otra razón. Es verdad que hay preguntas a las que no se puede dar una respuesta correcta, porque el libro carece de todo serio punto de apoyo argumentativo (por ejemplo, ¿qué tipo de sangre tiene David?). Pero hay también muchísimas preguntas (por ejemplo ¿David quiere verdaderamente a su madre?) que permiten la construcción de narraciones en competencia unas con otras, a partir de los acontecimientos expuestos en la novela. Y entre ellas puede elegirse la que parece tener el mayor número de argumentos en su favor³⁵.

Alguien podría ahora afirmar que Dworkin acaba dando la razón a aquellos positivistas que creen que en el Derecho hay casos que no pueden resolverse, como el relativo al tipo de sangre de David. Cuando ellos se encuentren, obligarían a los jueces a utilizar su plena discrecionalidad. Pero cabe notar que, si las informaciones que pueden extraerse de una novela o de la biografía de su autor son siempre relativamente reducidas, es al contrario raro que el material jurídico existente no proporcione ningún comienzo de una cadena argumentativa. Sin duda, “[I]a proposición según la cual cuando no se dispone de una norma clara se ha de ejercer la discreción, en el sentido de “juicio”, es una tautología”³⁶; pero, si bien “[e]s posible que el derecho no sea un sistema sin lagunas”, se le puede sin embargo pedir a un juez consciencioso que “lo trate como si lo fuera”³⁷.

en P. CASANOVAS/J.J. MORESO (comps.), *El ámbito de lo jurídico*, Crítica, Barcelona, 1994, pp. 475-512.

³⁵ Sin embargo, objeta Riccardo GUASTINI en la introducción a su traducción italiana del ensayo de Dworkin (“Soluzioni dubbie. Lacune e interpretazione secondo Dworkin. Con un’appendice bibliografica”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XIII, núm. 2, 1983, p. 454), la nueva versión de *David Copperfield* sería apócrifa, tal y como lo sería un sistema jurídico retrazado por unos jueces que recurran a principios no expresamente establecidos. Sobre las diferencias entre interpretación jurídica y literaria, véase S. SHPALL, “Dworkin’s Literary Analogy”, en D. PLUNKETT/S.J. SHAPIRO/K. TOH (eds.), *Dimensions of Normativity: New Essays on Metaethics and Jurisprudence*, Oxford University Press, Oxford, 2019, pp. 365-392.

³⁶ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 87.

³⁷ Ivi, p. 190. DWORKIN argumenta la cuestión en la manera siguiente: “[S]upongamos [...] que el sistema jurídico [...] esté muy avanzado y que rebose de reglas y prácticas

Por lo tanto, podemos preguntarnos: ¿Dworkin piensa realmente que es posible encontrar para cada caso jurídico una respuesta correcta, es decir tan adecuada que todas las demás deben considerarse erróneas?

Quizás es posible sostener una lectura semejante con respecto a *Justicia para erizos*, aunque la fórmula de la “única respuesta correcta” se haga en Dworkin con el tiempo cada vez más rara. Sin duda se rechaza aquí el objetivismo ético de los que piensan que existen partículas morales, que Dworkin llama irónicamente los “morones”. Él intenta asimismo “tomar en serio” la ley de Hume, según la cual no se puede sin mediación pasar de afirmaciones descriptivas a afirmaciones prescriptivas; lo cual significa que todos los razonamientos morales se mueven en un círculo lógico, porque no pueden más que partir de juicios igualmente morales. Pero esto no implica para Dworkin afirmar, como hace la mayoría de los intérpretes de la ley, que en los asuntos morales la verdad no existe, sino solamente que ella no puede tener un fundamento externo a la misma moral, aunque no pierda su estatuto de verdad. Hay, según Dworkin, valores que no pueden sino imponerse a la experiencia jurídica y política, y entonces sería relativamente fácil para los jueces concienzudos inspirarse en ellos al pronunciar sus sentencias.

Por supuesto, esto no quita que siga existiendo el problema ya subrayado del fundamento sobre todo emocional de estos valores³⁸.

constitucionales, de precedentes y de estatutos. La probabilidad antecedente de un empate [...] bien podría ser tan baja como para justificar una nueva regla fundamental de la empresa que prescriba a los jueces la eliminación de los empates de la gama de respuestas que podría ofrecer. Una instrucción tal no niega la posibilidad teórica de un empate, sino que supone que, dada la complejidad de los materiales jurídicos con que se cuenta, si lo meditan con calma y con tiempo, los jueces llegarán a pensar que, todo sopesado, una u otra de las partes tiene el mejor conjunto de razones alegadas. Esta nueva instrucción será racional si la probabilidad antecedente de error en una decisión judicial parece mayor que la probabilidad antecedente de que algún caso sea, de hecho, un empate, y si hay ventajas de finalidad u otras ventajas políticas que se puedan obtener negando la posibilidad de casos de empate en el derecho. Naturalmente, la instrucción no será racional, sino absurda, si el sistema jurídico no ofrece la complejidad suficiente para justificar semejante cálculo de las posibilidades antecedentes” (ivi, p. 406).

³⁸ *Justicia para erizos*, que no se ocupa principalmente de Derecho, contiene en general partes muy interesantes, como la crítica al escepticismo moral o la discusión sobre el problema del libre albedrío. Pero hablar de esos asuntos tendría sentido, en nuestro trabajo, solo si no hubiesemos ya declarado menos concluyente el esfuerzo de Dworkin de proporcionar un fundamento a los valores. Este fracaso se repercute al contrario también en la (no clarísima) doctrina expresada en el capítulo XIX (cit., pp. 485-505), en que Dworkin indica una aún más estricta convergencia de Derecho y moral como objetivo de su definitiva doctrina

Diferente es el discurso desarrollado en las obras de los años 70 y 80, en que Dworkin se enfrenta a dos problemas. El primero se refiere a la posibilidad que un juez de carne y hueso pueda realmente encontrar todo el material jurídico existente para cada uno de los casos de que se ocupa, y pueda realizar una construcción argumentativa para encontrar su única justificación posible. Como dice el propio Dworkin, “[s]i nos limitamos a designar nuestra regla de reconocimiento con la frase “el conjunto completo de principios en vigor”, a lo único que llegamos es a la tautología según de que el derecho es el derecho. Si, en cambio, intentáramos efectivamente enumerar todos los principios en vigor, fracasaríamos. Los principios son discutibles, su peso es importante, son innumerables, y varían y cambian con tal rapidez que el comienzo de nuestra lista estaría anticuado antes de que hubiésemos llegado a mitad”³⁹. No es causalidad que Dworkin llame Hércules al único juez capaz de cumplir un trabajo similar, porque los jueces normales son como mucho capaces de averiguar plena y escrupulosamente solo vertientes reducidas de los casos que se les someten⁴⁰.

En cambio, el segundo problema, mucho más fundamental, se conecta con la exclusión de todo procedimiento lógico de decisión en el Derecho. Si se rechaza, en efecto, un criterio común, como el de razón, para distinguir entre alegaciones jurídicas verdaderas y falsas, debería encontrarse un criterio alternativo; pero Dworkin no lo indica de manera adecuada. Él mismo reconoce que deben excluirse los criterios estrictamente matemáticos, como el conteo del número de precedentes que las diferentes soluciones alternativas respetan o rechazan. Estos criterios no son satisfactorios, también porque es imposible encontrar su fundamento. Los criterios alegados tienen que ser cualitativos, es decir tienen que referirse al peso de los principios, y no cuantitativos, lo que significaría mecánicos. Y, sin embargo, la calidad sufre del relativismo interpretativo que aquí se intenta superar.

jurídica (una crítica de estas páginas se halla en L.G. SAGER, “Putting Law in Its Place”, en W. WALUCHOW/S. SCIARAFFA [eds.], *The Legacy of Ronald Dworkin*, Oxford University Press, Oxford, 2016, pp. 117-129; véase también A. POLICAR, “La connaissance morale selon Ronald Dworkin. Le réalisme en question”, *Raison publique*, XX, núm. 1, 2016, pp. 257-269).

³⁹ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., p. 99.

⁴⁰ Correctamente nota Robert ALEXI que, en sentido estricto, “una única respuesta correcta para cada caso sólo podría admitirse recurriendo a cinco idealizaciones, a saber: 1) tiempo ilimitado, 2) información ilimitada, 3) claridad lingüística conceptual ilimitada, 4) capacidad y disposición ilimitada para el cambio de roles y 5) carencia de prejuicios ilimitada” (“Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5, 1988, p. 151).

Entonces, puesto que el propio Dworkin parece consciente de los límites de su teoría, podemos ahora preguntarnos qué lugar tiene la doctrina de la única respuesta correcta en la construcción filosófica del jurista norteamericano; y también si pueden justificarse las críticas que ella deja surgir.

Para el valor abstracto de la teoría no parece tan importante saber dónde se esconde el juez Hércules. En cambio la falta de un criterio común para evaluar su trabajo y para reconocer su incuestionable superioridad profesional relega esta doctrina a poco más que a un cumplimiento retórico de la interpretación argumentativa del Derecho. Y se puede también ser indulgentes con Dworkin por utilizar el recurso dialéctico de enunciarla con términos de sentido absoluto, escondiendo su ineludible fondo de relatividad⁴¹. La única solución correcta podría declinarse, en su caso, o como la más convincente para los jueces más conscienciosos y meticulosos, o como la capaz de eludir la mayor cantidad de objeciones, o como la capaz hasta ahora de debilitar todas las demás (según un procedimiento popperiano de falsificación), o lo que sea⁴².

Dicho esto, hay también otra posible interpretación, que sin embargo es interesante poner de relieve. Llamar Hércules al único juez capaz del inventario del material para la resolución adecuada de los casos jurídicos implica transformar esta resolución en una idea regulativa de tipo kantiano. Esto significaría postular, más allá de toda posibilidad de realización empírica, la existencia de una esencia objetiva del Derecho como horizonte unitario, síntesis y posible justificación de todos los hechos jurídicos. Para el Kant de la *Crítica de la razón pura*, y precisamente de la parte denominada *Dialéctica*

⁴¹ Comprender esto significa, en nuestra opinión, no poder dar la razón a GUASTINI, cuando afirma que “Dworkin participa sin reconocerlo en el viejo y agotado dogma de la coherencia del Derecho” (*Soluzioni dubbie*, cit., p. 455).

⁴² Aunque criticando a Dworkin, ofrece una lectura análoga el académico finlandés Aulis AARNIO en su artículo en castellano “La tesis de la única respuesta correcta y el principio regulativo del razonamiento jurídico”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 8, 1990, pp. 23-39. De todas maneras, pone de relieve SCHIAVELLO, en *Diritto come integrità*, cit., pp. 228-244, ya en *El imperio de la justicia* Dworkin abandona la *one right answer thesis* como dispositivo de enfrentamiento radical con el positivismo y su teoría de la discreción judicial en favor de una visión más moderada. Además, no se puede negar que de vez en cuando Dworkin acaba por trivializar excesivamente su teoría; por ejemplo, en su refutación de la crítica de Richard Rorty, al decir que la prueba de la exactitud de la doctrina de la única respuesta correcta se halla en el hecho de que mucha gente piensa tener la solución mejor a algunos casos jurídicos (cfr. R. DWORKIN, *La justicia con toga*, cit., pp. 52-53). Como nosotros, Rorty acusa a Dworkin de ser un metafísico según el cual existe “allá afuera (*out there*)” un mundo objetivo de valores; y a Dworkin no se le ocurre nada mejor que diluir así su teoría.

transcendental, esto sería también un llamamiento moral a la razón teórica para que salga de sus límites y se abra a la experiencia práctica⁴³.

Sin duda, una interpretación similar parece particularmente adecuada para el Dworkin que “coquetea” con el Derecho natural a través del principio de igualdad de respeto y consideración. Como este, también los principios kantianos, por constitución y estructura, solo pueden ser universales y expresan un criterio exclusivamente formal y procedimental⁴⁴. Y, en este sentido, el horizonte transcendental, hacia el que se orienta toda la experiencia jurídica, quizá pueda describirse, en los términos de Rudolf Stammler, uno de los neokantianos de Marburgo, como el del Derecho justo (*richtiges Recht*).

No obstante, una interpretación semejante ni siquiera está fuera de lugar en una concepción que, como la nuestra, intenta poner de relieve las vertientes positivistas y realistas, sobre todo en el sentido de empíricas, de la obra de Dworkin.

⁴³ En este sentido, no consideramos del todo exacta la aclaración de ALEXY, según el cual «[l]a idea regulativa de la única respuesta correcta no presupone que exista para cada caso una única respuesta correcta. Sólo presupone que en algunos casos se puede dar una única respuesta correcta y que no se sabe en qué casos es así, de manera que vale la pena procurar encontrar en cada caso la única respuesta correcta» (“Sistemas jurídicos, principios jurídicos y razón práctica”, cit. p. 151). Por el contrario, en nuestra opinión, la doctrina de la única respuesta correcta presupone que se puede declarar su inexistencia solamente en los casos en que ni siquiera hay elementos jurídicos básicos para analizar y para extraerla. En los demás casos ella existe, aunque jamás nadie la encuentre; porque encontrarla “allá afuera” es estructuralmente imposible, mejor inconcebible, como lo sería encontrar las ideas kantianas de la razón. Julie ALLARD, en “Dworkin est-il kantien?”, en A. POLICAR (ed.), *Ronald Dworkin, l’empire des valeurs*, Classiques Garnier, Paris, 2017, pp. 191-206, entiende esta vertiente en manera semejante. No obstante, prefiere explicar la similitud entre Dworkin y Kant refiriéndose a los juicios reflectantes, estéticos y teleológicos, del que se habla en la *Crítica de la facultad de juzgar*. Como en el juicio estético, en Dworkin, «no es el contenido de los principios que al juez le serviría, sino la referencia a los principios, el ponerse a su nivel, que le permitiría decidir entre diversas interpretaciones de la misma regla jurídica. Esto es kantiano, porque en Kant universal es el principio de la facultad de juzgar, no su contenido. Lo importante es que reconozcáis mi pretensión a la universalidad, no la verdadera universalidad de mi juicio» (ivi, p. 205). En cambio, añade la autora, otras características acercan la doctrina de Dworkin al concepto de juicio teleológico: «el objetivo de coherencia que Dworkin atribuye a los juicios, la pretensión del juez de pensar en el Derecho como en un todo, obra de un único autor, y de incluir en él su decisión». El juez «está obligado a hacer *como si* el Derecho fuera un sistema, *como si* el Derecho fuera justo, *como si* él fuera Hercules, etc.» (ivi, p. 206 n).

⁴⁴ Como se ha dicho *supra*, nota 20, citando las palabras de Dworkin, la consecución de la igualdad de respeto y consideración no aparece como algo actual, sino como “caso límite”. Y el objetivismo moral de *Justicia para erizos* está también imbuido de semejantes significados aspiracionales.

En efecto, empírica es una doctrina interpretativa del Derecho en la medida en que implica que los asuntos jurídicos pueden discutirse solamente desde el punto de vista de los que participan en ellos; entonces, no desde el punto de vista externo y neutral de los sociólogos o de los antropólogos, y tampoco de los filósofos. Supongamos, Dworkin afirma, que podemos persuadir a un filósofo para estudiar Derecho y convertirse en juez. Luego le encargamos de la decisión de algunos casos concretos. Pues bien, él podría afirmar “que aunque tiene esas creencias, las tiene solamente porque ha recibido una formación jurídica y se ha incorporado por consiguiente a un grupo cuyos miembros, en virtud de dicha formación, participan en un mismo mito”. Él podría asimismo negar “que un observador independiente, que no fuera a su vez participante en el grupo, pudiera decidir, por lo menos en los casos controvertibles, que las teorías y juicios de uno de los participantes fueran superiores a las de otro. Pero, ¿a qué alude aquí la idea de un observador independiente? Si alude a alguien que no ha tenido formación jurídica, no es sorprendente, pero tampoco viene al caso, que un observador tal sea incompetente para formarse opiniones sobre lo que hacen los participantes”⁴⁵.

Entonces, una doctrina interpretativa del Derecho significa para Dworkin una investigación sobre las argumentaciones que sus protagonistas, sea cual sea su papel en la sociedad, desarrollan en el momento en que actúan jurídicamente. Sin duda Dworkin rechaza un análisis del Derecho en los términos de la lógica tradicional, y ni siquiera se interesa de cuestiones de lógica deóntica. Pero su teoría no parece excluir la existencia de una lógica peculiar del Derecho, o mejor la existencia de tantas lógicas argumentativas cuantas son las situaciones jurídicas que pueden analizarse. Si el Derecho empírico no es más que un conjunto fragmentario de hechos de diferente naturaleza, el horizonte regulativo de la única respuesta correcta puede constituir para cada ordenamiento solo una esperanza inmanente: la de encontrar sistemas argumentativos siempre más sofisticados, o tal vez nuevos lenguajes jurídicos, para alcanzar una siempre mayor unidad y para hacer las sentencias de los tribunales siempre más previsibles y consistentes. Lo cual tal vez implicaría una nueva lectura de Dworkin, que aquí no se puede obviamente desarrollar, a la luz de las teorías de la argumentación del último siglo.

También en este caso, no es todo lo que Dworkin quería encontrar, pero pudiera todavía ser mucho.

⁴⁵ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 402-403.

6. EL DERECHO INJUSTO

Sin embargo, una cuestión delicada, que ya hemos en parte analizado, vuelve aquí a presentarse. Es la de la posición que Dworkin toma a propósito del Derecho injusto o incluso criminal, como por ejemplo el nacionalsocialista o el de del régimen de *apartheid* en Sudáfrica. La pregunta no puede más que tener este tenor: ¿existen principios nazis o principios del régimen de *apartheid*? Y en la doctrina de Dworkin esto significa: si un ordenamiento se inspira explícitamente a estos principios, quizás en una constitución escrita, ¿sus jueces podrían encontrar la única respuesta correcta solo respetándolos y aplicándolos? Dicho aún más claramente: ¿es posible que en semejantes ordenamientos en la mayoría de los casos la búsqueda de la única respuesta correcta pueda solo producir sentencias que discriminan a los judíos o a los negros en favor de los arios o de los blancos?⁴⁶

También en este caso, la solución depende de la interpretación del Derecho de la que se parte. Si se parte de una perspectiva realista en sentido amplio, la solución no puede que ser positiva; mientras que si se piensa que el Derecho tiene necesariamente que inspirarse en el principio de igual respeto y consideración para todos los individuos, dentro y fuera del ordenamiento, la solución no puede más que ser negativa. La segunda, como ya hemos dicho, es la posición que Dworkin toma en los ensayos de política del Derecho contenidos en *Los derechos en serio*. En este libro la distinción entre principios y políticas, que suena ya bastante instrumental y que nunca el autor aclara suficientemente, acaba por comprimirse entre aquella otra constituida por los derechos individuales y los fines de la comunidad; como si no fuera posible la existencia también de principios de valor comunitario.

Para discutir esta posición, es suficiente, por ejemplo, imaginar un ordenamiento en que las leyes escritas, quizás también las constitucionales, y la mayoría de los precedentes judiciales muestren unidad determinando una particular ideología de Estado. Esta ideología podría estar inspirada en valores weberianamente “irracionales” como la gloria nacional o la superioridad racial, o bien a valores más “racionales” como la fuerza militar o la eficiencia económica. Asimismo se puede imaginar un sistema formado por una cons-

⁴⁶ Como nos recuerda David DYZENHAUS en “Dworkin and Unjust Law”, en W. WALUCHOW/S. SCIARAFFA (eds.), *The Legacy of Ronald Dworkin*, cit., p. 133, este es el razonamiento que hizo el jurista sudafricano y seguidor del interpretativismo dworkiniano Raymond Wacks, cuando alentó a los jueces liberales de su país para que dimitieran en lugar de resignarse a su única otra posibilidad: aplicar un Derecho injusto.

titución, leyes ordinarias y precedentes que no sea unívoco al determinar los valores nacionales, pero que se inscriba en una sociedad, y por lo tanto también en un conjunto de jueces y tribunales, que se reconocen en una ética social racista o economicista. Y es interesante notar que el primer caso parece ser el de los Estados Unidos en algunos períodos de su historia. De todas maneras, no se comprende teóricamente por qué en estos casos la consecución de la supremacía de los blancos frente a los negros, o bien, para detenerse al ejemplo del propio Dworkin, el reconocimiento en una sociedad capitalista del hecho de que la vida de un banquero vale más de la de un obrero, tengan que llamarse como mucho políticas, mientras el respeto de la vida y de la igualdad de cada cual puedan ambir al nombre más halagador de principios.

Dworkin, refiriéndose precisamente a la experiencia del nacionalsocialismo y del régimen de *apartheid*, afirma que “hay casos reales en que el derecho institucional [...] entra claramente en conflicto con los derechos morales básicos”⁴⁷; y, como haría cualquier partidario del Derecho natural, sostiene que los segundos entran en el cálculo de los derechos jurídicos que las personas pueden asumir, cuando los materiales jurídicos ordinarios ofrezcan una conducción insegura. Además, unas líneas después él añade que “el derecho institucional proporciona una razón auténtica –cuya importancia variará con la justicia o la injusticia general del sistema en su totalidad– para decidir de una manera, pero hay ciertas consideraciones morales que constituyen una razón importante en su contra”⁴⁸. Basándose en esto, se niega la distinción positivista entre Derecho y moral, y se intenta argumentar platónicamente la conveniencia de una noble mentira por parte de los jueces para esconder el conflicto⁴⁹.

Pero, en nuestra opinión, más que enredarse en explicaciones problemáticas, resultaría más lineal perseverar en la individuación de una lógica peculiar

⁴⁷ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, cit., pp. 450-451.

⁴⁸ Ivi, p. 451. Estas palabras, cabe notar, se hallan en la parte de la *Réplica a los críticos* dedicada a las tesis de Greenawalt.

⁴⁹ Cfr. ivi, p. 468. Pese a esto, cabe señalar, que en la página siguiente DWORKIN ya vuelve a aumentar la confusión, afirmando *ex abrupto* que “el hecho de que los principios jurídicos deban ser principios morales [...] podría, en ciertas circunstancias, excluir los argumentos que defienden los supuestos principios en sistemas jurídicos perversos. Pero no debo confiar demasiado en el poder de atracción del concepto de principio moral. No hay ningún análisis convincente de ese concepto que asegure que el principio de que los negros son menos dignos de consideración que los blancos pueda ser rechazado considerando que no es en modo alguno un principio” (ivi, p. 469). Desagradablemente, ya lo hemos dicho, nunca se puede esperar en las páginas de Dworkin de leer siquiera un intento de resolución de estas contradicciones.

del Derecho. En este sentido, junto a Hart en su oposición al presunto Derecho suprallegal del que habla el último Radbruch, se puede reconocer explícitamente la esencia necesariamente no jurídica de una legítima desobediencia al Derecho injusto. Nadie, menos aún desde una perspectiva realista, afirma que el Derecho tiene siempre que ser respetado; más bien, como es sabido, esto implicaría asumir la perspectiva que Norberto Bobbio llamó “positivismo ideológico” y que se puede explicar como una forma particular de Derecho natural⁵⁰.

En el *Imperio de la justicia* la cuestión, en cambio, se aborda desde otro punto de vista y con una actitud aparentemente más realista. La pregunta sobre si la Alemania nazi tenía un Derecho, afirma ahora Dworkin, debe responderse afirmativamente si no queremos determinar en detalle lo que es el Derecho –es decir, si huimos de lo que él denomina “aguijón semántico (*semantic sting*)”– y, como en el caso de las reglas del juego, nos referimos a los principios generalísimos que estructuraron cada experiencia jurídica en la historia. Desde un punto de vista interpretativo, por el contrario, la respuesta depende del concepto de Derecho que los intérpretes adopten en sus estipulaciones, aunque a menudo con una actitud crítica. Dworkin supone también la existencia de un juez de un ordinamiento con características criminales, que llama con el nombre alemán de Sigfrido. Con respecto a él, afirma Dworkin, podríamos eludir la cuestión ética, preguntándonos cómo posiblemente actuará, en vez de preguntarnos cómo debiera actuar. Así nos interrogaríamos también en su caso sobre los principios que él tiene que utilizar y sobre cómo podría alcanzar su única respuesta correcta. Pero no puede pasar aquí inadvertido, aunque Dworkin no lo diga expresamente, que Sigfrido parece ser de cabo a rabo igual que Hércules.

Sin embargo, a esta interpretación prometedoras no se da curso. También en estos breves comentarios, si bien con énfasis menor, el autor vuelve enseñada a la cuestión del ineludible contenido ético del Derecho.

7. CONCLUSIONES

En todo caso, queremos llegar a la conclusión analizando el problema del Derecho injusto en relación con las críticas anteriormente contrapuestas a la teoría de Dworkin.

⁵⁰ Cfr. N. BOBBIO, “Aspetti del positivismo giuridico”, en *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Edizioni di Comunità, Milano, 1965, pp. 110-112.

En primer lugar, cabe señalar que Dworkin una vez más no deja de incrementar la confusión sobre los límites de aplicación histórica de sus estructuras especulativas. Para reducir, como dice, la emoción generalmente relacionada a los discursos sobre el nacionalsocialismo o el *apartheid*, él propone que se consideren cuestiones lejanas en el pasado, como la de un juez romano que tuviese que decidir un caso de esclavitud. En una obra que, a diferencia de las precedentes, quiere ser más sistemática, sería menester con mayor razón aclarar los fundamentos teóricos de los que el autor tenía intención de partir. Pero Dworkin, como en otros lugares, le deja al intérprete las dificultades de este papel.

En segundo lugar, vuelve a presentarse en otra perspectiva la cuestión de la esencia descriptiva o prescriptiva de las posiciones de Dworkin. Hemos dicho anteriormente que una posición media en la alternativa tendría el efecto positivo de balancear la conciencia de lo que los jueces hacen más frecuentemente de lo que se cree con el reconocimiento de la conveniencia de que lo hagan. De esta manera el Derecho gozaría como mínimo de mayor estabilidad empírica. Pero, frente al Derecho injusto, solo la primera parte en determinadas condiciones puede ser verdadera, mientras la segunda se vuelve infinitamente más problemática. Por supuesto, tampoco en una perspectiva realista, tendría sentido cambiar una mayor coherencia en el examen de la realidad jurídica por la vigencia de un sistema que, al menos en determinadas latitudes, está en conflicto con las opiniones éticas más profundas de la mayoría de los expertos de Derecho.

Resumamos por fin todo el trayecto de nuestra discusión.

El asunto del Derecho injusto acaba por subrayar de manera aún más esclarecedora la aporía fundamental que afecta la obra de Dworkin. Como ya hemos visto, si la interpretamos desde el punto de vista del Derecho natural, ella presenta problemas tanto por el lado de la coherencia como por el de la complejidad. En cambio, si, como hemos intentado hacer, la leemos como un positivismo *sui generis*, esta doctrina tiene el mérito de considerar con mayor atención la vertiente material y contingente de la experiencia jurídica. Pero a este mérito no le corresponde siempre una reconstrucción de la actuación efectiva de los jueces (de la cual, en realidad, tampoco se interesa el Derecho natural) ni siquiera de la manera en que sería bueno que actuaran.

No obstante, seguimos juzgando más prometedora esta segunda interpretación. Ella nos aparece fundamental para describir el tenor de los llamamientos que los juristas a menudo dirigen a los jueces para que den a

sus sentencias un sentido más cercano a la complejidad de las experiencias jurídicas particulares. Por supuesto, no se nos escapa que eso puede ocurrir constantemente solo cuando los expertos en Derecho no tengan motivos de repulsión bastante poderosos con respecto a lo que creen ser el Derecho vigente. En cuyo caso, se repite, más allá de ese reconocimiento de la realidad jurídica puede haber solamente un llamamiento no jurídico, en tanto que inspirado en valores no jurídicos, a pasar por alto el Derecho vigente.

De esta manera, llegamos asimismo a subrayar la evidente proximidad de estas doctrinas, al menos por como hemos intentado interpretarlas, con muchos rasgos fundamentales del postivismo de Hart. El mismo Hart, por otra parte, se dio cuenta de eso en el *Post scriptum* a *El concepto de derecho*. Pero creemos que Dworkin, por las motivaciones que hemos intentado aclarar, podría justificadamente reivindicar frente al filósofo inglés una visión más compleja del sentido material y empírico del Derecho.

Sin duda, esto no es todo, y alguien podría legítimamente sostener que ni siquiera es mucho. Sin embargo, quizás se puede también afirmar, conforme a nuestro intento, que esta reconstrucción ha sido como mínimo capaz de preservar la fecundidad y la originalidad de algunas partes de la doctrina de Dworkin.

GIORGIO RIDOLFI

Università di Pisa

Dipartimento di Giurisprudenza

Piazza dei Cavalieri 2, 56126, Pisa

e-mail: giorgio.ridolfi@unipi.it

**AMNISTÍAS Y DERECHO INTERNACIONAL
EN PERSPECTIVA HISTÓRICA:
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS VS. HUGO GROCIO**

*AMNISTIES AND INTERNATIONAL LAW FROM AN HISTORICAL
PERSPECTIVE: BARTOLOMÉ DE LAS CASAS V. HUGO GROCIO*

VÍCTOR M. SÁNCHEZ
Universitat Oberta de Catalunya

Fecha de recepción: 3-7-19

Fecha de aceptación: 12-2-20

Resumen: *Toda amnistía genera un conflicto de valores de difícil solución. ¿Cuál es el “bien” a priorizar en las circunstancias que facilitan la propuesta de amnistías? ¿Castigar penalmente los ilícitos más graves u ofrecer puentes de plata que faciliten la paz a costa de la obligación de castigo? En el pensamiento occidental hubo un momento crítico en la racionalización de la ‘validez’ filosófico-jurídica de esta figura. Las Casas formuló la primera teorización sobre la validez limitada de las amnistías a partir de su teoría del ‘pacto social’. Un siglo después Grocio respondió con la teoría del ‘dominio eminente’ del soberano que propugnaba la validez de cualquier amnistía fijada en tratados por razón de su utilidad pública. La postura grociana se impuso hasta finales del s. XX.*

Abstract: *Any amnesty generates a conflict of values that is difficult to solve. What is the “good” to prioritize in the circumstances that facilitate the proposal of amnesties? Punishing the most serious crimes or to easy the restoration of peace at the expense of the obligation of punishment? In Thought history there was a critical moment in the rationalization of the philosophical-legal ‘validity’ of the amnesty. Las Casas formulated the first theory about the conditional validity of amnesties based on his theory of the ‘social pact’. A century later Grotius responded with the ‘eminent domain’ theory of the sovereign who affirmed the validity of any amnesty fixed in treaties because of its public utility. The grotian position prevailed until the end of s. XX.*

Palabras clave: amnistía, pacto social, dominio eminente, Derecho internacional
Keywords: amnesty, social pact, eminent domain, international Law

1. INTRODUCCIÓN

Los ss. XVI y XVII marcan el primer momento en que dos juristas sostienen una controversia sobre la validez de las amnistías de la época. Sus efectos, en apariencia, se podían extender tanto a amnistías internas como internacionales. Las voces de Las Casas y Grocio son opuestas en un aspecto teórico nuclear previo que afecta a sus conclusiones. Las Casas es un *contractualista* de raíz católica que sitúa el origen del poder soberano en el consentimiento del pueblo y limita el alcance de las potestades soberanas. En contraste, el protestante Grocio, pluralista, justifica y acepta modos *no contractualistas* de legitimar el origen de la soberanía y expande las manifestaciones de la *summa potestas*. Estos modos discrepantes de entender el origen de la soberanía condujeron a otras contraposiciones. Donde se apartan más sus posiciones es donde la soberanía se exhibe con mayor desnudez: la facultad para establecer que lo que una ley prohibía debía permanecer impune. Evidentemente, dicha controversia jurídico-moral sólo tuvo lugar en el plano intelectual; Las Casas murió en 1566; Grocio nació en 1583. Pero aunque no cite a Las Casas, la forma de abordar la soberanía en el de Delft sugiere que debió leer sus escritos. Entender las claves de la disputa obliga a hacer diversas aproximaciones históricas. Primero, a describir momentos muy anteriores en los que ya se había manifestado o regulado la potestad pública de adoptar amnistías. Segundo, a detallar qué tipo de amnistías formaban parte de la praxis en la época de ambos. Analizadas las respectivas teorías siempre cabe preguntarse en qué medida sus ideas aportan algo de luz al debate actual sobre la validez de las amnistías.

2. PERSPECTIVA HISTÓRICA: PAZ Y AMNISTÍA

2.1. III-I Milenio a. C.: de la Edad de Bronce al Mundo Grecorromano

La concesión de amnistías es antiquísima. En derecho interno se remonta al primer registro escrito de normas políticas, las *Leyes* de URU-KA-gina (2380 a. C.) del Reino de Lagash (Mesopotamia): «para los ciudadanos de Lagash (...) el ladrón, el asesino– él los sacó de la prisión y estableció su libertad»¹. En el derecho internacional también se recoge una amnistía en el primer tratado de paz bien documentado de

¹ Texto en D. FRAYNE, *Pre-Sargonic Period (2700-2350 BC)*, *Royal Inscriptions of Mesopotamia, Early Periods Volume 1*, Toronto, Buffalo y Londres, 2004, column 12-22, p. 264. Al respecto, V. M. SÁNCHEZ, *Migraciones, refugiados y amnistía en el derecho internacional del Antiguo Oriente Medio*, II Milenio a. C., Tecnos, 2016.

la Historia, el *Tratado de Qadesh* (1259 a. C.)². Hay así algo fundacional en la aprobación de amnistías. En el siguiente milenio, dentro del mundo grecorromano es posible identificar decenas de amnistías de una u otra naturaleza o alcance. La más famosa es la Atenas del 403 a. C. en la que, dentro del *synthéke* que daba fin a su guerra civil se puso en vigor una amnistía³. El rasgo descollante de las amnistías atenienses es su aprobación por medio de actos legislativos de la Asamblea, los ‘pséphismata’. Roma también aprobaría, siguiendo el ejemplo ateniense⁴, amnistías o perdones tanto en sus guerras civiles como en las libradas en el exterior⁵. Un botón de muestra sería la *Lex Plautia de reditu Lepidanorum* (70 a. C.) que permitió regresar a Roma a los proscritos de la guerra civil del bando perdedor liderado por Lépido y Sertorio⁶. La facultad de aprobar amnistías se reconoce en el *Corpus Iuris Civilis* (529 d. C.)⁷ a todos los órganos que ejercieron los máximos poderes en Roma bajo uno u otro régimen político. Al Emperador se le habilita el ejercicio de “todo el imperio y potestad” para otorgar beneficios o derechos especiales a personas en concreto (*Instituta* 1, 2, 6) inclusive los que emanen de su ‘divina indulgentia’ (*Digesto* I IV 3). En *Cod. Iust.* IX 23, 5 se hace una referencia explícita a la capacidad de la ley –aprobada por pueblo– o de los senadocunsultos –leyes aprobadas por el Senado–⁸ de establecer amnistías: “Cum lex in praetorium quid indulgent, in futurum vetat”. La característica más destacable del modelo romano es el ligamen claro de esta facultad a la soberanía, fuere quién fuere quien la ostentara. Quien ejerce el imperio ostenta la potestad máxima de *condere lege*, y aunque creaba leyes ordinarias para enjuiciar hechos futuros podía también legislar sobre los hechos del pasado eliminando los efectos de leyes previas. Otro rasgo interesante del derecho romano es que no desarrolló normas *ex ante* que circunscribieran de alguna forma la concesión de amnistías. Era la manifestación más extrema

² H. GENZ y D. MIELKE, *Insights into Hittite History and Archaeology*, *Colloquia Antiqua*, Meeters, 2011, p. 318; K. HORST, “From War to Eternal Peace: Ramesses II and Khattushili III”, *Canadian Society for Mesopotamian Studies*, n° 37, 2002, p. 52.; H. BREASTED, *Ancient records of Egypt*, vol. III, 1906, §§ 370-91; G. BECHMAN, *Hittite diplomatic texts*, Atalanta, 1996, p. 94.

³ ARISTÓTELES, *Constitución de los atenienses*, Gredos, 1984, p. 40. Sobre la primera amnistía de Atenas, V. M. SÁNCHEZ, *Amnistía imperio del derecho y exilio en el Arcontado de Solon* (594 a. C.), Tecnos 2018.

⁴ M. T. CICERONIS, *M. Antonium oratio Philippica Prima*, en <http://www.thelatinlibrary.com/cicero/phil.shtml>

⁵ *Enciclopedia Moderna de España*, Fr. P. MELLADO, Madrid, vol II, 1851, columnas 377-378.

⁶ J. ALISON, *Rome after Sulla*, Bloomsbury Academic, 2019, p. 84.

⁷ I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano*, Barcelona, 1889.

⁸ *Digesto* I, III, 22.

de la capacidad legislativa, no condicionada e inscrita en el imperio como elemento consustancial.

3. EDAD MEDIA: EL DERECHO GODO-ESPAÑOL

En la traducción del *Digesto* de García del Corral (1889), la ‘indulgentia’ romana fue traducida por la expresión ‘perdón’. No es necesariamente lo mismo. El origen etimológico del término en latín es incierto, pero la traducción es significativa; consolida una entremezcla de categorías jurídicas clásicas con otras de la moral cristiana que fueron introducidas durante el Imperio romano tardío y continuaron presentes en el derecho godo medieval asimismo impregnado de la religión dominante. Su plasmación jurídica más significativa figura en el *Liber Iudiciorum* (654)⁹, luego traducido al español en el Reino de Castilla para su aplicación en los juicios como *Fuero Juzgo* (1241)¹⁰. La labor unificadora del derecho de Castilla fue continuada más tarde por Alfonso X con la promulgación de las *Siete Partidas* (1265). Tanto el *Liber/Fuero* como las *Partidas* recogieron disposiciones relativas a la amnistía –o figuras similares– generando marcos normativos abstractos que delimitaron por primera vez ese poder soberano tan extraordinario. Tres aspectos son relevantes de todos estos textos medievales a estos efectos dado que se relacionan dogmáticamente: la cuestión del *origen* del poder político máximo; sus *límites*; y la propia de la *regulación* de la amnistía.

3.1. *Liber Iudiciorum* (654) y *Fuero Juzgo* (1241)

Origen. El *Liber/Fuero* recoge en el *Primus Titulus* II una de las grandes cuestiones de la Teoría política señalada en el rótulo, “De electione principum”; cómo se escoge al primero en la *pólis*. Los reyes, en esta tradición, no reciben sus atribuciones públicas de Dios, ni del Emperador –al que igualan en poder en su territorio–, sino mediante un pacto social amplio: “cum conventu pontificum majorunquē palatii *vel* populi omninmodo *eligantur assensu*”. La misma regla, con ligeros matices, se recibe en el *Fuero*. De su lectura simple se extrae una conclusión: en el derecho español alto medieval y hasta el s. XIII, no hay asomo de forma divinizante de la traslación de los poderes

⁹ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Fuero Juzgo en latín y castellano*, Madrid, Ibarra, 1815.

¹⁰ A. IGLESIAS, *La creación del Derecho. Una Historia del Derecho Español*, 2, Barcelona, Signo, 1988, p. 260-262.

máximos al Rey. La *translatio iurisdictiones* se sustancia a través de la aprobación ('assensu') de todas las fuerzas sociales concurrentes, obispos, aristócratas y *pueblo*. ¿Y qué pasaba cuando el rey moría? La regla VIII del *Primer Título* rechazaba el carácter hereditario de la *summa potestas* y fijaba condiciones para la elección del nuevo rey: debía ser del linaje de los godos "et fillo dalgo et noble, et digno de costumbres" y se volvía a la regla del "otorgamiento de los obispos, et de los godos mayores, et de todo el poblo". El pacto no era a perpetuidad, no creaba una suerte de derecho del soberano que trasladaba como propiedad, sino que debía ser renovado "quando el rey more" mediante otro proceso de elección que reflejara de nuevo la aceptación del candidato por todas las fuerzas sociales.

Límites. Ambos textos son fecundos también en la fijación de límites al poder máximo del Rey. En el Libro II Título I, II, emerge otra norma bajo el rótulo *Quod tam regia potestas, quan et populorum universitas legum reverentiae sit subjecta*, es decir, el Imperio del Derecho. El título en el *Fuero* es más breve aunque fiel al original "Que el rey é los pueblos *deven ser sometidos a las leyes*". El *Nómos basileus* griego. Este sí era en principio un mandato divino. En la versión del *Fuero*:

"Nuestro sennor ... manda guardar iustitia en la santa ley á todos ... damos leyes en semble pora nos, é pora nuestros sometidos á que obedezcamos nos, é todos los regyes que vinieren despues de nos, é tod el pueblo que es de nuestro regno generalmente".

Así en el derecho de los tiempos del "rey d'España et de Francia", la potestad soberana, a) emanaba, de modo ascendente, del consentimiento clerical, aristocrático y popular; y b) el papel del Hacedor de todas las cosas en estas cuestiones no era investir al Rey de sus poderes sino ordenarle "guardar iustitia" en un sentido claro: obedecer él y hacer cumplir a otros las leyes del Reino.

Amnistía. Los mismos textos muestran una regulación de la amnistía novedosa y compleja. Se aleja de la impronta romana y permite ver su relación con la teoría política inspiradora. Determinan dos planos normativos de la figura, uno sustantivo y otro procedimental. Se configura en la Ley VI, *De servanda Principibus potestate parcendi*, Título I, Libro 6 del *Liber -Fuero* en Ley VII, Título I, Libro 6, *De la piedad de los príncipes-*. La traducción al castellano está otra vez trascendida por dogmas cristianos; sería más fiel *De la potestad reservada a los Príncipes para ahorrar la pena*:

“Quando á nos ruegan por algun omne que es culpado de algun pecado contra nos, bien queremos oyr á los que nos ruegan, é guardamos por nuestro poder de aver les merced. Mas si algun omne fizo algun malfecho contra muerte de rey ó contra la tierra, non queremos que ninguno nos ruegue por ellos. Mas si el príncip los quiere aver merced por su voluntad ó por Dios, fagalo con consejo de los sacerdotes é de los maiores de su corte”.

Es evidente que este momento postromano vertebró una concepción de las amnistías diferenciable. La ley concedió al rey la potestad general de “culpas omittere” a los delincuentes por piedad, o de “aver merced”, lo que, por su laxitud, podría significar tanto amnistiar, como indultar o conmutar penas, tanto por su propia iniciativa como de modo rogado. Tal *capacidad de alguien de solicitar merced, gracia o perdón* se perdía con respecto a los delitos más graves contra “gentis et patria”¹¹, contra el ‘pueblo’ o la patria, lo que pasa a ser en el *Fuero* “malfecho contra muerte de rey o contra la tierra”¹². No siendo exactamente lo mismo, puesto que aquí el sujeto pasivo del acto delictivo pasa a ser la figura que ostenta la *summa potestas*, esta regla particular se refiere a delitos de lesa majestad como el regicidio, sedición, rebelión o similares que son referidos en el Libro II, I VI “De los que son rebelles, ó mal obedientes *contral príncipe, ó contral pueblo, ó contra la tierra*”¹³. Pero incluso ante estos graves delitos, si bien *se perdía el derecho a solicitar el perdón o amnistía*, el Rey, con el consejo (‘adsensu’) de los sacerdotes y de la corte, *aún disponía de la potestad de liberarlos de sus castigos por su propia voluntad misericordiosa* o ejerciendo la *misericordia de Dios*, factor este divinizante del poder regio. En cualquier caso, el *Liber/Fuero* indican que para estos graves delitos la aprobación de la omisión del castigo se debía hacer ‘cum adsensu sacerdotum y maiorumque palatii’. Así las cosas, a diferencia del proceso de elección del Rey, para la concesión de amnistías relativas a los más graves delitos no se exigía la participación del tercer brazo social, el pueblo; sólo se previó la aceptación de los otros brazos. En todo caso, se afirma la idea de ciertos límites a la facultad regia, incluso cuando el *Fuero* diluye el ‘adsensu’ y lo transforma en mero ‘consejo’, lo que ofrecería más discreción al Rey en su decisión. Para el resto de delitos, el *Liber/Fuero* consideraba que su concesión

¹¹ Códices de *San Juan de los Reyes* y *San Isidro de Leon*: “pro causa autem regis potestatis vel patris”.

¹² *Cód. Marqués de Malica 2* y *Cód. Escorial 1*, “muerte de nuestro linage (‘ó de nuestro regno) ó de nuestra tierra”.

¹³ En esta ley parece que el Rey sólo puede fijar pena alternativa a la ejecución del reo o su ceguera como el exilio.

era una potestad regia plena, trasladada en el pacto social original que no se sometía a límites o condiciones. Estos textos contienen además otra regla interesante. *Los reyes futuros no podían derogar las amnistías aprobadas por los reyes anteriores*. Los castigos de los delitos contra la patria y contra el Rey, los castigos de las “pestilencias” de las que “sono avidas en la tierra de los godos é quantos aguijnamiéhntos por la maldad, é por la sobervia daquellos que son rebelles” podían ser perdonados “mas aquellas personas son sacades desta ley á quien perdonáron los reyes, que fuéron ante nos”¹⁴. Aprobada una amnistía, la aplicación de la regla de no retroactividad de las normas punitivas y el principio de seguridad jurídica impedía a futuros soberanos derogarlas. Era otro límite material a la soberanía.

3.2. *Siete Partidas* (1265)

Hasta aquí, hay dos aspectos destacables del medievo en estos temas. Por una parte, la potestad de conceder gracia, indulgencia, merced, etc. por los crímenes cometidos *se configura claramente como un poder reglado sustantiva y procedimentalmente*. De otro, *emanaba de dos fuentes teóricamente diferenciales*; su poder temporal es trasladado mediante pacto social con los aristócratas y el pueblo; y una porción de poder espiritual que se incorporaba al mismo pacto en la medida en que integraba la aceptación de esta manifestación de la *summa potestas* a la jerarquía católica –mecanismo conciliaristas–. La fórmula “quiere aver mercet *por su voluntad ó por Dios*” condensaba bien ambas legitimidades; presume una cierta posición espiritual del Rey similar a la de un Ministro de Dios en la tierra que ejerce misericordia para omitir penas temporales adjuntadas al delito. *Esta fusión de planos de legitimación*, extensiva del poder del soberano –próxima a las indulgencias del cristianismo primitivo– es reforzada y matizada en las *Siete Partidas* promulgadas por el Alfonso X el Sabio¹⁵. Su texto iniciaba un alejamiento de la *summa potestas* con respecto al pacto sin eliminarlo todavía.

Origen. Las *Partidas* aborda más sintéticamente que el *Liber* los mismos temas filosóficos incorporando en las reflexiones la *teoría de las dos espadas* del Papa Gelasio I (s. V). Es conocida la distinción platónica de Agustín en *De Civitate Dei* entre la ‘*civitas caelestis*’ y la ‘*civitas terrenal*’ siendo superior

¹⁴ Libro II, I VI *in fine*.

¹⁵ A. IGLESIA, *La creación del Derecho. Una historia del Derecho español*. Lecciones, Barcelona, 1991, p. 284 y ss.

la primera sobre la segunda. Gelasio I en su *Carta al Emperador de Oriente Anastasio I* reformuló la idea aludiendo a las relaciones entre la espada temporal y la espada espiritual, ostentadas respectivamente por el Emperador y el Papa. Determinó la diarquía Papado-Imperio del medievo. Gelasio acepta un sometimiento de cada institución al otro en función de la materia, temporal o espiritual, sobre la que se proyecten decisiones¹⁶. Cuando analiza la *auktoritas sacrata pontificum* con respecto al príncipe, somete su voluntad al juicio papal y a la inversa con respecto a la *regalis potestas* temporal. De la doctrina gelasiana hay otro detalle. Indica que la potestad del Emperador “se te ha otorgado por la disposición divina”. La carta ha dado lugar a múltiples debates sobre su sentido y alcance¹⁷. Interesa ver su impacto en las *Partidas*. Se percibe claramente en el prólogo a la Partida II en la que se busca concretar mejor la *distinctio iurisdictionum* entre el poder secular y la autoridad eclesiástica, rechazando cualquier superioridad papal en lo temporal como pretendía el papa de la época Gregorio VII:

“Los prelados de santa iglesia ... su poderio es espiritual, que es todo lleno de piedat... nuestro Señor Dios puso otro poder temporal en la tierra... por mano de los enperadores et de los reyes. Et estas son las dos espadas... la una espiritual et la otra temporal, ca la espiritual taya los males ascondudos et la temporal los manifiestos”.

Esta visión conduce a una mayor divinización del poder regio y la correspondiente limitación del valor pacticio. Las dos teorías, la antigua contractual y la de legitimación divina conviven mal en la *Partida Segunda*, Título I, Ley I¹⁸. El poder regio, “á él pertenesce segunt derecho et el otorgamiento quel ficiéron las gentes antiguamente de gobernar et de mantener el imperio”, una suerte de origen remoto; pero a su vez lo ostenta como “vicario de Dios en el imperio para facer justicia en lo temporal”. El texto trabó una síntesis peculiar de la doctrina teocrática gelasiana descendente –voluntad divina que pone

¹⁶ En latín en A. THIEL (Ed.), *Epistolae Romanorum Pontificum Germinae*, vol. 1, Braumbsverg, 1868, pp. 350-51. E. JONKERS, “Pope Gelasius and Civil Law”, *The Legal History Review*, vol. 20 núm. 3, pp. 335-339; A. COTTRELL, “Auctoritas and Potestas: A Reevaluation of the correspondende of Gelasius I on Papal-Imperial relations”, *Medieval Studies*, 55, 1993, pp. 95-109.

¹⁷ En especial por la *Querella de las investiduras* (s. XI). Enrique IV acusa al Gregorio VII de haber usurpado la espada temporal. La doctrina de Gelasio se recoge en Decreto de Graciano *Prima Pars Dist. XCVI* c. 6-10.

¹⁸ RAH, *Las siete partidas del Rey don Alfonso el Sabio*, Madrid, 1807, tres tomos.

un poder temporal-; con la godo-romana preimperial propia también de los decretalistas¹⁹: pacto social *ascendente* remoto o no. Y ahora este poder le pertenece al Príncipe según derecho²⁰. Esta concordia de cánones discordantes²¹ conduce a nuevos modos de traslación de la potestad a la muerte del Rey.

En la Ley IX, Partida II, se fijan las formas como “se gana el regno de-rechamente”. Son cuatro. La primera y principal es la herencia de la *summa potestas* por los descendientes: “por heredando hereda los regnos el fijo maior...” Solo subsidiariamente, en ausencia de heredero legal, se vuelve al pacto “por aveniencia de todos”, aunque también podrían regir otras reglas secundarias: el casamiento con heredera del reino; o el otorgamiento del Papa o Emperador. El antiguo contrato quedó relegado en el momento de sucesión del finado y concurría sólo como modo secundario o terciario de transferencia. La jurisdicción temporal se racionalizó como un *derecho*, de origen híbrido, fruto parte de la voluntad humana parte de la voluntad divina, y se traspasaba como heredad como si reflejara una voluntad de Dios permanente. Toda esta normativa marca un *momento ecléctico de tránsito hacia el absolutismo*. El rey a título de derecho transmitirá a sus descendientes la *summa potestas sin obtener el beneplácito de los súbditos* rompiendo el sistema electivo previo.

Límites. La Ley XI, Partida I, sí continúa la otra línea del *Liber* y somete esa honra al imperio del derecho:

“Todos los hombres deben ser tenudos de obedecer las leyes, et mayormente los reyes ...porque son por las leyes honrados et guardados...porque los ayudan á complir iustitia et derechos... porque ellos son facedores de ellas, et es derecho pues que las ellos facen, que ellos las obedezcan”.

Así la obligación del príncipe es hacer justicia mandando que se cumplan las leyes: “Los reyes deben ser firmes en mandar complir la justícia”²². Pero la sabiduría en el ejercicio de su jurisdicción hace que *puedan* y *deban*

¹⁹ HUGUCCIO, *Summa decretorum* (1181-1190): “el emperador recibe el poder de la espada...no de los obispos, sino de los príncipes y del pueblo, por elección, tal como leemos en el Decreto 93]”. NANU, *La Segunda...* cit. p. 166.

²⁰ Más perceptible en Alfonso X: *Fuero Real* (1255), Título II Ley II; y *Espéculo* (1255-60), Libro II, Leyes III y V. BOE, *Fuero Real de Alfonso X el Sabio*, Madrid, 2015; y *Opúsculos del Rey Sabio*, Madrid, 2018.

²¹ Desaparece en Ley V: “Vicarios de Dios son los reyes cada uno en su regno puesto sobre las gentes...”

²² Ley III, Tít. XXXII, Partida VII, *in fine*.

“usar a las vegadas *destas tres bondades* de misericordia, et de merced, et de gracia”²³. Estas son las fuentes de su facultad de ‘culpas omittere’.

Amnistía. Continuando la tradición del derecho godo, al Rey se le reconoce la potestad de hacer uso de distintos mecanismos de hacer merced para evitar consecuencias indeseadas de una aplicación rigurosa de la ley. A saber, en las Leyes L y LI, Título XVIII, Partida III; y en las Leyes I, II y III, Título XXXII, Partida VII. La Ley L se titula *De las cartas de gracia que da el rey porque non venga daño en su tierra*. La Ley LI hace mención a otras razones que pueden justificar su otorgación. La suma de ambas normas hace que al Rey le esté permitido otorgar amnistías (gracias, mercedes, etc.) por tres razones: a) “si la non ficiesen que se podrie tornar en daño”; b) “por merescimiento” y c) “por bondat”. La primera justificación se incluiría hoy en el “interés general”, lo que permite al Rey liberar de las penas de proscripción (“si hobiese echado de tierra á algunos”) o de la cárcel a los que se encuentren en prisión (“ó toviere presos a algunos malfechores”). Y son también razones de orden político, en este caso, el “bien” que se haya hecho al reino o al Rey, ilustrativamente, prestándole servicios de armas (“acorriese al rey ó al regno en tiempo de guerra ó en otra sazón”) lo que permite al Rey conceder gracia “por merescimiento”. La ‘bondat’ sería aún otra forma de alcanzar la amnistía; simplemente su sentido ético natural de fomentar el bien o a evitar el daño *de otros* –v. gr. los familiares–.

Ciertamente, estos textos adolecen de ambigüedades terminológicas para distinguir ‘piedad’, ‘perdón’, ‘merced’, ‘indulgencia’, etc., palabras no fácilmente diferenciables. Pero es evidente que en esa potestad estaban contenidas las amnistías, en su sentido actual más riguroso, aunque no aparezca como tal. La distinción normativa entre lo que hoy son las figuras de la ‘amnistía’ y el ‘indulto’ se precisa en la Ley II del Título XXXII, Partida VII, puesto que *perdonan á las vegadas los reyes á los homes las penas que les deben dar, bien ante que den la sentencia contra ellos, y los agraciados son quitos de la pena que debien recibir et cobrar su estado et bienes; o bien despues que fueron juzgados, siendo aquí el único efecto asegurado la inaplicación de la pena, puesto que los bienes, nin la honra nin la fama son aquí restaurados salvo si el perdón del rey se les extendiera*²⁴. Aún cabe resaltar otro matiz. *Es el Rey quien perdona, amnistía, es indulgente, u otorga gracia* liberado de evacuar aceptación o consejo de los que le prestaron su consentimiento para regir; los que mediante

²³ Ibid.

²⁴ En el *Espéculo*, Libro II, Ley II; en *Fuero Real* I, 2.

“otorgamiento” le “hicieron las gentes de gobernar” no participan en la decisión. La atribución de un origen divino al poder y el hecho de que la traslación ascendente se haya transformado en un ‘derecho’ a perpetuidad hace que la *summa potestas* se separe al completo del ‘adsensu’ de los gobernados en la concesión del perdón. Este ‘derecho’ se ha integrado en la soberanía que ejerce el rey sin límites externos.

4. CONFLICTO Y AMNISTÍA EN LA EUROPA DE LOS SS. XVI Y XVII

4.1. Espíritu del siglo: *bellum omnium contra omnes*

Además del conocimiento de este legado normativo, Las Casas y Grocio tenían frente a sí prácticas políticas de su tiempo²⁵. Los ss. XVI y XVII precipitaron acontecimientos que sacudieron la Historia Universal. En el plano jurídico, de entre todos los cambios se debe hacer hincapié en la cristalización del Estado moderno en paralelo a la Reforma protestante. La idea del Estado soberano e independiente de tutelas externas se alumbra en Europa como una forma de eliminar cualquier sometimiento al Papado y al Imperio de los que ostentaban formas de *potestas* subordinadas, e incluso de la sumisión de la *potestas* imperial a la *auctoritas* papal. En añadido la Reforma separaba también a los fieles de la tutela católica de la Iglesia de Roma en favor de una relación directa e inmediata entre el príncipe y Dios o el cristiano y Dios. Estas tendencias hicieron emerger gradualmente un nuevo modelo de relaciones de los cuerpos político-espirituales entre sí y del Estado emergente con el cuerpo social sobre el que se proyectaba la *potestas* o el *imperium*. *El Príncipe* (1513) de Maquiavelo ofrece una buena idea de cuáles eran los problemas que angustiaban al gobierno de la República de Florencia, extrapolables *mutatis mutandi* al resto de máximas autoridades de los poderes temporales emergentes con el desvanecimiento progresivo del sistema político carolingio. Condensa los consejos prácticos de Maquiavelo a Lorenzo II de Medici para gobernar y conservar el poder frente a las sediciones internas en una época caracterizada por la lucha de la república florentina contra las trabas que los modos feudales imponían a la consolidación de un Estado más fuerte, y frente a los ataques de los Estados italianos circundantes, recomendando veladamente la implicación del Papa en la conquista de Italia por

²⁵ V. gr. Las Casas cita las *Siete Partidas*, en *De regia potestate* I, III, 1-3; II, XV, 1; III, XXVI, 2-3.

los Medici²⁶. Todo se cuestiona así. Reyes y Emperador niegan su subordinación al Papa en cuestiones temporales²⁷ e incluso, en ciertos casos, como Inglaterra, la propiamente espiritual; los poderes más locales, tanto laicos como religiosos –condados, marquesados, etc.– discuten la figura del Rey que quiere ejercer en un territorio que abarca estos poderes menores una *summa potestas* equiparable a la del Emperador, o la del mismo Papa cada vez menos conciliar²⁸; e incluso el sometimiento del pueblo al dominio de los privilegiados²⁹. La soberanía e independencia del Estado fue la respuesta final hacia *el interior* y hacia *el exterior* que resolvía el marasmo general; se alcanzó mediante el espectáculo del *bellum omnium contra omnes* del final de la cristiandad medieval mencionado por Hegel³⁰.

5. AMNISTÍAS, INDULTOS, PERDONES, NACIONALES E INTERNACIONALES

Este ambiente de hostilidades sin fin creó el contexto propicio para la aprobación de amnistías y perdones de derecho interno e internacional en el conjunto de Europa. De hecho, con frecuencia las guerras incesantes se interrumpían con la aprobación de ‘perdones’ o ‘amnistías’ con uno u otro alcance. Cuando la amnistía se concluyó tras una guerra internacional, fueron actos normativos internacionales, celebrados entre soberanos, los que las alumbraron. Si la amnistía sellaba una rebelión eran actos normativos internos los que la promulgaban. Así, *la amnistía se convirtió otra vez en una institución fundamental del sistema jurídico europeo*, nacional e internacional, como lo fue en su momento en el violento mundo de Estados-Ciudad soberanos e

²⁶ MAQUIAVELO, *El Príncipe*, M. E. Editores, 1994, p. 37.

²⁷ El Emperador Carlos V, que de conformidad con las formas gelasianas medievales debía ejercer como brazo armado en lo terrenal de la cristiandad, asesta un mazazo a la utopía carolingia con el saqueo de Roma de 1527 por las tropas imperiales. Sobre el saco de Roma por las tropas imperiales, J. BONAPARTE, *Le sac de Rome*, Imprimerie Grandducale, Florence 1830.

²⁸ Tras el saqueo de Roma, el cardenal Colonna, adversario de Clemente VII, entró en la Ciudad Vaticana con un ejército para ajustar sus cuentas con el Papa. M. FERNÁNDEZ, *Sombras y luces de la España Imperial*, Espasa, 2004, pp. 36-37.

²⁹ La rebelión más célebre es la Guerra de los campesinos alemanes (1524-1525) o ‘*Erhebung des gemeinen Mannes*’. P. BLICKLE, *Der Bauernkrieg. Die Revolution des Gemeinen Mannes*, Berlin, C.H. Beck, 1998; M. HUGHES, *Early Modern Germany: 1477-1806*, Macmillan, London, 1992; Fr. ENGELS, *Der deutsche Bauernkrieg*, Hamburg 1850.

³⁰ G. W. F. HEGEL, *Lecciones sobre la filosofía de la Historia Universal (1830)*, Alianza Editorial, Madrid 2001, p. 610.

independientes griegos, un derecho que tuvo por objeto principal en aquella época la facilitación de una paz duradera que pusiera fin al estado de guerra continua que acompañó el advenimiento de los Estados modernos para satisfacer las ambiciones particulares de grandeza que acompañaron a cada una de ellos.

5.1. *Perdón General de Valladolid (1522): gracia a los comuneros*

Los reyes españoles no dudaron en hacer uso de la potestad de conceder perdón reconocida en el *Fuero* o en las *Partidas* cuando lo creyeron aconsejable. Muestran siempre una naturaleza *discrecional y selectiva* en su otorgamiento. En España, entre los más notorios figuraría el *Perdón general* promulgado en Valladolid el 1 de noviembre de 1522 por Emperador Carlos V (Carlos I de España) con el fin de evitar el castigo de los participantes en la *Guerra de los comuneros (1520-1522)*³¹.

La *Guerra de las Comunidades de Castilla* se origina con la rebelión de los comuneros en 1520 al poco del inicio del reinado de Carlos I de España. Carlos I viaja desde Flandes –donde ha nacido y ha sido educado– hasta España para tomar posesión de su corona acompañado de su corte flamenca y borgoñesa. En 1517 abre las Cortes de Valladolid para reclamar su título de Rey de Castilla y León sin apenas hablar castellano. Aunque jura los fueros y es aceptado como Rey, su corte europea suscita recelos entre nobles y clérigos castellanos, temerosos de perder su influencia en los asuntos del reino³². Estos factores, sumados al presunto expolio de las riquezas nacionales atribuido a la nueva corte extranjera, causan las revueltas en distintas ciudades castellanas que propugnaban a Juana *la Loca* como titular del trono castellano en sustitución de su hijo. Los mitificados Padilla, Bravo, o Maldonado, y sus seguidores, lucharon contra las tropas imperiales y acabaron derrotados en 1522. Carlos I adoptó entonces el *Perdón general* para los que habían participado en la revuelta comunera aun habiendo cometido crímenes de lesa majestad –sedición y traición–. La amnistía contenía, sin embargo, un listado de 293 personas –pertenecientes a todas las clases sociales y en las que se incluyó al Obispo Acuña– que fueron excluidos de la gracia³³. Sobre esta am-

³¹ En general, J. A. MARAVALL, *Las Comunidades de Castilla*, Alianza Editorial, 1979.

³² M. FERNÁNDEZ, *El Imperio de Carlos V*, Madrid, Real Academia de la Historia, 2001.

³³ La lista de personas que no fueron amnistiadas el 1 de noviembre de 1522 por el Perdón General de Valladolid puede consultarse en. http://www.cervantesvirtual.com/bib/historia/CarlosV/7_1_31.shtml.

nistía o *Perdón general* la *Enciclopedia moderna de España* indica que sus efectos alcanzaron la concesión del perdón “a los que se hallaban procesados o encarcelados” e incluso “anuló las causas no sentenciadas” y mandó reponerles en “su buena reputación y fama, devolviéndoles los bienes que tenían por tales motivos confiscados”³⁴. El Rey, aplicó así su prerrogativa de amnistiar y perdonar fijada en las *Partidas*.

5.2. Tratado de Câteau-Cambresis (1559)

Del s. XVI llegan a su vez varios tratados relevantes en los que la paz entre soberanos se construye sobre el olvido perfecto de los crímenes pasados. De hecho, lo hallamos en el tratado más importante de la época en el continente europeo, el *Tratado de Câteau-Cambresis* entre Francia y España, de 3 abril de 1559, con el que se pone fin a la última de las *Guerras de Italia* (1551-1559)³⁵. En su primera disposición incorpora el compromiso de paz perpetua entre los reinos de Francia y España junto a una cláusula general de amnistía entre los cristianísimos reyes y sus descendientes: “oubliant toutes choses ci-devant mal passées, quelles qu’elles soient qui demeureront abolies & éteintes”. Más interesante incluso que la amplia cláusula son las disposiciones particulares, con uno u otro contenido y alcance, que ofrecen concreción. Los firmantes asumen la obligación de no perseguir a sus súbditos *por haber tomado parte en la guerra contra su propio soberano*. Se trata de lograr que los habitantes de este o aquel territorio que se hubieran decantado por el bando contrario al que acaba siendo su soberano al finalizar la guerra pudieran recuperar íntegramente sus derechos y propiedades previos a la contienda y gozaran de garantías de no persecución futura por su traición. Así con respecto a los “gentilhombres de Siena y otros Sujetos de dicho Estado” que decidan volver a su tierra “y seront reçûs, & leur sera pardonné tout ce que l’on pourroit pretendre à l’encontre d’eux... et leursdits biens avoient été pris & saisis, leur seront rendut & restituez, poir en jouïr pleinement.”³⁶ La estructura del tratado explica el modo espiritual, político y jurídico de la época: se pacta

³⁴ Los literales proceden de la voz “amnistía” de la *Enciclopedia Moderna de España*, *op. cit.* Vol. II, pp. 382-384.

³⁵ *Tratado de Paz entre Enrique II, Rey de Francia, y Felipe II, Rey de España* (Câteau-Cambresis), de 3 de abril de 1559. J. DU MONT, *Corps Universel Diplomatique du Droit des Gens*, Tome V. Partie I, Amsterdam, 1728, p. 30 y 34-44. Sobre el tratado B. HAAND, *Une Paix pour l'éternité*, Casa de Velázquez, Madrid, 2009.

³⁶ Cláusula 35, DU MONT, *Corps Universel...* *cit.*, p. 38.

una *paz perpetua*; cesan las hostilidades entre soberanos por las causas esgrimidas para iniciarlas; se amnistían y olvidan aquellas causas y todas sus consecuencias, para evitar que se vuelvan a convertir en motivo de discordia; incluso *se fijan amnistías para los propios súbditos* si se alzaron en armas contra el soberano en favor del adversario; se redistribuyen soberanías; y para una “mayor confirmación de esta paz y para hacer la amistad, confederación y unión más firme e indisoluble”, se pacta un matrimonio regio, la hija mayor del Rey de Francia, se casará con el Rey Felipe II de España.

5.3. *Edicto Perpetuo (1577)*

De esta época llega también un tratado internacional atípico, el acuerdo de *Pacificación de Gante* celebrado entre todas las provincias de Flandes el 8 de noviembre de 1576 y después firmado por Juan de Austria en representación de Felipe II de España y por los Estados generales de Flandes, el 7 de enero de 1577, mediante el *Edicto Perpetuo* (o *Tratado de Marche-en-Famenne*). El acuerdo es uno de los primeros intentos de paz en la *Guerra de Flandes* iniciada en 1568 que conduciría finalmente a la secesión de las provincias holandesas de la Corona de España reconocida en la *Paz de Westfalia* (1648). La *Pacificación de Gante* (1576) y su ratificación con el *Edicto perpetuo* mantenía el reconocimiento de Felipe II como Rey de las provincias holandesas rebeldes –de ahí que la naturaleza de este tratado sea parecida a la de los acuerdos híbridos actuales que se celebran entre las partes de una guerra interna–; ordenaba el respeto al catolicismo en las provincias rebeldes; pactaba el retiro de los Tercios del territorio flamenco; ambas partes renunciaban además a toda alianza contraria al *Edicto*; y en su Art. I, pósito de entrada a todo lo acordado, ordenaba una amnistía absoluta:

“Primero, que todos los delitos, calumnias, fechorías y daños que ocurran como resultado de los problemas entre los habitantes de las provincias incluidas en este tratado, sin importar dónde o cómo ocurrieron, serán perdonados, olvidados y considerados como no ocurridos, para que nunca se haga mención de ellos y nadie sea demandado por ellos”³⁷.

No habría reclamaciones judiciales, se olvidaría públicamente todo lo sucedido, como si hasta la historia debiera omitir las barbaridades ocurridas y el perdón cristiano cubriría los huecos morales.

³⁷ En <http://www1.umassd.edu/euro/resources/netherlands/17.pdf>, 1 de febrero de 2016, traducción propia.

6. LA QUAESTIO DE IMPERATORIA VEL REGIA POTESTATE (1571) DE BARTOLOMÉ DE LAS CASAS

La *Discusión sobre la potestad regia e imperial* de Bartolomé de las Casas, *Quaestio de Imperatoria* o *De regia potestate*³⁸ (póstuma, 1571) contiene la primera reflexión general de la época que cuestionaba y condicionaba la validez jurídica de la figura de la amnistía. El opúsculo, como tal, no tiene como finalidad ofrecer una forma de validación jurídico-moral de las amnistías, ni en concreto ni en general. *De regia potestate* es un escrito de Las Casas en el que, como en otros previos, se aborda la cuestión de la nulidad de las encomiendas en las Américas. Siendo este el objetivo instrumental del escrito, lo más fascinante del escrito es la teoría política, filosófica y jurídica general que sustenta su posición. Sorprende todavía la radical modernidad de los conceptos propuestos sobre múltiples aspectos relativos a la legitimidad del ejercicio de poderes soberanos y sus límites en el derecho natural y divino. Además, en la primera parte general (*Cuestiones*), a modo ilustrativo, como un *obiter dicta*, Las Casas se interroga sobre la validez y efectos de las amnistías. ¿Puede disponer el soberano de los derechos de los que son titulares sus súbditos a través de una amnistía?

Las Casas es uno de los precursores –quizá el más influyente de este siglo en esta materia– de la teoría de las libertades naturales del individuo y del pacto social como modo de configurar legítimamente las relaciones entre el individuo y el Estado. “Ningún Estado, ni Rey, ni Emperador puede enajenar territorios ni cambiar su régimen político sin el consentimiento expreso de sus habitantes”, afirma las Casas. *De regia potestate* es el primer tratado moderno de filosofía política y derecho que asienta el principio democrático

³⁸ En latín con traducción al castellano, L. Pereña, B. DE LAS CASAS, *De regia potestate*, CSIC, Madrid, 1969. En general A. ROSILLO, *La tradición hispanoamericana de derechos humanos*, Corte Constitucional del Ecuador, Quito, 2012, pp. 59-222; M. BEUCHOT, *Los fundamentos de los derechos humanos en Bartolomé de las Casas*, Anthropos, Barcelona, 1994; R. I. PEÑA, “La teoría teocrática de Fray Bartolomé de las Casas O.P. y el *regnum indiarum*”, Estudios en honor de Alamiro de Ávila Martel”, AUCH, núm. 20, 1989, pp. 401-424; L. HANKE, *La lucha por la justicia en la conquista de América*, Istmo Colombia, Madrid, 1988, pp. 405-419; K. J. PENNINGTON, “Bartolomé de Las Casas and the Tradition of Medieval Law”, *Church History*, vol. 3, núm. 2, 1970, pp. 149-161; L. PEREÑA, “Estudio preliminar”, en LAS CASAS, *De regia...* cit. pp. xxi-clvii; L. HANKE, *Bartolomé de las Casas, an interpretation of his life and writings*, Springer, 1951; T. URDÁNOZ, “Las Casas y Francisco de Vitoria en el V Centenario del nacimiento de Bartolomé de las Casas 1474-1974” en L. HANKE, *Las teorías políticas de Bartolomé de Las Casas*, Univ. de Buenos Aires, 1935, pp. 115-191.

del derecho de autodeterminación de los individuos, el pacto social como consecuencia de su ejercicio, y el *Imperio del Derecho* como mecanismo de protección frente a los abusos de quien ejerza poderes soberanos.

6.1. Contra las ‘encomiendas’

Las Casas combatió en múltiples escritos el régimen jurídico de las ‘encomiendas’ que se había aplicado a la expansión de la corona española en las Indias occidentales desde 1499³⁹. Los elementos básicos de esta figura jurídica guardaban relación con ciertas formas normativas feudales españolas en retroceso en la España moderna del s. XVI. La Corona “encomendaba” a los indios americanos y a sus tierras, esto es, los colocaba a cura de los conquistadores destacados que se convertían así en ‘encomenderos’. La encomienda creaba un régimen de derechos y obligaciones entre tres sujetos, ‘encomenderos’, ‘encomendados’ y Rey⁴⁰. Los encomenderos disponían de la competencia para exigir en su favor prestaciones (trabajos remunerados o tributos) de los ‘encomendados’, a cambio de su obligación de cristianizarlos y protegerlos de forma benevolente⁴¹. A su vez los ‘encomenderos’ asumían la obligación de defender la soberanía del Rey en América y de enviar los tributos correspondientes a la Corona. En la práctica el régimen, por su propia naturaleza inicua, no tardó en degradarse hasta caer en formas encubiertas de esclavitud o servidumbre forzosa⁴². La primera denuncia de este régimen se hizo desde el púlpito de la Isla Española por el dominico Montesinos (1511)⁴³. Acusó a los conquistadores de vivir en “pecado mortal” por tratar con tiranía y crueldad a los indios. Como reacción a la denuncia Fernando II aprobó las *Leyes de Burgos* u *Ordenanzas para el tratamiento de los indios* (1512). No prohibió con ellas la encomienda pero se reconocieron a los indios su

³⁹ Primera denuncia en *Memorial de remedios para las indias* de 1516 y de 1518, Fr. BARTOLOMÉ DE LAS CASAS, *Obras escogidas de Fray Bartolomé de las Casas*, V, Tomo CX, BAE, Madrid, 1958, pp. 6-27; y 31-35.

⁴⁰ El inicio de este régimen se atribuye al propio Colón en 1498 en La Española, J. CHEZ CHECO, “El sistema de encomiendas en Santo Domingo durante el siglo XVI”, *CLÍO* 71, vol.165, 2003, p. 67.

⁴¹ E. RODRÍGUEZ DEMORIZI, *Los Dominicos y las encomiendas de Indios de la Isla Española*, Santo Domingo, Academia Dominicana de la Historia, 1971, pp. 25-26.

⁴² Así había pasado también en el mundo germánico medieval, G. BELOW, *Der Deutsche Staat des Mittelalters. Eine Grundlegung der deutschen Verfassungsgeschichte. 1. Die allgemeinen Fragen*, Leipzig, 1925.

⁴³ ROSILLO, *La tradición...*, cit. pp. 108-113; T. URDÁNOZ, “Las Casas...”, cit. p. 118.

condición de hombres libres, súbditos del rey, y con ello sus derechos a la propiedad de sus casas y tierras. Aunque se establecía también que se les podía obligar a trabajar, las *Leyes de Burgos* les reconocía el derecho a un trabajo tolerable y con descanso y a la remuneración justa que les garantice la holgura para ser instruidos en la fe. La ley fue completada al poco con las *Leyes de Valladolid* (1513) que ampliaron el alcance de estos derechos laborales. Luego la *Ley de heredad* (1536) y la *Ley de donaciones* (1537) de las encomiendas, aprobadas por Carlos I, mantuvieron su existencia y determinaron que se podían transmitir en herencia del finado o como dote en el casamiento de hijo o hija. Las Casas propuso entonces al Emperador la nulidad de las encomiendas en su *Octavo remedio* (1542)⁴⁴. Aún sin lograr completamente el objetivo último, su posición inspiró la promulgación el mismo año de las *Leyes y ordenanzas nuevas hechas por su Magestad para la gobernación de las Indias y buen tratamiento y conservación de los Indios* (1542). Estas *Leyes Nuevas* (1542) prohibieron la concesión de nuevas encomiendas y desestimaron la perpetuidad de las existentes que terminarían a la muerte de sus titulares, aunque más tarde se permitirían excepciones a esta norma. Los fundamentos políticos, jurídicos y teológicos lascasianos para promover su nulidad son los mismos que fundamentaron su posición sobre la validez y límites de las amnistías.

6.2. Libertad natural y pacto social

Hay una teoría político-moral amplia en Las Casas⁴⁵. Parte de una premisa antiaristotélica. El párrafo I de *De regia potestate* efectúa la siguiente afirmación:

*“Desde el principio del género humano, todos los hombres, todas las tierras y todas las otras cosas, por derecho natural y de gentes, fueron libres y alodiales, o sea francas y no sujetas a servidumbre.”*⁴⁶

Es el eje ontológico de otros escritos previos y se inspiraba en el derecho romano⁴⁷. En *De unico vocationis modo* (1537) concede a todos, por el hecho de

⁴⁴ BAE, Madrid, 1958, cit., p. 70.

⁴⁵ Ese marco teórico se había expuesto con menos detalle en escritos previos. Vide *Principia quaedam* (1552) en *De regia potestate*, op. cit. p. 140. El mismo volumen recoge este y otros escritos de Las Casas; también en B. DE LAS CASAS, *Tratado comprobatorio del Imperio Soberano*, Sevilla 1552, p. 63 (copia digital de la Biblioteca de Andalucía).

⁴⁶ LAS CASAS, *Apologetica historia sumariae*, vol. I, Alianza Editorial, 1992, p. 461.

⁴⁷ *Institut. Liber Primus*, Tit. II, § 2. “por derecho natural todos los hombres al principio nacían libres”.

pertenecer a la raza humana, el derecho a no ser privados arbitrariamente de su libertad, de sus posesiones o de sus propiedades, lo que volvía nula su esclavitud o su conversión forzosa a la Fe Cristiana⁴⁸. Los indios pertenecían en pie de igualdad al género humano y con ello gozaban de sus mismas libertades naturales. En la razón Nona del *Octavo remedio* afirma que “todos aquellos pueblos y gentes son libres, y que a nadie del mundo debían nada antes que se hallasen ni cuando se hallaron, ni hoy deben después de hallados sino a Vuestra Majestad servicio y obediencia (...) como la que deben los pueblos y ciudades libres a su universal rey y señor”⁴⁹ Hobbesiano o rousso-niano, lo esencial del estado de naturaleza para Las Casas es que el *generis humana*, de conformidad con el *iure naturae et gentium*, nacieron libres e iguales –por su igual naturaleza libre– y, por ello, no sometidos a la voluntad de otros seres humanos. Remacha, “el hombre es libre, mientras no se demuestre lo contrario...en caso de duda hay que decidir en favor de la voluntad”. La libertad es propia y connatural al hombre, está ínsita en su naturaleza, es un corolario irrenunciable de su *ser* humano, y por ello toda esclavitud es accidental. Así, la siguiente pregunta lascasiana a resolver era cómo puede un hombre libre válidamente limitar sus libertades originales.

En la *Cuestión Segunda*, párrafo IV de *De regia potestate* designa al consentimiento (*voluntariae consentiret*) como único modo válido de constituir sujeciones o servidumbres de esa libertad, y de constituir *omnis auctoritas, potestas et iurisdictio* del rey. *Imperium immediate processit a populo*, indica, *et populus fuit causa efectiva regum seu principum si iustum habuerunt*. A lo que añade otro corolario, cuando un pueblo eligió sus príncipes o sus reyes:

“no perdió su propia libertad ni renunció o concedió poder de gravarle, coaccionarle, ordenar o imponerle cargas en perjuicio de todo el pueblo o comunidad política...el pueblo ordenó o decretó los derechos del Rey...por esta razón en todos los negocios públicos se ha de pedir el consentimiento de todos los hombres libres”⁵⁰.

Esta traslación tenía, por tanto, otro atributo lascasiano distintivo: las personas no perdían, tras ese pacto original traslaticio, sus libertades naturales.

⁴⁸ L. HANKE, *Bartolomé de Las Casas. An Interpretation of his Life and Writings*, Springuer-Science, 1951, p. 40. Más en detalle, HANKE, *Las teorías políticas de Bartolome de Las Casas*, Universidad de Buenos Aires, 1935.

⁴⁹ BAE, Madrid, 1958, cit. p. 94.

⁵⁰ *De regia potestate*, cit. pp. 32-34.

Esta secci3n vislumbra toda una modernidad occidental posterior⁵¹ que est́ presente, con matices, en otros autores de la Neoescolística española como Fr. Surez⁵² –no realmente Fr. de Vitoria–⁵³. Se recuperaba aś, y sofisticaba, la anterior teoŕa romana⁵⁴ y medieval de la traslaci3n ascendente de la *summa potestas* –presente en el *Liber/Fuero* y algo más diluida en las *Partidas*–⁵⁵, enriqueciéndola en sus fundamentos y efectos. Las Casas afirma que el origen *justo e immediato* de las potestades que ejerce el soberano, es decir, el único vlido en respeto de las libertades naturales de todo individuo, no se encuentra en la voluntad de Dios, como se vislumbraba en las *Partidas*, sino en la voluntad de los hombres titulares de libertades individuales, que mediante su consentimiento podían acordar el traslado de las facultades y derechos propios de su libertad individual a una instituci3n. Además, la finalidad de esa transferencia, para Las Casas, era la salvaguarda del bien común. La *potestas ac iursidiction regum* “se aplica exclusivamente a promover los intereses colectivos del pueblo, *sin poner estorbos ni perjudicar a su libertad*.”⁵⁶ Todas estas ideas perduraron hasta sus últimos escritos. Incluso se radicalizaron con el tiempo⁵⁷.

6.3. Nulidad y validez de las amnistías fijadas en Tratados de paz

Hasta d3nde alcanzaba entonces ese poder terrenal cedido conforme al pacto original constituyente? O de otro modo, hasta d3nde pod́a renunciar el titular de la soberańa libérrimamente a los derechos o libertades naturales

⁵¹ J. A. CÁRDENAS, “Consent, Voluntary Jurisdiction and Native Politic Agency in Bartolomé de Las Casas’ Final Writtings, *Bulletin of Spanish Studies*, vol. XCI, núm. 6, 2014, pp. 793-817. En *De Thesauris in Peru* (1563) (Los Tesoros del Perú), uno de sus últimos tratados, insiste con vigor en la idea del consentimiento explícito como único modo, Vid. LAS CASAS, *Los tesoros del Perú*, A. Lozada (trad.), Madrid, CSIC., 1958 con edici3n facsímil del original, en especial sobre el libre consentimiento, pp. 269-271.

⁵² Fr. SUÁREZ en *Tractatus de legibus ac Deo legislatore* (1612), trad. J. Torrubiano, Tomo III, Madrid, 1918, Libro Tercero, Cap. II 164-II, 165-I, 165-II; y Cap. III y IV.

⁵³ En *De potestate civile* (1528) afirma el origen divino de la potestad, Fr. VITORIA, *Relecciones Teol3gicas*, trad. J. Torrubiano Ripoll, Tomo II, Madrid, 1917, pp. 2-15.

⁵⁴ *Digesto Primer proemio* § 7; *Digesto I IV 1*; *Digesto I, II, 8*; *Digesto 43, 29, 1*; *Instituta II, 1, 10*.

⁵⁵ Desarrollada antes en la Escuela de Bolonia por Bulgarus, Azzo, Hugolinus, Odofredo y el radical Manegold de Lautenbach, *Ad Gebehardum liber* (1085) y *Opusculum contra Wolfelmum coloniensem* (1080). Un resumen, I. NANU, *La Segunda Partida de Alfonso X el Sabio y la tradici3n de los Specula Principum*, Tesis, Valencia, 2013, pp. 182-183.

⁵⁶ *De regia potestate...* cit. Cuesti3n Segunda, Párrafo V.

⁵⁷ J. A. CÁRDENAS, “Consent, Voluntary Jurisdiction...”, cit. pp. 793-817.

de sus súbditos por medio de un tratado celebrado con otro soberano? Dado que para fray Bartolomé el rey no ostenta en propiedad los territorios sobre los que gobierna, sino que únicamente ejerce sobre ellos las *potestades* o *jurisdicción* atribuida por el pacto social, según el protector de los Indios no quedó dentro de su competencia la posibilidad de disponer libremente las propiedades de los súbditos.

La Cuestión II Párrafo III sobre el *Derecho de los reyes en cuanto a las tierras propias de personas particulares* inicia este razonamiento fundamental para la evolución de la concepción de la soberanía a futuro. Las Casas determina el derecho a la propiedad como parte de esos derechos o libertades fundamentales originales de cada individuo no transferidos a la *summa potestas*:

“nada hay tan contrario a la equidad natural como verse obligado el dueño, sin consentimiento suyo, a perder violentamente lo que le es propio, cayendo de modo ilícito bajo dominio ajeno... ni los reyes ni los emperadores tienen poder fundado sobre las haciendas de los ciudadanos... ni tampoco dominio útil ni directo de los habitantes ... una cosa es la propiedad y otra muy distinta la jurisdicción... no importa que digan los reyes que el reino es suyo, pues ha de entenderse únicamente en lo relativo a la jurisdicción y a la protección del reino”.

Ni la propiedad es jurisdicción, ni la jurisdicción es propiedad. Los súbditos sólo concedieron mediante el pacto original la jurisdicción. Por ello, si los reyes, emperadores u otras formas soberanas no tienen dominio directo ni útil sobre las propiedades de los particulares, eran nulos los trasiegos de territorios, tan frecuentes en los tratados de paz como lo era de forma encubierta en las encomiendas, si no mediaba el consentimiento del pueblo afectado por esta circunstancia:

“Ningún rey o príncipe, por soberano que sea, puede legítimamente por donación, venta, permuta o cualquier otro modo de enajenación, ceder ciudades, villas, castillos... a menos que consientan libremente en esta enajenación los súbditos, vecinos o residentes de tal ciudad, villa o comarca. Y si lo hace el rey de hecho contra la voluntad o forzando el consentimiento peca mortalmente y no tiene absolutamente validez jurídica tal enajenación, negociación o sometimiento”. (Conclusión II pár. XII-XXIII).

Y la conclusión *ad minus* que aquí nos trae es que tampoco los soberanos puedan disponer mediante de los derechos de reparación que corresponden a sus súbditos como consecuencia de los daños que la guerra haya causado en sus derechos y libertades naturales:

“Es doctrina común que si el gobernante, Emperador, rey o pueblo que conserva los derechos de soberanía, pacta con los enemigos acordando que los ciudadanos no puedan reclamar indemnización por los daños ocasionados, tal acuerdo no tiene validez ni puede ser perjudicial a los ciudadanos”. (Conclusión II pár. XI 3)

Así, las cláusulas de amnistía que figuraban en los tratados internacionales, que como muestra este *obiter dicta* conocía bien Las Casas, eran nulas, en general, y no vincularían a los súbditos porque “sería absurdo que el gobernante por razón de su renuncia privara de sus derechos a los ciudadanos”. A lo que cabría sólo oponer la misma excepción que emerge de su teoría política general en el resto de supuestos analizados:

“Por más soberano que sea, no tiene el gobernante potestad para donar, conceder, permutar o negociar con bienes o daños de los súbditos sin haber requerido y obtenido legalmente su consentimiento expreso”. (Conclusión II pár. I 1)

Extrapolando las ideas de *De Thesauris in Peru*, la consecuencia de esa nulidad si no hubiera mediado consentimiento expreso sería la obtención de las restituciones e indemnizaciones correspondiente a los particulares que habían sido hurtadas por la amnistía⁵⁸. Las Casas, como se ve, otorga aún más peso que el que se concedió en el *Liber/Fuero* a la teoría del consentimiento puesto que en el derecho godo se entendía incluido en el pacto original ascendente la capacidad regia de conceder amnistías o perdones, salvo en los casos de los delitos contra ‘gentis et patria’. E incluso en este caso era posible su concesión *sin volver a recabar la aceptación del pueblo*; basaba con el *adsensu* de los brazos aristocrático y eclesiástico. Las Casas, con la introducción novedosa de su idea de las libertades naturales y el pacto social, trabó una formulación bajo control del pueblo del alcance de la jurisdicción concedida.

⁵⁸ Así, en *De Thesauris in Peru*, tras la determinación de la nulidad de todos los títulos exhibibles por el Rey de España y los conquistadores, para ejercer la soberanía sobre el Perú, al situarse al margen de la Bula y no haber consentimiento válido, implicaba la obligación de restitución de todo, tierras y bienes, que habían sido hurtados o robados a los indios. *Los Tesoros*, cit. p. 35, pp. 368-69.

7. GROCIO: TEORÍA DEL ‘DOMINIO EMINENTE’

7.1. Protestantismo, derecho divino y absolutismo

En la misma época, en sentido opuesto a la doctrina de la Escuela Española, Lutero facilitó el afianzamiento dentro del pensamiento occidental de la Filosofía política también presente en el derecho romano y medieval: el derecho divino como origen de la soberanía encarnada por el príncipe. Legitimó por vías teológicas el pensamiento absolutista en el occidente cristiano que sería abrazado por el excomulgado Enrique VIII de Inglaterra (1491-1547) o por el ya *anglicano* Jacobo I de Inglaterra (1566-1625) –aunque también por el siempre católico Luis XIV de Francia (1643-1715)– Su pensamiento político-teológico vaciaba a los individuos de sus libertades naturales básicas en el orden temporal potenciándolas en el más vago orden espiritual⁵⁹. Resume su teoría política: a) *Los poderes ostentados por el Príncipe tienen un origen divino*. Particularmente citado por Lutero es el enérgico pasaje de Pablo, *Romanos* 13.1-2⁶⁰, donde se afirma el deber cristiano de obedecer a las autoridades constituidas no imponiendo obstáculos⁶¹; b) *sólo Dios puede juzgar al Príncipe y cualquier intento de restringir sus poderes es una herejía*, opuesta a la voluntad divina; c) De ahí emerge la *sumisión pasiva del cristiano a la autoridad del príncipe, incluso si la autoridad es mala o injusta*. La libertad del cristiano, aclara Lutero, es espiritual⁶² y no puede confundirse con la liberación social y política. Por ello, en lo relativo a la autoridad temporal ordena a los cristianos a “ser pacíficos en estos asuntos, sufrir, y quejarse sólo ante Dios”⁶³. Sufrir el mal es prueba de la Fe, “no hay que resistir al mal sino sufrirlo...”⁶⁴.

La implantación de estas ideas arrumbaba el modelo medieval de la soberanía temporal limitada por leyes externas –de derecho divino o de derecho natural– que

⁵⁹ ABELLÁN, J. *Martín Lutero sobre la autoridad secular*, Cuadernos de Historia Moderna 43 (2), 2018, pp. 337-345.

⁶⁰ “Sométase toda persona a las autoridades superiores; porque no hay autoridad sino de parte de Dios, y las que hay, por Dios han sido establecidas. De modo que quien se opone a la autoridad, a lo establecido por Dios resiste.”

⁶¹ LUTERO, M. *A la nobleza cristiana de la nación alemana* (1520). Otro de los pasajes citados es *Pedro* 2 13 y ss.: “Acatad toda institución humana, lo mismo al rey como soberano que a los gobernadores.”

⁶² LUTERO, M., *La libertad cristiana* (1520).

⁶³ LUTERO, M. “Exhortación a la paz en contestación a los doce artículos del campesinado de Suabia” (1525), *Escritos Políticos*, trad. J. Abellán, ed. Tecnos, 1986, p. 75.

⁶⁴ “Sobre la autoridad secular: hasta donde se le debe obediencia (1523)”, *Escritos Políticos*, cit., p. 50. M. Lutero, “Exhortación a la paz...”, *Escritos Políticos*, cit., p. 90.

tutelaba la Iglesia con su espada espiritual. En palabras de J. M³ Garća, la separaci3n completa de lo espiritual con respecto a lo terrenal consagraría la autonomía propia del Estado moderno pero también reforzaría el “derecho divino de los reyes”⁶⁵, sometidos sólo a sí mismos y a Dios de modo inmediato, y no a través de la Iglesia.

7.2. Grocio y la teorí del ‘dominio eminente’

El protestante Grocio (1583-1645) es deudor de esta concepci3n tan opuesta a la propia de la Escuela Espaól. De hecho, es el jurista más notable de la época que abraza la idea *dominus directus totius dominio*, corolario jurídico lógico de la teología luterana con independencia de que el holandés herrante creara otras formas no teológicas de fundamentaci3n dentro de su plan secularizador del Derecho de gentes.

7.2.1. Libertad natural, pacto social y soberanía como propiedad

La *editio prínceps* de *De Jure Belli ac Pacis* es de 1625⁶⁶. Contiene una compleja teorí política en los libros I y III. En el Lib. I Cap. III VIII refuta la idea de que la soberanía resida *siempre* en el pueblo⁶⁷. Se opone a la dogmática del pacto apasionadamente⁶⁸. Para llegar a esta conclusi3n, cuestiona la existencia de libertades naturales del individuo intangibles a transacci3n: “todo el mundo tiene el derecho de esclavizarse a sí mismo a quien quiera como propiedad privada”⁶⁹. La carga contra el pensamiento lascasiano (y a la Neoescolática espaól) ⁷⁰ sobre los límites del pacto es *in toto*:

⁶⁵ GARCÍA MARÍN, J. M., “La doctrina de la soberanía del monarca (1250-1700)”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teorí del estado, derecho público e historia constitucional*, núm. 1, 1998, pp. 21-86.

⁶⁶ En latín GROTIUS, *De iure belli ac pacis, libri tres*, vol. 1, Clarendon Press, 1925. Recoge una reproducci3n fotográfica de la edici3n de 1646. Traducciones al espaól propias tomando como referencia el texto en latín y la traducci3n al inglés de Fr. W. Kelsey, GROTIUS, *De iure belli ac pacis, libri tres*, vol. 2, Clarendon Press, 1925.

⁶⁷ La primera crítica de la teorí del pacto de Grocio la hizo Ch. ROUSSEAU, *Le contrat social*, I, 2. En el s. XX: G. DEL VECCHIO, *Lecons de philosophic du droit*, Sirey, Paris 1936, p. 64; D. F. SCHELTENS, “Grotius’ Doctrine of the Social Contract”, *Netherlands International Law Review*, vol. 30, núm. 1, pp. 43-60, y toda la bibliografía citada.

⁶⁸ GROCIO, *De Iure bellis... op. cit.* Libro I, Cap. III, VIII, 1.

⁶⁹ *Ibid.* invocando el derecho romano y hebraico.

⁷⁰ Cita a Fr. de Vitoria y a B. de Ayala e n el *Prólogo*, pár. 37 y 38. Vide A. RODRÍGUEZ, *La Neoescolástica y las raíces del constitucionalismo*, Comunicaci3n a la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 25 de agosto de 2004.

“¿Por qué, entonces, no le sería permitido a un pueblo tener la competencia legal para someterse a otra persona, u otras personas, de tal manera como para transferir completamente el derecho legal a gobernar, sin retener ningún vestigio de ese derecho para sí mismo. No se puede decir que esa presunción no es admisible, porque no estamos intentado averiguar cuál debería ser la presunción en caso de duda, sino si puede ser hecho legalmente”.

Recordemos que el sevillano había escrito una obra⁷¹, *Sobre la libertad de los Indios, que se hallaban reducidos á la clase de esclavos* (1552), dedicada a rechazar cualquier argumento que permitiera determinar que los indios americanos hubieran podido ser esclavizados válidamente por los españoles. Refutaba *inter alia* la validez del título que se hubiera obtenido mediante el propio consentimiento elevado a acta pública del indio persuadido con promesas de protección⁷² por mediación ignorancia o engaño sobre lo que este régimen suponía en derecho español. Tampoco era válido ese consentimiento si conducía a una situación ominosa⁷³. Incluso califica como fraudulenta la propia esclavitud practicada por los indígenas mejicanos que se derivaba de la venta de un indígena a otro por un precio (“dos mantas de algodón”)⁷⁴. En general, Las Casas presume toda esclavitud como ilícita –con pocas excepciones–. En contraste, para Grocio, “es odioso traer a colación los inconvenientes que resultan” de esta idea, esto es, del rechazo a la libertad de ceder de modo absoluto las libertades individuales a un tercero, el soberano, puesto que, según este autor, todo modelo de gobierno que se diseñe genera inconvenientes. En realidad, Grocio es un pensador ambivalente en términos de Filosofía política actual.

Es *moderno/pluralista* porque también afirmó que el pacto social no era la única fuente de los poderes soberanos; existían otras formas válidas de alcanzar la *summa potestas*⁷⁵; esto es a la par *reaccionario*; son igualmente jus-

⁷¹ Mi intuición como investigador de esta época es que Grocio conocía los escritos de Las Casas y los refuta aquí.

⁷² *Obras de Bartolomé de las Casas*, T. I, Paris 1822, Vol. II, a cargo de Llorente J. A, pp. 13 a 14.

⁷³ “Aun cuando los indios consintiesen voluntariamente...no puede V. M. lícitamente darlos...la experiencia tiene acreditado ser lo mismo que condenarlos a muerte cruel”, LAS CASAS, “Remedio contra la despoblación de las Indias Occidentales”, *Obras de Bartolomé de las Casas*, T. I, Paris 1822, Vol. I, a cargo de Llorente J. A. p. 299.

⁷⁴ *Ibid.* vol. II, p. 27. Para Grocio a la comunidad se llega por impulso natural. Al respecto, A. BRETT, “Natural Right and Civil Community: The Civil Philosophy of Hugo Grotius”, *The Historical Journal*, vol. 45, núm. 1 (Mar. 2002), pp. 31-51.

⁷⁵ GROCIO, *De Iure bellis...* cit. Libro I, Cap. III, VIII párr. 6 y 8.

tos moral y juŕdicamente un gobierno tiŕnico que uno democŕtico⁷⁶. Y es antimoderno tambín cuando resucita la otra rama de la Escuela de Bolonia que aceptaba una posible cesi3n de la *suma potestas* operada por el contrato social como absoluta en t́rminos substantivos y temporales⁷⁷. Como lo haŕ Hobbess ḿs tarde en *De cive* (1642)⁷⁸. Cuando el origen de la soberańa est́ en el pacto social ese acuerdo de transferencia *podía ser absoluto en el tiempo y en el modo. Se puede haber autovaciado cada individuo, para él y sus sucesores, de todas las libertades y derechos originarios naturales –hasta caer en la esclavitud– y haberlo hecho con valor indefinido en el tiempo, esto es, para siempre a partir del momento inmemorial en que se hizo*. Es v́lido plenamente someterse sin ĺmites a un tercero en el mundo temporal sin que pueda ser medida “con la mayor excelencia esta o aquella forma de gobierno [en abstracto], con respecto a la cual cada hombre puede tener su opini3n”.

Según el de Delft cada acto traslaticio ascendente, cuando este sea el fundamento de un poder temporal concreto, puede haber restringido ḿs o menos las libertades individuales originarias, incluso haberlas erradicado completamente; o, desde la otra cara de la moneda, puede haber concedido mayores o menores potestades al pŕncipe, inclusive poderes omńmodos. Habŕa que estudiar cada pacto traslaticio para ver si hab́a o no dependencia futura de superioridad entre el poder constituido y el poder constituyente⁷⁹. La atribuci3n de plenos poderes s3lo seŕa revocable en cualquier momento si aś se hubiera establecido en el acto de traslaci3n/recepci3n, *como era el caso de los Godos en España*, indica⁸⁰. Nada quedaba fuera del comercio al pacto social originario. Su apoyatura ḿs relevante de esta idea es la *Política* de Arist3teles –repudiado en esto expĺcitamente por Las Casas– en d3nde se afirmaba que algunos hombres son por naturaleza esclavos, esto es, “est́n dotados para la esclavitud, aś que hay ciertos pueblos constituidos de tal manera que entienden mejor c3mo deben ser gobernados que c3mo gober-

⁷⁶ *Ibid.* ṕr. 13. Similar a Fr. SUÁREZ, *De legibus*, Libro III Cap. III 167-II, 168-I; Cap., IV 169-II, 170-I. Debi3 leerlo. En este sentido tambín A. BRETT, “Natural Right...”, cit., p. 34.

⁷⁷ No cita fuentes. En tiempos de la *Querrela de las investiduras* otros bolonios sostuvieron que la *Lex regia* hab́a trasladado la soberańa del pueblo al emperador con caŕcter indefinido e irrevocable. Entre otros, Irnerio, Accursius, el Hostiense, Faenza y Placentino, perdiendo aś el pueblo romano *omnis potestas*.

⁷⁸ HOBBS, *De cive*, Debate, Madrid, 1993, pp. 53, 55, 66-67. Aunque hay importantes diferencias en matices. Al respecto, M. HARVEY, “Grotius and Hobbes”, *British Journal for the History of Philosophy*, núm. 14 vol. 1, 2006, pp. 27-50.

⁷⁹ *Ibid.* IX 1.

⁸⁰ *Ibid.* XI 3.

nar". También rechaza que la validez del poder constituido dependa universalmente de que se haya establecido para el bien de aquellos que son gobernados, y que de ahí se derive la superioridad del poder social/constituyente sobre el poder constituido⁸¹.

El pacto de Grocio, así, es tan minimalista y vacío, como un cheque en blanco; se hace sin ninguna contraprestación del lado de quien recibe la *summa potestas*. Algo así sería nulo incluso en la teoría del contrato privado que presume contrapartidas. Grocio valida el pensamiento de Lutero de sumisión total al gobierno establecido por otras vías seculares⁸². La consecuencia dimanante de su filosofía política realista es exactamente la misma. Todo esto le conduce, a su vez, al rechazo de la conclusión básica de Las Casas sobre el carácter no patrimonial de la soberanía. Sólo concibe esta posibilidad en los casos ciertos en los que la soberanía se haya conferido al Rey mediante la voluntad del pueblo con ese efecto concreto. En estos supuestos sí regiría la idea de Las Casas según la cual no se podría presuponer la voluntad del pueblo de otorgar el derecho al Rey de alienar su poder soberano⁸³. Grocio convalida, en definitiva, los modelos absolutistas existentes y pasados, como justos, y a los que se debía obediencia por igual.

7.3. Dominio eminente y amnistía

Las Casas fijó, además, una clara distinción entre *jurisdicción*, un atributo de la soberanía; y *propiedad*, un derecho civil, y a través de esa diferenciación, limitó aún más el poder soberano, en especial, para transmitir o alienar derechos sobre un territorio o sobre las propiedades privadas como sucedía con las encomiendas. De este modo llegaba a la nulidad de las encomiendas o de otras decisiones soberanas en las que se dividía y transmitía la soberanía sobre un territorio, como si todo ello fuera una hacienda bajo propiedad del Rey, *sin el consentimiento del pueblo*. En contraste, y como corolario de su forma de racionalizar el poder soberano como algo potencialmente omnímodo a lo que se podía haber llegado incluso mediante pacto constitucional, Grocio afirma que "en algunos casos el poder soberano se ostenta con plenos derechos de propiedad, esto es en patrimonio", tratando así a las personas

⁸¹ Ibid. VIII 14.

⁸² Secularizar el su teoría del Derecho es uno de los objetivos expresados en Preámbulo: "non esse Deum, aut non curaria ab eo negotia humana". Ibid. Prolegomena, 11, 13.

⁸³ Ibid. XIII 1.

como propiedades⁸⁴, pudiendo así un soberano enajenar un pueblo entero, en el sentido de transferir libremente como quien transfiere una propiedad, la soberanía perpetua que él ostenta a un tercero como un derecho válido. Empieza así este autor a recuperar, en el marco de su filosofía sobre la titularidad y alcance de las potestades públicas, otra antigua teoría medieval, la del ‘dominio eminente’, rechazada por La Casas, que fundía en la voluntad soberana plena jurisdicción y propiedad sobre y de las cosas y personas de un Estado. Este andamiaje político-jurídico tiene consecuencias previsibles cuando aborda el tema de las amnistías aprobadas por los soberanos en tratados internacionales, aunque se pueda deducir que sus conclusiones se trasladan a cualquier tipo de amnistía o figura similar de su propio escrito.

En el Capítulo III, del Libro I se aborda la naturaleza del poder público soberano (*summi imperii explicatio*). Introduce un primer plano de esa integración de la propiedad dentro de la soberanía como algo cosustancial al imperio. El cuadro teórico es rico, como todo en Grocio. Parte de la división del poder político (*potestatis civilis*) del Estado (*civitas*) en tres facultades normativas (*facultas moralis*): nombrar a sus propios cargos públicos, dictar sus propias leyes, y adjudicar según sus propios criterios. Ese poder “se llama soberano cuando sus acciones no están sujetas a control de ningún otro poder de tal modo que no puede ser anulado por el arbitrio de ninguna otra voluntad humana salvo su propia potestad soberana (*summa postestate*) o la de sus sucesores”⁸⁵. Así, el poder soberano, sea quien fuere el que lo ejerciere, dicta leyes y adjudica disputas, siguiendo la máxima de Ulpiano *princeps legibus solutus est et quod principi placuit legis habet vigorem*⁸⁶: su voluntad no queda sometida a ninguna otra voluntad temporal siendo ésta válida como se manifieste en cada momento (*voluntare mutare licet*). Pues bien, en esa *summa potestate* está integrado, *per se*, un derecho especialísimo cuando actúa en su capacidad pública (*publica sunt actiones*): “in quibus comprehenditur & dominium eminens, quod civitas habet in cives & res civium as usum publicum”⁸⁷. Es decir, forma parte integrante del poder soberano básico, sea como se hubiere constituido, *la propiedad suprema sobre cosas y personas* para la ‘utilidad pública’, al igual que integran esa soberanía básica el derecho a hacer la guerra, la paz o los tratados⁸⁸. Hay algo así de *ordinatio ad unum*

⁸⁴ Ibid. XII 1.

⁸⁵ Ibid. Libro I Cap. III VII 1.

⁸⁶ *Digesto*, I, III, 31; e *Instit.* I, II, 6.

⁸⁷ GROCIO, *De iure belli*, cit. Lib. I, Cap. III, VI. 2.

⁸⁸ Ibid.

agustiniana en este forma de modelar el poder soberano; una subordinación de todo a la unidad a través de la soberanía, como Dios une en su persona todo el gobierno de los cielos.

7.3.1. Características del dominio eminente

Este ‘dominio eminente’, como plano integrante objetivo de la *summa potestas* guiada hacia la utilidad pública, no es para Grocio un modo de ejercer castigo contra alguien como consecuencia de un acto ilícito previo, sino propiamente un derecho a limitar derechos particulares para dar satisfacción a la *utilitas publicae*. No requiere ofensa para su ejercicio. No forma parte integrante del *ius puniendi*. Es derecho superior soberano de propiedad, ejercitable por razón de utilidad pública cuando exista una relación de superioridad entre el que ejerce ese dominio y el que ostenta el derecho así limitado o anulado, cualquier súbdito bajo su jurisdicción⁸⁹. La *publicam utilitatem* es además diferenciada propiamente del estado de necesidad (*summa necessitate*), que también justificaría esa destrucción o pérdida de la propiedad por el particular⁹⁰, lo que le daba el mayor efecto expansivo posible. Declarada la utilidad pública el derecho de propiedad suprema se tenía sobre todos los bienes, derechos y personas, aunque su ejercicio, al no ser punitivo, daba lugar a una obligación del Estado que creaba un derecho nuevo sustitutivo en el patrimonio del perjudicado: la obligación de resarcir al ciudadano por el daño recibido a sus derechos que no emergía como castigo por sus actos ilícitos previos⁹¹. El dominio eminente así es la categoría general que otorga poderes al soberano para *expropiar* bienes de los particulares por la utilidad general⁹². En fin, en el desarrollo de su doctrina del dominio eminente Grocio hace otra interesante distinción entre el titular del mismo y quien lo ejerce en su nombre: “*ius superemines dominio in res subditorum, quod civitati competit & ejus nomine a summam potestatem habente exercetu.*”⁹³. Así, este derecho le pertenece al Estado en su conjunto (*‘civitas habet’, ‘civitati competit’*) pero es activado en su nombre por quien ejerce los poderes máxi-

⁸⁹ Id. Lib. II Cap. XIII, XX 3; y Cap. XIV, VII, donde distingue castigo de ‘supereminentis domini’.

⁹⁰ Ibid Lib. III Cap. XX VII.

⁹¹ Ibid. Lib. II Cap. XXI, XI; también Lib III XX VII 2, con más desarrollo.

⁹² ‘Eminent domain’ es uno de los términos en los EEUU para la expropiación, v. Kohl v. US, 91 U.S. 367 (1876).

⁹³ Ibid. Libro III, Cap. XIX, VII 1.

mos. El soberano que ve maximizados sus poderes alegando la mera utilidad o interés ṕblico, pero que en ́l est́ exento de responder por su uso ante la *civitas* porque no deriva su potestad ḿxima de un pacto social, o lo hace ślo de modo muy remoto y a t́tulo de derecho ya propio. Esta teoŕa la proyectó para validar la figura de la amnist́a.

7.4. Amnist́a y dominio eminente

7.4.1. Internacional

Grocio en su *Libro III* recoge un conjunto de reglas del *ius in bello*. En su Capítulo X pár. IV afirma que cuando la guerra se vuelve injusta por raźn de su conducci3n es responsabilidad del Estado, de los oficiales y de los soldados responder por los males causados. Pero el Capítulo XX, pár. VII del mismo libro, titulado “Sobre la buena fe de los Estados por la que la guerra finaliza” descubre el contrapunto realista y generalizado por la pŕctica entre los Estados: “las guerras finalizan bien cuando terminan con el perd3n”. Es la salvaguarda de la “utilidad ṕblica” ejerciendo el “dominio eminente” lo que va a posibilitar este feliz final. Evitar el gran daño del reino como se ñalaban tambi3n las *Partidas*. Al “organizar la paz”, dice, “¿qu3 conclusi3n con respecto a la propiedad de los śbditos puede ser adoptada por reyes que no tienen otro derecho sobre la propiedad de sus śbditos que el heredado en el poder real?”. Y responde: “la propiedad de los śbditos pertenece al Estado bajo el derecho de dominio eminente”, por lo que en consecuencia, “puede usar la propiedad de los sujetos e incluso destruirla o enajenarla... en favor de la utilidad ṕblica; y para el beneficio ṕblico de esas mismas personas que formaron el cuerpo poĺtico.” Agregando que cuando esto sucede “el estado est́ obligado a reparar a expensas ṕblicas el daño a quienes pierden sus propiedades...”

Esta situaci3n se extiende en el pár. XV tanto sobre reclamaciones patrimoniales como penales, ṕblicas o privadas “por los daños causados por la guerra” y “en caso de duda, se presume que los beligerantes teńan la intenci3n de llegar a un acuerdo tal que ninguno de los dos seŕa condenado como culpable de injusticia”. ¿A qu3 utilidad ṕblica se refeŕa? El pár. XVII es claro, el “temor a que la paz no sea una paz perfecta si deja las viejas causas de la guerra”. Esta utilidad ṕblica, obviamente, no deb́a ya coincidir necesariamente con la protecci3n de las libertades naturales de los śbditos pues esto alcanza incluso (par. XVIII) al derecho “de las personas privadas a inflir

gir castigos” a pesar de que estas reclamaciones se podrían llevar a cabo posteriormente en tribunales que juzgaran meramente a individuos concluida la guerra, dado que “los castigos siempre causan odio” y cabe entender “que este derecho también puede entenderse como renunciado” por el soberano. La figura de la amnistía de Grocio representa así la apoteosis del poder soberano liberado de límites que puedan emanar de las libertades naturales del individuo de las que parte Las Casas en su teoría política. Grocio presume la renuncia a todas las libertades naturales; Las Casas presume su vigencia salvo pacto expreso en contra.

Grocio cita como fuente de esta idea al jurista germano Andreas von Gail en *Observationes practicae* (1578)⁹⁴. Este autor, en efecto, afirmaba el derecho del príncipe a disponer de los bienes de sus súbditos como parte de los arreglos para la paz para evitar daños mayores. Pero Gail no apela como fundamento de esta afirmación al ‘derecho eminente’. Si habla de la ‘*communem et publicam utilitatem*’ y de la doctrina del mal menor; evitar los males mayores que se derivarían de la continuación de la guerra. De hecho, la doctrina del ‘dominio eminente’ se debe atribuir propiamente al decretalista Enrique de Sousa (1200-1271 d. C) –el Ostiense u Hostiense– que también citaba Las Casas cuando diferenciaba ‘jurisdicción’ de ‘dominio o propiedad’ para calificar su idea del ‘dominio eminente’ como un *magnus error* puesto que el rey no es *dominus in suo regno* a título de propiedad sino solamente de jurisdicción. Grocio es por ello el jurista más notable de la época que abraza incondicionalmente la afirmación de que el Rey es *dominus directus totius domini*, tanto público como privado. Es paradójico saber que el Ostiense, formulador de la doctrina del ‘dominio eminente’, nunca extendió sus efectos a la cuestión de la cancelación mediante los acuerdos de paz de los daños sufridos por el pueblo durante la guerra: “*Principes per se non potest componere de damnis datis populo occasione guerrae... quia neotium regis negotium universitatis regni, et ideo etiam sufficit consensus partis maioris maiorum regni.*”⁹⁵

¿Qué es así la doctrina del “dominio eminente”? Lo más opuesto a la doctrina de Las Casas. La potestad omnímoda del soberano para limitar o anular los derechos y libertades naturales del individuo en caso de necesidad o de mera ‘utilidad pública’, disponiendo de ellos; una idea incluso mucho

⁹⁴ En *Annotata Caput XX* par. VII del Lib. III, p. 569, como Gail II obs. 57, es la *Observatio LVII*.

⁹⁵ Hostiensis, *In secundum Decretalium librum commetaria*.(1581), tit. I, De iure iurando II, 24, cap. 18, n. 3, p. 130.

más abstracta, dinámica y radicalmente política que el “merecimiento”, la “gracia”, el “perdón”, o la “misericordia” de las *Partidas*: la posterior ‘razón de Estado’ impenetrable a la que accedían los sacerdotes laicos definidores del ‘bien común’.

7.4.2. *Interna*

Tal concepción expansiva de la soberanía también surtía efectos en el plano del Derecho interno con respecto a perdones, amnistías, gracias, etc. Se desarrolla en el Libro II Cap. XX *De poenis*, especialmente en párs. XXI-XXVII. Se pregunta allí si es lícito condonar lo prohibido (*veniam dare liceat interdum*) y rechaza todo argumento contrario. La pena debida es una obligación del penado, pero no un deber de quien debe imponerla, sino una facultad de hacerlo concedida tanto por el derecho natural como por las leyes penales positivas (pár. XXI). Esto es así por distintos motivos, uno de ellos, por la conexión que hay siempre entre la pena y sus fines. Se puede ahorrar la pena si los fines para los que se planteó el castigo no son luego necesarios; o si se han vuelto menos relevantes frente a otros fines emergentes; o si se pueden alcanzar los mismos fines por otros medios menos lesivos que los inicialmente previstos al determinar el castigo de una conducta (pár. XXII). El ‘bonum publicum’ podía hacer que se omita el castigo exigido (pár. XXIII). Y esto es así (par. XXIV) aunque el legislador esté obligado por sus propias leyes, *i. e.*, cuando la pena es de carácter público. La razón en este caso remite indubitablemente a la concepción del poder soberano como poder legislativo, que “puede derogar por completo la ley”, *ergo*, “como el legislador tiene el poder de derogar la totalidad de una ley, así en el caso de alguna persona en particular, o acción individual, puede también relajar su rigor, permitiendo que permanezca en otros aspectos, como estaba antes”⁹⁶. Así, con carácter general “*rektoribus pro arbitrio punienda aut dissimulanda relinquenterentur*”⁹⁷. Es decir, el que ejerce los máximos poderes puede castigar su comisión o ‘dissimulanda’, esto es, no perseguir los delitos bajo su jurisdicción. Otra vez no se señala si se está refiriendo al perdón o a la amnistía, en sentido propio, pero toda la redacción tiene un aroma de discrecionalidad máxima. La amnistía interna, con sus efectos actuales, encuentra expreso acomodo en otro lugar del escrito.

⁹⁶ Pár. XXIB.

⁹⁷ Libro II Cap. XXI *De poenarum communicatione*, III. Id. *ibid.* XXV-XXVI.

El Libro III hace mención frecuente a las guerras de carácter interno y las reglas aplicables a las mismas. Aquí interesa la que emerge en su Capítulo XIX titulado ‘Sobre la buena fe entre los enemigos’. Se pregunta en qué medida en general se deben respetar las promesas o compromisos que se alcance con los enemigos en las guerras. Responde, para las guerras internacionales, que deben ser respetados, incluso si se libran contra un tirano, o si se ha hecho a quien ejerce la piratería, calificada por Grocio como *delicta iuris gentium*. ¿Pero qué sucede con las guerras internas en las que el enemigo es la parte rebelde de un Estado, los *subditos bellantes*? La respuesta (pár. VI) es que no se puede castigar ni a rebeldes ni a desertores si media promesa, para finalizar la guerra, de que no serán castigados por su rebelión o por los actos realizados durante la contienda, *incluso si no tuvieran un derecho o causa legítima para luchar contra el soberano*. Curiosamente para la justificación de estas amnistías Grocio con arrojo y pragmatismo crea una excepción a la doctrina del ‘dominio eminente’.

La invocación de esta teoría tiene aquí contraindicaciones severas. Una vez conseguida la paz mediante el acuerdo de amnistía acordado con los rebeldes podría privarla de efectos si con las aguas ya calmadas el soberano invoca su derecho de ‘dominio eminente’ frente a los derechos que emanan de la amnistía recogida en el acuerdo celebrado con los sediciosos que ya habían vuelto a quedar plenamente bajo su soberanía (pár. VII). Si rige el dominio eminente, podría luego eliminar el derecho a la amnistía de los rebeldes, como con cualquier otra posesión o derecho, invocando la ‘utilidad pública’. Pero entonces, reconoce que si estos acuerdos de paz internos pudieran ser anulados de tal modo, “no habría ninguna esperanza de acabar una guerra excepto mediante la victoria de una de las partes”. Por lo que concluye que *no cabría el recurso al derecho de dominio eminente para hurtar los efectos de la amnistía dada acordada con los rebeldes* puesto que este derecho no se debe ejercer de modo indiscriminado (*non promiscuo competere*) sino para el beneficio de la comunidad (‘*communiter expedit*’) y estos pactos se han realizado para la conservación del Estado que es el bien común. Además, habría una imposibilidad de *compensar* el ejercicio del dominio eminente si esto eliminaba la amnistía puesto que los rebeldes serían ejecutados, algo materialmente imposible de compensar a los mismos, que era la otra condición para dotar de validez a las expropiaciones de derecho. No obstante, el dominio eminente, con efectos más limitados, debía seguir siendo el fundamento latente de esa amnistía de los rebeldes con respecto a los súbditos que

no se rebelaron y sufrieron los daos causados por unos u otros durante la contienda si las amnistías internas para este tipo de guerras cubrían, como las amnistías internacionales, no sólo los delitos contra ‘gentis et patria’, sino también los daos privados causados durante la guerra al resto de súbditos no rebeldes. La ausencia de derechos de estos terceros particulares para reclamar por los daos causados por las acciones de la guerra atribuibles a los rebeldes sólo podía explicarse bajo la doctrina del derecho eminente; el Rey les habría despojado de los mismos por utilidad pública, y habría debido, por consiguiente, reparar el dao a expensas públicas.

8. PAZ DE WESTFALIA (1648) Y OTROS TRATADOS

Las guerras, de todo tipo, continuaron en gran número, y tras ellas, los tratados de paz, y con los tratados de paz ¿la doctrina de Grocio o de las Casas respecto a la amnistía?

8.1. Amnistías grocianas (ss. XVII a XIX)

Predominó absolutamente Grocio. Los principales tratados de paz celebrados desde el s. XVII incorporaron de modo casi invariable cláusulas que, con uno u otro alcance, recogen la “amnistía”, “perdón”, u “olvido”, o todo ello junto, de los crímenes y daos que se hubieran cometido por los beligerantes en los tiempos de la guerra que persiguen cauterizar⁹⁸. Por citar algunos notorios, en el s. XVII se encuentran cláusulas de amnistía en el art. 2 del *Tratado de Paz, Alianza y Comercio entre España e Inglaterra*, o *Tratado de Londres* (1604)⁹⁹; en el art. III del Tratado de Nimega (1678), entre Francia y las Provincias Unidas¹⁰⁰ que pone fin a la *Guerra de Holanda* (1672-1678); o en el art. III del Tratado de Riswick de 1697, entre el Rey de España y el Emperador¹⁰¹. Todos ellos resultan interesantes en la medida en que son va-

⁹⁸ F. Z. NTOUBANDI, *Amnesty for Crimes against Humanity Under International Law*, 2007, M. Nijhoff, pp. 16-18.

⁹⁹ *Tratado Paz, Alianza y Comercio* entre Felipe III, los Archiduques Alberto e Isabel Clara Eugenia, y Jacobo I, ABREU, *Colección...* cit. Parte I, 1740, p. 249.

¹⁰⁰ *Tratado de Paz, Alianza y Neutralidad entre el Rey Cristianísimo de Francia y los Estados Generales de las Provincias Unidas*, hecho en Nimega el 10 de agosto de 1678, v. *Prontuario de los Tratados de Paz, alianza y Comercio de España*, Parte I, II, III, Madrid 1752, p. 179.

¹⁰¹ *Tratado de Paz, Alianza y Amistad entre España y el Imperio Sacro Germánico*, 20 de septiembre de 1697, en *Prontuario de los Tratados de Paz, alianza y Comercio de España*, Parte I, II y

rias las disposiciones de sus textos que concretan con precisión de detalle la amnistía que puede figurar primero sólo de modo muy genérico.

El art. III del *Tratado de Nimega*, por ejemplo, es bastante parco. La paz se cierra “sin sentirse de las ofensas, ò daños que han recibido, assi en lo pasado, como con motivo de dichas guerras”. Pero los efectos jurídicos de esta regla se fijan en el resto del articulado asociados. Así: a) *Aquellos a quienes se les hubiera embargado o confiscado bienes con ocasión de la guerra o sus Herederos, debían ser restituidos en la posesión de los mismos sin necesidad de recurrir a la Justicia, quedando anulada cualquier decisión fiscal o judicial que se hubiera producido al respecto* (art. V). Esta cláusula es idéntica en sus efectos a la del Tratado de Câteau-Cambresis y restituía en sus derechos a los que, por decantarse por uno y otro bando durante la contienda, fueron objeto de embargo o confiscación de sus bienes y derechos civiles; b) *Y todos los prisioneros de guerra hechos debían ser entregados por una y otra parte “sin distinción, ò reserva, y sin pagar rescate alguno”* (art. XI), esto es, con indiferencia de las conductas que hubieran realizado en campaña. El Art. XIV del *Tratado de Riswich* contiene otra disposición de liberación incondicional de los presos de guerra e incorpora artículos de restablecimiento en todos sus derechos a los súbditos de ambas partes (arts. XVIII. XIX y XX) anulando cualquier sentencia o juicio emitido “como no se huviessen dado, ni pronunciado”. Pero la cláusula absoluta de amnistía, la cláusula de cláusulas, la que refleja perfectamente en del Derecho internacional clásico el triunfo de Grocio se encuentra en la *Paz de Westfalia* (1648).

8.2. Art. II del Tratado de Osnabrück (1648)

Tras la proclamación de la paz perpetua entre todas las potencias firmantes –Europa en su conjunto– el Art. II del *Tratado de Osnabrück* (1648) establece que:

“Habrà de ambas partes un perpetuo olvido, y perdón general de todas las hostilidades, que desde el principio de estos movimientos se han hecho recíprocamente, en cualquier lugar, o modo, por una, u otra parte; de suerte, que ni por causa, o pretexto de ellas, o de alguna otra cosa, haga uno a otro de aquí en adelante, o permita que se haga alguna hostilidad, o perjuicio, molestia, o

III, Madrid 1752, pp. 317 y ss. Misma fecha y lugar para *Traité de Paix entre Louïs XIV, Roi de France, et les Seigneurs Etats Generaux des Provinces-Unies des Païs-Bas*, art. II con cláusula de amnistía. DU MONT, *Corps Universel...*, cit., Tome VII, Partie II, pp. 381-383.

*impedimento, en cuanto a las personas, Estado, bienes, o seguridad, por sí, o por otros, oculta, o manifestamente, directa, o indirectamente, por vía de derecho, o de hecho, en el Imperio, o en alguna otra parte fuera de él, no obstante cualesquiera pactos que hayan precedido en contrario; sino que recíprocamente todas, y cualesquiera injurias, violencias, hostilidades, daños, y gastos hechos por una, y otra parte antes, y durante la Guerra, de palabra, por escrito, o de hecho, sin consideración de personas, o cosas, serán abolidos de tal modo, que todo lo que con este pretexto puidere pretender uno contra otro, quedará en perpetuo olvido*¹⁰².

Los hechos amnistiados no son, como es notorio, de una naturaleza distinta los que podrían ser calificados como crímenes internacionales hoy –o entonces–. El ser humano conserva en el interior esa pulsión hacia el primate que somos, apenas oculto bajo micras de corteza gris, y siempre dispuesto a emerger si se dan las circunstancias. Sin embargo, el uso de las palabras “perpetuo olvido” y “perdón”, remite a la idea del mayor rango de efectos normativos posibles: el *perdón* cristiano de los condenados por estos actos durante la guerra, de uno u otro lado, y consiguiente *liberación* espiritual en la tierra; el *olvido griego* o ‘amnesia’ de los hechos no enjuiciados; el archivo jurídico del Rey Sabio de cualquier proceso pendiente de solución. Todo modo de reparación particular o público quedó anegado, sometido al bien común de la “paz pública” dispuesta por los soberanos, *sin que jamás se solventara proceso de consulta a los súbditos*. Para los firmantes, *cualquier reclamación* de Estado a Estado, o de los particulares entre ellos, o de un particular frente al Estado, podía suponer una amenaza tal a la paz tan arduamente lograda que no merecía la pena ser considerada. Se debía evitar, por encima de todo que se “haga alguna hostilidad, perjuicio o molestia” entre los firmantes. Es muy claro también, en este sentido, el art. 4 del *Tratado de los Pirineos* (1659), colofón final de la *Paz de Westfalia*, por el que quedó prohibido tanto “manifestar ningún género de sentimiento de todas las ofensas, y daños, que pudieren haber recibido durante la Guerra” como “hacer averiguación de ello por justicia, o de otro modo, con cualquier pretexto que sea” ni pueda nadie¹⁰³.

¹⁰² *Tratado de Paz de Osnabruch*, 14 oct. 1648, J.A. ABREU, *Colección... cit.* Parte V, 1750, p. 476 y ss.

¹⁰³ *Tratado definitivo de Paz y Comercio* entre las Coronas de España y Francia, o *Tratado de los Pirineos*, 27 de noviembre de 1659, en J. A. ABREU Y BERTODANO, *Colección... cit.* Parte VI, 1751, p. 121.

Se trata en todos los casos, atendiendo a su ubicación principal en los tratados, de una pieza jurídica clave para conseguir la *paz*, el cierre definitivo de las hostilidades, cuyas condiciones se cerraban en los tratados. La *ratio* que anida en su aprobación no es en nada distinta a la que abogaría todavía hoy día en favor de la incorporación de amnistías a procesos de pacificación interna o de transición democrática y no tuvo en cuenta las razones de Las Casas al formular su teoría limitativa. Se debía evitar que la herida de la guerra volviera a abrirse. La *paz perpetua*, nombre que adoptarán muchos de los tratados de paz de éste período y de otros posteriores, se concluye a través de una *olvido perpetuo y completo*, ajustado por los soberanos mediante la concesión de menguas y acrecimientos de territorios soberanos de uno u otra parte; el acuerdo de matrimonios de conveniencia entre nobles herederos para asegurar títulos sucesorios futuros; y la renuncia por medio de las cláusulas de amnistía a la reclamación o castigo de cualquier otra responsabilidad, pública o privada, patrimonial o criminal, derivada de las causas o consecuencias de la guerra que no se hubiera fijado expresamente en el tratado de paz, junto con la liberación de los presos de guerra de los contendientes, cualquiera que hubieran sido sus conductas durante la contienda armada.

Cierto es que no todos los tratados internacionales de paz del período clásico del derecho internacional contienen cláusulas de amnistía. Ilustrativamente, no se ha encontrado cláusulas de amnistía en el Tratado de Campo Formio (1797); o en los Tratados de Lunéville y de Amiens (1801). Pero, en realidad, como explicaba E. Vattel (s. XVIII), esta ausencia de cláusulas de amnistía no era concluyente en cuanto a la existencia o no de amnistías *de facto*. El jurista suizo hizo suyas las razones y alcance de las amnistías de paz que leyó en Grocio y *presumió de modo general su existencia en caso de silencio*, “aunque en el tratado no se dijese una palabra, la amnistía se comprende en él necesariamente por la naturaleza misma de la paz.”¹⁰⁴ En el siglo XIX Pando reitera sin cambios la posición, añadiendo un matiz que da aún más sentido aún a estas cláusulas. Los tratados de paz son una transacción que no persigue resolver quién tenía justo título para iniciar la guerra. Son simplemente un compromiso entre beligerantes sobre lo que cada cual acepta para abandonar la persecución de sus pretensiones por la fuerza¹⁰⁵.

¹⁰⁴ E. VATTEL, *El Derecho de Gentes ó Principios de la Ley Natural*, Tomo II, Madrid, 1834, p. 278.

¹⁰⁵ J. M. DE PANDO, *Elementos del Derecho Internacional*, Segunda Edición, Madrid, 1852, §. CCXXII, pp. 581-582.

9. REFLEXIONES GENERALES

La sombra de las amnistías, como la del ciprés, es alargada. En cualquiera de los contextos históricos al que se acuda desde el III Milenio a. C. consta la aprobación de amnistías. Cada uno de ellos generó pautas propias de fundamentación de la validez de las amnistías: el acuerdo de la Asamblea, el interés general y la ética del buen gobierno en Atenas; la *summa potestas* del pueblo, el Senado, o del Emperador romanos, etc. Llegados al tramo medieval se percibe un momento de recombinaón de todas estas formas de fundamentación pasadas por el tamiz del pensamiento cristiano. Se busca entroncar su validez también en la conciencia moral cristiana de los príncipes, sin renunciar a la invocación de las más antiguas razones ligadas a la simple oportunidad de su concesión para preservar el interés general. La orientación moral del poder soberano que inician los escritos de teólogos como San Agustín (s. IV-V), “cuál y cuán verdadera sea la felicidad de los emperadores cristianos... Si conceden perdón no para dejar impune la justicia, sino por la esperanza de la enmienda”¹⁰⁶ pasó a ser un modo complementario de fundamentar el poder de conceder amnistías. Superpuesto a ese acervo milenarío asomaron las dos primeras especulaciones teóricas sobre la validez de las amnistías fijadas en tratados internacionales en los siglos XVI-XVII d. C.

Para su doctrina Las Casas partió de su teoría de las libertades naturales y el pacto social ascendente. La soberanía era *propia del pueblo*; recibida por los reyes *de modo inmediato de manos del pueblo*; el acto de traslación era el *libre consentimiento de los hombres*; y la traslación no era absoluta ni temporal ni sustantivamente. Las libertades originales permanecían vivas salvo en lo afectado expresamente por el pacto traslativo, sin que se pudiera presumir una entrega al soberano de la propiedad junto con la jurisdicción. Esto implicaba la necesidad de volver al cuerpo social en cualquier momento futuro en el que se quisiera aumentar las atribuciones cedidas a quien ejerciera la *summa potestas*. Como el pacto original no se extendía expresamente a la capacidad para disponer de derechos privados las amnistías que se colocaban en los tratados internacionales eran nulas si no habían sido aceptadas expresamente por todo el cuerpo social que, por mor de su adopción, iba a verse privado o limitado en sus libertades fundamentales.

Por el contrario, Grocio extendió un cheque en blanco al soberano temporal para acordar amnistías en los tratados de paz. Todo poder público ejercido en la tierra emanaba de Dios, fuera cual fuera el origen de su titularidad concreta, y la *summa potestas* se transformaba no sólo en el ejercicio de las máximas competencias legisla-

¹⁰⁶ SAN AGUSTÍN, *La Ciudad de Dios*, Libro V, Capítulo XXIV.

tivas, judiciales y ejecutivas, sino también en un ‘dominio eminente’ o propiedad superior para disponer –donar, alienar, suspender la posesión, expropiar– sobre cosas y personas que le permitía libremente, para velar por la ‘utilidad pública’, disponer de los derechos privados de sus súbditos, con la única condición de compensar el daño causado al súbdito por su ejercicio. Concedió así validez absoluta a las cláusulas de amnistía fijadas en los tratados de paz frente a cualquier tipo de daño y forma de persecución, pública o privada, patrimonial o penal. Incluso acepta la posibilidad de que la amnistía se extienda a hechos anteriores al inicio de la guerra. La existencia de esta cláusula de amnistía debía incluso ser presumida si no se recoge como tal en los tratados de paz. El fin último al que debían subordinarse todos los derechos individuales es lograr una “paz perfecta” que se convierta en esta situación en el interés público esencial. El derecho que ejerce el Estado a través del soberano para garantizar esa “utilidad pública” es el “dominio eminente”. Y crea una obligación sustitutiva de compensar el daño que se efectúa al particular al proceder de este modo en beneficio del interés general. ¿Cómo trató la Historia las ideas de Las Casas? Cayeron en el olvido. Durante siglos predominó la teoría absolutista del ‘dominio eminente’ relativa a la configuración de los poderes políticos que se extendió a la concepción de la soberanía de los Estados democráticos que emergieron a partir del s. XVIII. Es el origen de la teoría de la razón de Estado y de la institución de la expropiación de bienes privados por el interés general. Llevemos este conocimiento ahora al gaseoso presente.

En términos éticos y políticos hoy día las amnistías se avalan o discuten mediante dos grandes argumentaciones antagónicas con posturas eclécticas entre medio y, a su vez, en cada extremo, con diversidad de matices. Una *doctrina del mal menor necesario*, impregnada de utilitarismo, concede prioridad al logro de la “paz”, es decir, el cese de hostilidades armadas para cerrar una situación previa de conflicto, por encima de otras consideraciones relativas, por ejemplo, al castigo de una u otra parte en el mismo. Esta doctrina dominó a nivel académico e institucional hasta mediados los noventa. El *logro del fin de esa violencia armada o imposición política* de unos contra otros, en una circunstancia extrema de vulneración de los derechos más básicos de la persona –la guerra, y en un escalafón inferior, la dictadura con uno y otro sesgo– es el primer objetivo o interés general a satisfacer para alumbrar condiciones más favorables para la vida colectiva e individual. Su obtención debe afrontarse dejando a un lado afrentas pasadas y de ahí que se renuncie a la persecución de hechos que, en circunstancias ordinarias, debieran ser castigados. El mal menor, así, no se desliga nunca de la protección de los derechos humanos. Entiende que impedirá su vulneración sistemática a futuro, puesto que las guerras –o las dictaduras– son un contexto de limitación máxima de los mismos. Y la amnistía es una condición *sine qua non* para

facilitar el cese de las hostilidades. El antiguo puente de plata al enemigo que se plantea retroceder.

La otra corriente la denomino *doctrina de la reparaci3n íntegra*. Se centra en abordar estas situaciones desde la protecci3n ḿs completa posible de los derechos de las v́ctimas como único mecanismo de salida a largo plazo del conflicto. Observable especialmente en las dos últimas d́cadas, parte de un escepticismo general respecto al valor poĺtico real de la concesión de amnistías, muy especialmente cuando se proyecta sobre cŕmenes internacionales u otras graves violaciones de derechos humanos, aunque cuestiona en general todo lo que no sea la persecuci3n penal de los responsables con el fin de evitar la impunidad. Estrechamente vinculada a movimientos y asociaciones no gubernamentales centradas en la protecci3n de los derechos humanos y a corrientes de izquierdas, las amnistías para ellos han dejado de ser una expresi3n de “sabiduría poĺtica” o la soluci3n natural incuestionable para la transici3n de una situaci3n de violencia hacia la paz. La lucha contra la impunidad por la vulneraci3n de derechos humanos sería la mejor vía para alcanzar una transici3n con ḿs cotas de justicia con respecto a los derechos de las v́ctimas y ḿs aceptable con el paso del tiempo.

Obviamente, no se puede trabar, sin ḿs, paralelismos directos entre éstas y las antiguas doctrinas de Las Casas y Grocio. Ni la doctrina del ‘mal menor’ o del ‘interés general’ invoca la doctrina del dominio eminente como fundamento para su ejercicio; ni Las Casas defendió nunca una prohibici3n absoluta de las amnistías; sólo entendía que no figuraban en el pacto social originario y por ello debían ser aprobadas por el pueblo que iba a renunciar a la reparaci3n de la vulneraci3n de sus derechos y libertades fundamentales. Pero, por sus resultados y trasfondo, el pensamiento de Grocio y Las Casas sólo podría ser subsumido en la posici3n del ‘mal menor’ o del ‘interés general’, nunca en la rigorista de la reparaci3n íntegra. Las Casas avala la amnistía incluso por vulneraciones graves de libertades naturales *siempre que emerja de un pacto social expĺcito. Cumplido este requisito, tanto para abordar la paz en guerras internacionales como en otros fenómenos de violencia extrema interna, una amnistía absoluta sería válida.* El ‘dominio eminente’ no apeló tampoco sin ḿs a un *si libet licet* tiránico: era una potestad soberana reglada. Debía demostrar la utilidad pública de la amnistía y asegurar fórmulas de reparaci3n a quienes veían cegados sus derechos a la reparaci3n a costa del Estado por los daños sufridos a través de los actos que quedarían impunes, aspecto este al que no prestó atenci3n Las Casas, cuya teoría del consentimiento parece omnímoda en este sentido; no habla en ningún caso de la necesidad de reparar a quien perdía válidamente sus derechos como fruto de la actualizaci3n del pacto social que aprobaba expresamente la amnistía. En contraste, la paz social que persigue

la doctrina de la reparación íntegra se inhibe de la responsabilidad primera –que no exclusiva– que deben asumir los negociadores y líderes de una sociedad dividida o en guerra: obtener con la mayor brevedad de tiempo un estado de paz posible. Por el contrario, la doctrina del mal menor necesario, o del interés público, no omite el tratamiento adecuado de medidas alternativas de reparación o compensación de las víctimas, no penales, con el límite de que no afecten la precariedad de la paz obtenida puesto que es consciente que esta omisión lastraría la construcción del espacio público social y político compartible por una amplia mayoría. Es difícilmente conciliable el bien de la mayoría a expensas de una parte especialmente perjudicada por los hechos que se amnistían.

Siempre es factible, así, recorrer caminos intermedios. Entre el “perdón general y el olvido perpetuo” por decisión soberana alejada de un proceso adecuado de maduración y aceptación pública; y la “reparación íntegra” pase lo que pase, *fiat iustitia et pereat mundi*, existen caminos explorados por el laboratorio de la Historia que ofrecen soluciones pragmáticas. Porque al final de un discurso brillante, ahíto de consideraciones hacia lo más digno de la Humanidad, vuelve la pregunta incómoda, más apegada a lo concreto, a lo plenamente humano con sus defectos cotidianos, después de décadas o años de combate armado o de dictadura, ¿aceptará el líder de un grupo rebelde una tregua, o la cúpula tirana dará pasos firmes hacia una transición a la democracia si vislumbra futura persecución penal? En esas condiciones está por nacer el negociador capaz de persuadirles en favor de la paz invocando los grandes beneficios para la Humanidad derivados de su cambio de *statu quo* de líder político-militar a reo inerte. El conflicto se prolongará y será la fuerza acumulada por uno u otro la lo que decidirá un seguro destino trágico para la sociedad, como sabía Grocio. Todo el tiempo en que se alargue la disputa será un tiempo perdido para los derechos humanos de los individuos del colectivo involucrado. Si el derecho prohibiera las amnistías para hechos lesivos de la dignidad humana se habría entrado en una evolución normativa históricamente ciega y políticamente contraria a la defensa de los Derechos Humanos en un sentido amplio. Condenaría a que todas las guerras o conflictos internos se alargaran indefinidamente y sólo llegarán a su fin mediante la derrota de una de las partes. Jurídicamente no se debe perder de vista que en derecho internacional el primer objetivo de la ONU, según el art. 1.1 de la Carta, es el establecimiento y mantenimiento de la paz internacional. El valor de la protección de la dignidad humana a través del reconocimiento de sus derechos fundamentales se encuentra enunciado también en el *Preámbulo* pero luego recalca en el art. 1.3 de la Carta y lo hace además tras el “principio de libre determinación de los pueblos”, recogido en el art. 1.2 de la Carta, y desarrollado en resoluciones posteriores como la

capacidad de cada pueblo de determinar libremente su condici3n juŕdico-polítca, como apoyaba Las Casas para dotar de validez a las amnistías.

Más allá de volubles prejuicios ideol3gicos –en Espańa algunos abogan simultáneamente sin pestańear por la *derogaci3n* de la Ley de Amnistía de Espańa (1977) y por la *aprobaci3n* de una Ley de Amnistía para los terroristas de ETA. Pronto lo harán también, si cae una sentencia adversa como es de esperar, en favor de los ‘libertadores’ de Cataluńa–, conviene recordar a Kant: “de la madera torcida de la que est́ hecho el hombre no puede tallarse nada enteramente recto.”¹⁰⁷ Del cúmulos de ideas parcialmente contradictorias que emergen del pensamiento de Las Casas y Grocio surgen buenas propuestas para elevar esas columnas salom3nicas que deben aunar la *fuerza* de la justicia con la *estabilidad* de la paz social como las columnas helicoidales de fuste retorcido de nombres Boaz y Jachin que flanqueaban el vestíbulo del Gran templo de Salom3n.

V́CTOR M. ŚNCHEZ
Universitat Oberta de Catalunya,
Edifici B3, Parc Mediterrani de la Tecnologia, Avinguda Carl Friedrich Gauss, 5,
08860 Castelfelers, Barcelona
e-mail: vsanchezsa@uoc.edu

¹⁰⁷ I. KANT, *Idea para una historia universal en sentido cosmopolita* (1784), Ed. Tecnos, Madrid, 1994.

**JOSÉ LUIS LÓPEZ-ARANGUREN:
DEMOCRACIA, MORAL, JUVENTUD
Y EDUCACIÓN UNIVERSITARIA**

JOSÉ LUIS LÓPEZ-ARANGUREN: DEMOCRACY, MORAL, YOUTH AND
UNIVERSITY EDUCATION

JOAN CARLES RINCÓN VERDERA
Universitat de les Illes Balears

Fecha de recepción: 9-1-18

Fecha de aceptación: 29-5-18

Resumen: *El presente artículo persigue poner de manifiesto, desde la perspectiva cívica y moral, una parte del discurso educacional de José Luis López-Aranguren. En particular, presento su visión de futuro sobre la universidad española del último tercio del siglo XX y su relación con las demandas que la juventud de su tiempo estaba planteando. En este sentido, Aranguren entendía que una universidad renovada y atenta a los problemas sociales podría contribuir activamente a conseguir los cambios necesarios que pusieran a España en el camino de la democracia como forma moral de vida; una universidad comprometida con los problemas de su tiempo y con las inquietudes de los jóvenes del momento.*

Abstract: *This article seeks to reveal, from a civic and moral point of view, some of José Luis Lopez-Aranguren's work on education. Notably, the author lays out his vision of the future of the Spanish university in the last thirty years of the 20th century and its relation to the demands that the youth of his time were making. In this respect, Aranguren understood that a renewed university that is attentive to social issues could actively contribute to achieving the necessary changes that would put Spain on the path of democracy as a moral way of life; that is, a university committed to the problems and the concerns of the youth of its time.*

Palabra clave: universidad, juventud, moral, educación
Keywords: university, youth, moral, education

1. INTRODUCCIÓN

José Luis López-Aranguren¹, fue catedrático de Ética y Sociología en la Universidad Central de Madrid, desde 1955 hasta 1979, con una larga ausencia de la misma por motivos políticos (1965-1976), al ser expulsado por participar, junto a Tierno Galván y García Calvo, en la primera gran manifestación estudiantil, celebrada en Madrid en 1965, para reivindicar y reclamar mayores libertades en la universidad y en la sociedad². Pese a ello, Aranguren se mantuvo activo escribiendo o asistiendo a universidades extranjeras, convirtiéndose en uno de los pensadores más emblemáticos y activos de la cultura española en el último tercio del siglo XX, caracterizándose por su compromiso moral, independencia política y por haber consagrado la mayor parte de su vida a una importantísima labor de crítica social y moral. Su paso por distintas universidades extranjeras, en particular por la norteamericana de Santa Bárbara (California), donde conoció el *hipismo* y la *contracultura* californiana³, le permitirá entrar en contacto con unos acontecimientos y con una generación de jóvenes que darán una nueva perspectiva a su biografía intelectual, reforzando su talante crítico, antiautoritario, independiente y heterodoxo⁴. Todo ello y, como no, su disconformidad con la dictadura franquista, favorecerán el desarrollo de su utópica y necesaria aspiración de instaurar una verdadera *Democracia como moral* y un *Estado de justicia social*⁵.

Es en el contexto de los años sesenta y setenta del Siglo XIX, donde hay que situar su pensamiento educativo, que bebe y vive de los discursos ideológicos y liberadores que se desarrollaron en aquellos años. A partir de

¹ José Luis López Aranguren (Ávila, 9 de junio de 1909-Madrid, 17 de abril de 1996), posee una extensa bibliografía, que puede ser consultada en sus obras completas editadas entre 1991 y 1997, en seis volúmenes, bajo el título *Obras completas de José Luis L. Aranguren*, por la Editorial Trotta. Para una aproximación biográfica al autor, véase F. BLÁZQUEZ, *José Luis L. Aranguren: Medio siglo de la historia de España*, Ethos, Madrid, 1994.

² C. HERMIDA, "Oposición intelectual al franquismo: Aranguren y Tierno Galván", *Cuenta y razón*, núm. 4, 2008, pp. 29-42.

³ J.E. RODRÍGUEZ, "Los años de California (Aranguren)", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 15, 1997, pp. 13-16.

⁴ E. DÍAZ, *De la Institución a la Constitución. Política y cultura en la España del siglo XX*, Trotta, Madrid, 2009, p. 189; C. THIEBAUT, C., "El talante como categoría moral", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 15, 1997, pp. 145-155; y, V. CAMPS, "Glossa del professor Aranguren", *Aula de Ciència i Cultura. Per una cultura democràtica: les dimensions polítiques de la moral contemporània*, núm. 1, 1997, pp. 19-21.

⁵ E. DÍAZ, "Aranguren: Ética y Política", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, II Época, vol. 3, 2007, pp.165-192.

1960 comienza a interesarse por la cuestión educativa en la universidad⁶, al ver el lamentable estado en que se encontraban los estudios de la sección de Pedagogía de la universidad madrileña. Para Aranguren la universidad debía prestar un verdadero servicio social a la comunidad, a través de una educación no para el ajuste incondicional, sino para el cuestionamiento y la denuncia de los fundamentos del poder establecido, única forma de mantener viva la dinámica social, base moral para la consecución y mantenimiento de la democracia⁷.

2. JUVENTUD Y EDUCACIÓN: LA BÚSQUEDA DE UN FUTURO MORAL Y HUMANIZADO

Cada sociedad tiene su propia característica frente al pasado, el presente y el futuro. Esta actitud temporal es uno de los factores más condicionantes del comportamiento social, reflejándose claramente en la manera en que la sociedad prepara a sus jóvenes para la vida adulta. Toda educación, además de formar al hombre, debe perseguir la búsqueda de un *futuro mejor*, alternativo, diferente. La *planificación para el cambio*, nos dice Aranguren⁸, es una necesidad de las sociedades avanzadas, concierne al futuro y éste no está unívocamente determinado. Esta indeterminación exige su *proyección*, es decir, no sólo predecirlo, sino *preestablecerlo*, lo cual no es una tarea fácil porque, tal y como nos dice Aranguren⁹, en un sistema abierto hay siempre variables nuevas, impredecibles y el futuro, en tanto que sistema, es el sistema abierto por excelencia; y ni siquiera en la ciencia positiva se da un observador puramente *objetivo* o *neutral*, ya que cada uno lleva consigo sus propios prejuicios y presupuestos. El planeamiento del futuro, al igual que la educación futura,

⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Memorias y esperanzas españolas*, Taurus, Madrid, 1969, p. 162.

⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Propuestas morales*, Tecnos, Madrid, 1983a, p. 36; y, E. BONETE, "El pensamiento ético-moral de José Luis L. Aranguren", en M. GARRIDO y otros (coords.), *El legado filosófico español e hispanoamericano del siglo XX*, Cátedra, Madrid, 2009, pp. 463-479.

⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, Taurus, Madrid, 1973, pp. 16-17; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "La moral social en la sociedad cibernética (postindustrial)", en E. BELLO, *Filosofía, sociedad e incomunicación. Homenaje a Antonio García Martínez*, Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 1983, pp. 25-32.

⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, Taurus, Madrid, 1973, pp. 19-22, 145-156 y 168-169.

nos dice Aranguren¹⁰, depende del sistema de valores de quien los hace: el futuro y la educación nunca pueden ser neutros, son ideológicos, están cargados de valores morales que toman la modalidad de finalidades educativas¹¹.

El futuro en las últimas décadas del siglo XX, pese al sistema establecido, quería ser vivido entre los jóvenes, nos dice Aranguren¹², no de una manera determinista, sino como esencialmente innovadora y voluntarista. Pretendían inventar el futuro por medio de los actos de la imaginación creadora, gracias a una voluntad de inclinar el porvenir hacia lo mejor (aunque no se sabía en qué consistía lo mejor)¹³. Aranguren¹⁴ aspiraba a crear un futuro nuevo, a través de una nueva moral y una nueva educación, que abriera un amplio campo de posibilidades a la juventud de su tiempo. Para ello, nuestro autor fue desprendiéndose de los diferentes elementos del pasado, reteniendo los que continuaban vivos, prescindiendo de cuanto ya era caduco, e intentó reconstruir el conjunto de acuerdo con la nueva configuración que parecía dibujarse en el horizonte¹⁵. Aranguren¹⁶ quiso trazar las líneas maestras del futuro mediante una imaginación creadora fundamentada, sin embargo, sobre la base del conocimiento, aquel que emanaba, especialmente, de las llamadas nuevas humanidades, de las nuevas ciencias del hombre. En este sentido, Aranguren¹⁷ siempre subrayó el aspecto moral y educacional de la previsión científica, haciéndonos ver que existía una continuidad entre el proceso científico y el proceso moral y educacional. Para Aranguren, educar y moralizar eran una y la misma cosa, e inseparables, al mismo tiempo, del contexto situacional en que se desarrollaban. El contexto de su tiempo era, aunque aún incipientemente

¹⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., p. 33; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, Península, Barcelona, 1974, p. 77.

¹¹ A. SORIANO, "Los caminos de la educación cívico-moral. Un debate permanente", *Teoría de la Educación. Revista Interuniversitaria*, núm. 19, 2007, pp. 73-97.

¹² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La juventud europea y otros ensayos*, Seix Barral, Barcelona, 1961, pp. 37-40.

¹³ J.M. PANEÁ, "J.L. López Aranguren (1909-1996) y el problema de nuestro tiempo", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 10, 2015, pp. 273-289.

¹⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 145; e I. SOTELO, "De la sociología de la crisis a la crisis de la sociología", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 42, 2010, pp. 9-30.

¹⁵ El pensamiento de Aranguren es un pensamiento bisagra entre el pasado y el presente del pensamiento español. C. SOLDEVILLA, "José Luis López Aranguren. El buen talante como estilo de vida", *Política y Sociedad*, vol. 41, núm. 2, 2004, pp. 123-143.

¹⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 149.

¹⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, Guadarrama, Madrid, 1965, pp. 57-58.

en el caso español¹⁸, el de una sociedad fundamentada en la *tecnología y la técnica*, en la aplicación práctica de la ciencia.

Desde esta perspectiva, el problema, para Aranguren¹⁹, no era tanto la relación de la moral y la educación con la ciencia, la técnica o la tecnología de la época, sino con la *sociedad tecnológica*, una colectividad, la de los países desarrollados y en vías de desarrollo, cada vez más orientada hacia una felicidad obtenida, pura y simplemente, a través de los *placeres materiales* creados por la *imaginación técnica*. Paralelamente al proceso de evacuación de la moral individual, en aquellas décadas se estaba asistiendo a un proceso de *despolitización*, pasividad, conformismo y aceptación del orden establecido²⁰. Desde estos presupuestos, se preguntaba Aranguren²¹, “¿qué es lo que le va a quedar a nuestros jóvenes?” Acaso, se contestaba, “la prosecución de la felicidad material con el abandono de todo esfuerzo moral”. Una nueva alienación había surgido, la de la búsqueda incesante del *bienestar* a través de la *fiebre del consumo*²². La evacuación de los contenidos morales había conducido a la pérdida del *sentido moral* y a zozobrar en la *desmoralización y el desencanto*. El problema fundamental era el desencanto, la desmoralización ambiente que existía, el vacío moral, el sentimiento de la pérdida de los valores; y la única manera de responder a la crisis era, según Aranguren²³: por una parte, el *rechazo crítico* de la desmoralización ambiente y sus fundamentos culturales (sociedad tecnológica del bienestar); y, por otra, la recuperación de la *actitud moral*²⁴, partiendo de problemas concretos y bien delimitados en que ocuparse. Sólo manteniendo una *resistencia moral* era posible buscar un futuro alternativo, un *futuro moralizado*, una sociedad diferente.

¹⁸ J. MUÑOZ, *Cuadernos para la Educación. Una historia cultural del segundo franquismo*, Marcial Pons, Ediciones de Historia, S.A., Madrid, 2006, p. 80.

¹⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, “La moral social en la sociedad cibernética (postindustrial)”, cit., pp. 30-31.

²⁰ P. YSÀS, *El régimen franquista frente a la oposición*, INSTITUTO DE ESTUDIOS DE LA DEMOCRACIA, *Cuadernos de la España Contemporánea del Centro de Estudios de la Transición Democrática Española*, núm. 3, CEU Ediciones, Madrid, 2007, p. 18.

²¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La juventud europea y otros ensayos*, cit., p. 35.

²² C. HERMIDA, “El diálogo abierto entre la ética y la política en el pensamiento de Aranguren”, *La Albolafia. Revista de Humanidades y Cultura*, núm. 2, 2014, pp. 9-22.

²³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 151-152.

²⁴ J.A. RUESCAS, “Carlos Gómez Sánchez: José Luis Aranguren. Filosofía y vida intelectual. Textos fundamentales”, *Éndoxa. Series Filosóficas*, núm. 28, 2011, UNED, Madrid, pp. 335-342.

El futuro, tal y como lo entendía Aranguren²⁵, consistía en el futuro mismo más su previsión, lo que él llamaba la *profecía en acción*. Entendía que la previsión podía actuar sobre el futuro, moldearlo y, hasta cierto punto, hacer que el futuro fuera de los ciudadanos, que dependiera de ellos. La *prospectiva* arangureniana, para ser comprensible, necesitaba tomar en consideración este elemento de *voluntarismo*: la voluntad se abría camino en el porvenir. ¿Cuál era la voluntad de futuro en aquellos años? Para Aranguren²⁶ había dos alternativas opuestas: la primera posibilidad era la situación en la que la sociedad tecnológica estaba convirtiendo la tecnología de mero medio en un fin en sí misma (*razón instrumental*). En este caso no se trataba de moldear el futuro, sino de la simple prolongación del presente, de continuar por la vía tecnológica (*postmodernidad como continuación de la modernidad*). El segundo término de la alternativa era la *innovación* a través de la palabra, el diálogo y la democracia (*razón comunicativa*)²⁷, inventando un futuro esperanzador, con nuevos quehaceres y una felicidad real y moral, (*postmodernidad como ruptura de la modernidad*). Aranguren²⁸, aunque no de una manera radical, apuesta por la segunda opción, lo cual significaba crear una nueva moral²⁹ y una nueva educación de marcado *carácter humanista, social y pacifista*. La sociedad tecnológica tenía su propia moral y su propia educación, porque la moral y la educación son intrínsecas al hombre y a la sociedad³⁰; sin embargo, se trataba de una moral y una educación de *tercer orden*, materialistas, orientadas a la *producción, el consumo y la formación de mano de obra poco cualificada*.

Ahora bien, ¿qué nueva moral y qué nueva educación?³¹ La nueva moral y la nueva educación no podían inventarse intelectualmente, debían *ocurrir*,

²⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 27-29.

²⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 21-22.

²⁷ B. CABALLERO, "José Luis López Aranguren: de pensador católico a crítico socio-político", en M^a. ARANZAZU (ed.), *Laboratorio de Pensamiento: la filosofía española como horizonte*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2012, pp. 32-38.

²⁸ C. SOLDEVILLA, "José Luis López Aranguren. El buen talante como estilo de vida", cit., pp. 123-143.

²⁹ Una *moral laica*, pero que no se cerrara a la religión o, cuanto menos, a la religiosidad. Ver A. CORTINA, "José Luis Aranguren. Religión pensada, religión vivida", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 52, 2015, pp. 167-185.

³⁰ J.M. LÓPEZ, "Educación de la libertad. Un nuevo acercamiento para comprender la relación valores-educación en el contexto de pluralidad e incertidumbre del mundo actual", *REICE. Revista Iberoamericana sobre Calidad, Eficacia y Cambio en Educación*, vol. 7, núm. 2, 2009, pp. 187-188.

³¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "La moral social en la sociedad cibernética (postindustrial)", cit., p. 31.

producirse como un acontecimiento social. Para modificar las actitudes, entendía Aranguren³² que era menester toparse con la dura realidad para que se impusiera un cambio de actitud. El vivir bien, propio del consumismo, revestía una forma cultural muy pobre, que la gente no había aprendido a digerir porque no había sido educada para ello. La obtención de toda clase de bienes materiales de consumo debía ir acompañada de una apetencia de otros bienes cualitativamente diferentes y, en la base de esa apetencia, el consumidor debía ser educado³³. La nueva actitud que demandaba Aranguren debía ser muy diferente de la tradicional, y requería una nueva educación de calidad que no sólo se desprendiera de las viejas pautas del comportamiento económico moderno³⁴. Se trataba de una *educación crítica, transformadora de la realidad* y permanentemente *abierta al cambio*, que superara el modelo de *consumidor satisfecho* propio de la materialista moral de la sociedad del bienestar³⁵ y que permitiera el pleno desarrollo de las capacidades individuales, sociales y morales de los alumnos, partiendo de su realidad personal (*talante*) y social (*contextual*)³⁶.

El supuesto económico de la coyuntura del momento era una situación de desabastecimiento y carencia que procedía no de la *pobreza radical*, sino de la originada por la *disminución* de los recursos disponibles. El mundo occidental, que hasta entonces derrochaba, comenzó a verse *desabastecido*. Ahora bien, la vieja moral de la *austeridad* estaba desacreditada y no se podía recuperar; por ello, la alternativa de futuro no era, frente al consumismo, la *renuncia*, sino una nueva moral del *placer cualitativo*. En este sentido, podemos decir que el *arte del ocio*, un ocio humano y digno, tal y como reclamaba Aranguren³⁷, era un buen lema para esta nueva forma de existencia, gozosa y neohedonista, pero no individualista, sino *microcomunitaria*. Aranguren abogaba por un *neohedonismo* de pequeños grupos, de relaciones interpersonales y de reducidas comunidades³⁸: “Entre el libertarismo y la búsqueda de una

³² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Revista de Occidente*, Ética, Madrid, 1958, pp. 39-40.

³³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, Salvat, Madrid, 1982, pp. 52-53.

³⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 9-10.

³⁵ E. DÍAZ, “Aranguren: Ética y Política”, cit., pp. 162-192.

³⁶ A. GÓMEZ, “Contra Sartre: El marxismo estructuralista de López Aranguren y los límites de la transición”, *Revista Hispánica Moderna*, núm. 67, vol. 1, 2014, pp. 17-36.

³⁷ M. CUENCA, “La educación del ocio, una parte esencial de la educación permanente”, en E. LÓPEZ-BARAJAS (coord.), *Estrategias de formación en el siglo XXI*, Ariel, Barcelona, 2008, p. 203.

³⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., p. 53.

buena-vida-buena, que fuera síntesis vivida de hedonismo y moral de los valores". Ésta era la propuesta de futuro que nos hacía Aranguren; una propuesta asentada en la no disposición del hombre postmoderno a renunciar al bienestar generado por el desarrollo económico. La ética del momento, nos dice Aranguren³⁹, no podía volver a los ideales de pobreza del pasado; se requería una base material suficiente sobre la que poder montar un nuevo espiritualismo: *el arte de vivir y la buena vida como vida buena* serían las notas del futuro por el que apostaba nuestro autor.

Para ello, lo primero que se debía hacer, era cobrar conciencia de la crisis existente, de la *desmoralización* que envolvía toda la realidad. Desde esta toma de conciencia, sigue diciéndonos el profesor, era muy comprensible que la reacción de la juventud, impotente para corregir la marcha del mundo impuesta por los poderes dominantes, fuera la de la *retracción* y el *desentendimiento* de ellos. El determinante era, en aquellos momentos, una pasión desenfrenada de poder por parte de quienes lo poseían o se movían en sus proximidades; una locura de los políticos, de los militares y de los grandes financieros que, con su tremenda amenaza para la paz del planeta, confinaban a la juventud en "un vivir al día y en una entrega a las drogas de toda especie que hiciera soportable la constante obsesión de las más o menos cotidianas catástrofes y del apocalipsis final"⁴⁰. El descrédito de la política, la incapacidad reiterada de los políticos para plasmar en hechos reales sus promesas⁴¹, la fosilización de las tradicionales instituciones de enseñanza, la oferta vacía del paro y sus secuelas a quienes pretendían abrirse camino o encontrar un cauce para sus inquietudes, eran factores determinantes y realidades negativas que incidían directamente sobre la existencia de los jóvenes de la época⁴².

Todo ello conducía, en muchos casos, a una total *degradación de la acracia*, que acababa por desembocar en el *pasotismo*. El *desencanto de la razón* y la *debilidad del pensamiento* generaron un pasotismo generalizado, mucho más visible en la vida y vocabulario de los jóvenes. Se trataba de una *afirmación negativa de desentenderse*, de no participar, de no actuar, porque ya no existían *razones fuer-*

³⁹ Id., p. 43.

⁴⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "Moral española de la democracia 1976-1990", *Claves de razón práctica*, núm. 3, 1990, pp. 1-5.

⁴¹ M. SALAZAR, "Historia de vida de "Luis Carlos" Drogas -una visión socioeducativa-", *Revista Cultura y Drogas*, núm. 16, 2009, pp. 13-31.

⁴² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., pp. 43-45.

tes para convencer e ilusionar⁴³. Para Aranguren, sólo desde la *concienciación* del problema de la *deshumanización*, al que la sociedad tecnológica estaba condenando a la juventud, podía surgir una nueva actitud moral, una actitud moralmente desnuda, sin contenidos dados. El desarrollo tecnológico necesitaba intrínsecamente evitar su constitución como un fin en sí, y situarse en el contexto mucho más amplio de un *estilo trascendente de vida*, más o menos abierto a la religiosidad, pero sin dogmatismos ni ortodoxias⁴⁴. Como propuesta de solución a la desmoralización⁴⁵, proponía crear una nueva moral que no separara el ocio de la vida real; que no fuera una entrega desenfrenada al trabajo; que superara la desmoralización por el trabajo y el ocio alienantes; que devolviera la armonía y el equilibrio entre la naturaleza y el hombre; y, que, en definitiva, fuera flexible, real y abierta permanentemente al cambio.

Para ello sería preciso aunar *ocio y trabajo*⁴⁶. Por una parte, volver a hacer del trabajo una ocupación interesante y divertida, humana y humanizadora, potenciando la personalización de las relaciones del mundo laboral⁴⁷. Las ciencias humanas, las nuevas humanidades y, en general, las ciencias de carácter profesional⁴⁸, debían tener un papel importante a desempeñar en la devolución del gusto, la afición y la vocación por el trabajo (rehumanización sin utopismos). El reverso de esta solución consistía en dotar de sentido humanista y perfeccionante al descanso, al tiempo libre, de llevar a cabo una verdadera e institucionalizada campaña de fomento de distracciones útiles, de difundir un *humanismo socializado*, de dignificar, crítica y creativamente, los medios de comunicación de masas, de tal manera que permitieran la proyección social y la extensión cultural⁴⁹. En definitiva, Aranguren reclamaba

⁴³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Sobre imagen, identidad y heterodoxia*, Taurus, Madrid, 1982, p. 174.

⁴⁴ M. ARAMBURU, *Un creyente entre los "éxtasis" del tiempo: heterodoxia, secularización y laicidad en el pensamiento de José Luis L. Aranguren*, Ápeiron Ediciones, Madrid, 2017; y, A. CORTINA, "José Luis Aranguren. Religión pensada, religión vivida", cit, pp. 167-185.

⁴⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, Tecnos, Madrid, 1988, pp. 74-76.

⁴⁶ L.B. ESPEJO, "Educación y Ocio: planteamientos pedagógicos para el tiempo de ocio", *Pedagogía Social. Revista Interuniversitaria*, núm. 1, 1998, pp. 221-232.

⁴⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La juventud europea y otros ensayos*, cit., pp. 171-176.

⁴⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, Paulinas, Madrid, 1976, pp. 107-112; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La vejez como autorrealización personal y social*, INSS, Madrid, 1992, p. 61.

⁴⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Implicaciones de la filosofía en la vida contemporánea*, Taurus, Madrid, 1963, p. 48.

una verdadera *educación social*⁵⁰, capaz de enseñar a usar el tiempo libre, a dotarle de un verdadero sentido y significado ético y estético⁵¹. Se trataba de la construcción de una nueva cultura, pacífica y no alienante, basada en el trabajo y el ocio como valores centrales, moralmente vividos, no sólo pasivamente recibidos⁵². En este sentido, una universidad renovada y atenta a los problemas sociales podría contribuir activamente a conseguir todos estos cambios.

3. EL FUTURO DE LA UNIVERSIDAD: LA DEMOCRATIZACIÓN REAL Y EFECTIVA DE LA SOCIEDAD

En el plano pedagógico y cultural, aunque las cosas eran complejas, nos dice Aranguren⁵³, no todo estaba perdido. La cultura tecnológico-consumista y su universidad no habían reducido completamente la oposición de las iglesias, del humanismo cultural, del marxismo como moral, del movimiento obrero y de la institución familiar. Además, contra aquella sociedad tecnológica y su universidad, también se alzaban la juventud y la nueva contracultura, los intelectuales críticos, el neomarxismo y el neohumanismo. Sin embargo, en el plano universitario, como hemos dicho, las cosas no eran fáciles porque nos encontrábamos ante una institución casi *fossilizada*, que no había sabido evolucionar y que respondía mucho más a los planteamientos de la sociedad moderna, incluso con aspectos decimonónicos (universidad napoleónica), que no a los de la postmoderna⁵⁴. La universidad se mostraba incapaz de responder a los retos del momento, reiterando *modelos obsoletos de reproducción* de un saber artificialmente conservado⁵⁵. En la sociedad tecnológica, en la que el malestar juvenil estaba más acentuado, se mostraba es-

⁵⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, ¿Qué son los fascismos? La Gaya Ciencia, Barcelona, 1976, p. 20; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La democracia establecida: Una crítica intelectual*, Taurus, Madrid, 1979, pp. 169-170.

⁵¹ V.M. PÉREZ y J.C. RODRÍGUEZ, "Cultura moral e innovación productiva en Europa", *Panorama Social*, núm. 13, 2011, p. 20.

⁵² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La cruz de la monarquía española*, Taurus, Madrid, 1974, pp. 112-113.

⁵³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *España: una meditación política*, Ariel, Barcelona, 1983, p. 61.

⁵⁴ Id., pp. 193-194; y, J.C. HERNÁNDEZ, "Parlamento y Universidad en la transición a la democracia 1975-1982: El Proyecto de Ley de Autonomía Universitaria: radiografía de un desencuentro", *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, núm. 26, 2007, p. 368.

⁵⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., p. 184.

casa imaginación y capacidad para dar adecuada respuesta a las demandas efectivas y a las expectativas de la juventud.

En cuanto a la comunicación pedagógica, estábamos asistiendo a un proceso de *crisis general de la educación*. Una crisis que en España se agravó especialmente por la primera gran crisis del petróleo de 1973, que hizo, en palabras de Herminio Barreiro⁵⁶, que la incipiente reforma educativa de Villar Palasí, se convirtiera, casi de inmediato, en la contrarreforma de Martínez Esteruelas. En este sentido, para Aranguren⁵⁷ todo el sistema educativo español se movía: por una parte, entre el polo europeo de una *red de canales rígidos*, completamente institucionalizados, convencionales y unidireccionales; y, por otra parte, entre el polo americano de *training* para el ajustamiento adecuado a la sociedad tecnológica. El malestar estudiantil de los años setenta no era otra cosa, nos dice Aranguren⁵⁸, que la respuesta natural a la vieja represión autoritaria y al nuevo adoctrinamiento para la perfecta *adaptación* a la *sociedad tecnológica* y a la *cultura de masas*. Los medios de socialización de que se valía la sociedad tecnológica, más que hacer compartir los presupuestos colectivos a través de la convicción, se empeñaban en la tarea de adaptar a los jóvenes a esquemas propios de los adultos, a prepararlos para competir en una lucha en la que los mejores serían quienes lograrían triunfar en la vida⁵⁹. No se formaba a la juventud para ser *competentes*, sino para ser agónicamente *competitivos*⁶⁰. En la sociedad tecnológica de la época, el fracaso escolar, laboral, social y moral se encontraba a la orden del día, afectando, especialmente, a la capa más juvenil.

Efectivamente, aunque las sociedades fueran capaces de asimilar a la mayor parte de los jóvenes insatisfechos a medida que se integraban en ella, no por ello desaparecía la cuestión de fondo, que no era otra que la demanda de solución y satisfacción de unas necesidades vitales que iban más allá del consumismo alienante y cuanto éste arrastraba tras de sí. La solución a

⁵⁶ H. BARREIRO, "Nacional-catolicismo y educación en la España de la posguerra: Notas sobre una antología de textos y un estudio preliminar de A. Mayordomo", *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, núm. 14-15, 1995-1996, pp. 417-432.

⁵⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., p. 184.

⁵⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., p. 7.

⁵⁹ M.A. PALACIO y J. GALEANO, "La universidad: cambio de función", *Revista de la Facultad de Trabajo Social*, vol. 23, núm. 23, 2007, pp. 67-87.

⁶⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "Conducta ética y conducta agresiva: un enfoque filosófico", en M. GARCÍA (ed.), *Agresión y Violencia en el Deporte. Un enfoque interdisciplinario*, Instituto de Ciencias de la Educación Física y del Deporte, Madrid, 1985, pp. 185-190.

la crisis de las instituciones educadoras pasaba, necesariamente, nos dice Aranguren, por la *democratización* a todos los niveles y el alejamiento de una cultura orientada *unilateralmente* hacia la tecnología. La toma de partido a favor o en contra de una *radical reforma* estructural de la educación dependía de una opción moral⁶¹. Los que, como Aranguren, pensaban no que la tecnología fuera mala, pero sí que una orientación social unilateralmente tecnológica conducía necesariamente a la *tecnocracia* y, con ello, a la supresión de la *superior instancia ética*, veían en una educación libre y crítica una manera de institucionalizar la función intelectual⁶², en cuanto correctivo y contrapeso de carácter fundamentalmente moral, en un permanente compromiso en la tarea de la transformación social de la realidad⁶³, haciéndose eco, tal y como nos decía el profesor Ruiz Berrio⁶⁴, de las necesidades materiales y espirituales de la sociedad.

La educación tradicional, nos dice Aranguren⁶⁵, había sido represiva y coercitiva en lo moral, memorística y rutinaria en lo intelectual, discriminatoria y elitista en lo social, y autoritaria y conformista en lo cívico y moral. En aquellos momentos se daba una educación de carácter *tecnológico* que perseguía el *ajustamiento social* de los individuos a través de una *especializada profesionalización*⁶⁶. La juventud, sin embargo, había rechazado la enseñanza académica tradicional porque no tenía nada que ver con su época; aunque también había rechazado la tecnológica por tener demasiado que ver con ella. Se trataba, nos dice Aranguren⁶⁷, de una decisión principal en relación con la escala de prioridad de valores que se establecieran: o bien, valores de rendimiento tecnológico y económico; o bien, *valores morales y cívicos* de democratización real y efectiva de la sociedad. En definitiva, primacía de la economía o primacía de la *moral sociopolítica*. Aranguren perseguía una

⁶¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, p. 117.

⁶² A. DE MIGUEL, "Aranguren no es un avión ni un pájaro", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 15, 1997, pp. 25-28; y B. CABALLERO, "José Luis López Aranguren: de pensador católico a crítico sociopolítico", en M^a. ARANZAZU (ed.), *Laboratorio de Pensamiento: la filosofía española como horizonte*, cit, pp. 32-38.

⁶³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La izquierda, el poder y otros ensayos*, Trotta, Madrid, 2005, p. 63.

⁶⁴ J. RUIZ, "Algunas reflexiones sobre la historia de las universidades", *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, núm. 5, 1986, pp. 7-22.

⁶⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., pp. 46-47.

⁶⁶ H. JONAS, *El principio de responsabilidad. Ensayo de una ética para la civilización tecnológica*, Herder, Barcelona, 1995.

⁶⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., pp. 170-171.

educación que no olvidara la formación humana y moral de los alumnos. La educación, según Aranguren, consistía, entre otras cosas, en transmitir pautas de comportamiento fundamentadas en valores morales. El *establishment* universitario descansaba sobre unos valores caducos e imponía las pautas de comportamiento fundadas sobre ellos. Estos valores y estas pautas ya no respondían a la estructura real de la sociedad, a sus necesidades y aspiraciones. Pese a ello, la universidad seguía adherida a aquellos valores decadentes, por lo que la corriente de la cultura viva que representaba la juventud empezaba a buscar nuevos cauces por los que transcurrir⁶⁸.

La educación que se impartía en la universidad⁶⁹ era educación para la vida en la sociedad tecnológica, es decir, *educación para la producción*, y, en tanto sociedad de consumo, *educación para el consumo* (consumismo). Esta última no se proporcionaba, única y exclusivamente, a través de las instituciones formalmente educativas, sino también de manera informal a través de los *medios de comunicación de masas*⁷⁰. La pérdida de la función educativa de las instituciones formales era muy grave porque habría podido servir para contrarrestar la de los medios que, sin muchas autoexigencias éticas⁷¹, campaban sin rival en la difusión de los modelos de comportamiento consumista⁷². El ejercicio de la libertad responsable precisa información y formación; en una palabra, exige educación⁷³. Sin embargo, la educación tecnológica del momento se encontraba cerrada en sí misma, de espaldas a la comunidad y a su juventud⁷⁴. El subsistema educativo era interdependiente del político y del económico, por lo cual cambiarlo de verdad, manteniendo intactos los otros, era una simple falacia. Una transformación radical de la sociedad demandaba la de su subsistema educativo, pero éste, a su vez, sólo era viable

⁶⁸ E. HERNÁNDEZ y otros, *Estudiantes contra Franco (1939-1975): oposición política y movilización juvenil*, La Esfera de los Libros, Madrid, 2007.

⁶⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 88.

⁷⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "Ética comunicativa y democracia", en K. OTTO y otros. (eds.), *Ética comunicativa y democracia*, Crítica, Barcelona, 1991, p. 216; y L. PENTIADO y otros, "Consumo, los medios de comunicación (industria cultural) y significación", *Opción*, núm. 64, 2011, pp. 46-58.

⁷¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, "Entrevista", *Fundesco*, noviembre, 1991, pp. 5-6.

⁷² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., p. 231.

⁷³ J.L. CASTILLEJO y otros "Educación para el consumo", *Educación XXI*, vol. 14, núm. 1, 2011, pp. 35-58.

⁷⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El marxismo como moral*, Alianza, Madrid, 1968, p. 19; A. ESCOLANO, "Discurso ideológico, modernización técnica y pedagógica crítica durante el franquismo", *Historia de la Educación. Revista Interuniversitaria*, núm. 8, 1989, pp. 7-27.

sobre la base de la transformación social global, política y económica⁷⁵. Sin voluntad política y económica no había posibilidad de cambio alguno⁷⁶.

Desde esta perspectiva, una universidad renovada y con los suficientes apoyos políticos y económicos podría aportar elementos para solucionar los problemas que la sociedad tenía planteados⁷⁷. Para ello, según Aranguren, las funciones de la universidad no debían limitarse a las relacionadas con el *saber*, sino que debían hacerse extensibles a sus obligaciones para con la sociedad, a sus *funciones sociales*⁷⁸. Así, la nueva universidad, según Aranguren⁷⁹, debería ser libre, democrática, autónoma, pública, descentralizada y autogestionaria: una *universidad moral*⁸⁰. La universidad debía ser libre del Estado, es decir, políticamente descentralizada; sin embargo, nadie más que el Estado debía mantenerla y administrarla, aunque sin ningún tipo de injerencias, sino como puro servicio público, como un claro servicio social⁸¹. Desde esta perspectiva, la planificación de la enseñanza⁸² no debería ser monolítica, burocrática o tecnocrática, consecuencia unilateral de las directrices del correspondiente Ministerio, sino una tarea plural y dialógica, porque “El espíritu no muere, el diálogo prosigue, la palabra no puede extinguirse”⁸³. Dicho en otras palabras, *planificación y descentralización* educativa y universitaria. Una planificación encuadrada en el plano de una *profesionalización* técnica, administrativa y pedagógica, inscrita en el marco de una gestión abierta al entorno⁸⁴.

Esta pluralidad implicaba que los distintos sectores que configuraban la universidad debían participar directa y activamente en la *dirección, control y gestión* de los centros universitarios. Esta participación era necesaria para la consecución de la doble tarea de conseguir una *educación para la democracia* y

⁷⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 92.

⁷⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., p. 158; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., p. 202.

⁷⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética y Política*, Guadarrama, Madrid, 1963, pp. 257-258.

⁷⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Discurso de investidura como doctor honoris causa del Profesor Doctor José Luis López Aranguren*, Universidad Carlos III, Madrid, 1992.

⁷⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El problema universitario*, Nova Terra, Barcelona, 1968, pp. 23-25; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 88-96.

⁸⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 21-23.

⁸¹ Id., pp. 32-33.

⁸² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Planificación educativa*, Nova Terra, Barcelona, 1975.

⁸³ Citado por M. FRAIJÓ, “¿Religión sin Dios? XXI Conferencias Aranguren”, *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 47, 2012, pp. 381-419.

⁸⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., pp. 201-204.

una educación democrática que, junto a la formación científico-tecnológica y profesional y la educación moral, cívica, política y social, debían asumir las instituciones universitarias como funciones básicas irrenunciables⁸⁵. La *democracia como moral* o la *democracia como forma de vida*, de la que tantas veces nos ha hablado Aranguren⁸⁶, precisaba de una universidad libre y comprometida con la democracia como *tarea infinita*. Ahora bien, Aranguren⁸⁷, aun abogando por una universidad pública, libre y autónoma, consideraba que la libertad debía hacerse extensible a la creación de centros por el sector privado, en cualquiera de sus niveles. El Estado no debía ostentar el monopolio de la educación⁸⁸, puesto que un sistema educativo centralizado en manos del poder político establecido podía conllevar el riesgo de degenerar en mero instrumento orientado a la perpetuación en el poder de la ideología política dominante, de la *democracia establecida* (aparato reproductor ideológico)⁸⁹.

Muy en la línea de Giner de los Ríos (Institución Libre de Enseñanza), a quien Aranguren⁹⁰ tanto admiraba intelectualmente, la universidad debería ser una verdadera *comunidad convivencial democrática*, en el más puro espíritu humanista, entre maestros y alumnos, unidos en una tarea ética común: la *formación mutua*. Se trataba de la construcción de una ética de la corresponsabilidad en la comunidad del conocimiento. Además, la universidad debía concebirse como lugar de encuentro, como comunidad de pensamiento crítico y de reforma social encaminada a la búsqueda de una igualdad real y no sólo formal⁹¹. Es decir, debía ser un espacio donde fuera posible aprender métodos, modos de considerar la realidad, la interior y la exterior, según

⁸⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Discurso de investidura como doctor honoris causa del Profesor Doctor José Luis López Aranguren*, cit.; y, F. VICENTE y A. GONZÁLEZ, "Concepto y misión de la Universidad. De Ortega y Gasset a la reforma universitaria del nacional-catolicismo", *Revista Española de Educación Comparada*, núm. 8, 2002, pp. 137-174.

⁸⁶ A. CORTINA, "Ciudadanía democrática: ética, política y religión. XIX Conferencias Aranguren", *Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 44, 2011, pp. 13-55; y, A. RAMIS, "La metáfora democrática y sus conflictos de interpretación", *Sociedad y Equidad: Revista de Humanidades, Ciencias Sociales, Artes y Comunicaciones*, núm. 2, 2011, pp. 304-323.

⁸⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 231-245 y 307-319.

⁸⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., p. 171.

⁸⁹ J. MUGUERZA, "L'individu davant l'ètica pública", *Aula de Ciència i Cultura. Per una cultura democrática: les dimensions polítiques de la moral contemporània*, cit, pp. 86-93.

⁹⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., pp. 171-172; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El oficio del intelectual y la crítica de la crítica*, Vox, Madrid, 1979, pp. 147-148; y, J.M. PANEA, "J.L. López Aranguren (1909-1996) y el problema de nuestro tiempo", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 10, 2015, pp. 273-289.

⁹¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 333-338 y 360-368.

modelos, así como adquirir una actitud intelectual capaz de la ágil reorganización de los conocimientos poseídos; en definitiva, se debería proceder según los datos que se desprendieran de los conocimientos pedagógicos, psicológicos y sociológicos, usando métodos empíricamente comprobados, alejándose de la simple intuición de los profesionales de la docencia, de su voluntarismo, tan típicos del pasado⁹². Una universidad en la que se enseñara a pensar creativamente, a aprender interdisciplinariamente, frente a la enseñanza por asignaturas o disciplinas, separadas unas de otras en compartimentos estancos⁹³.

La universidad, desde esta perspectiva, requería un planteamiento equilibradamente *técnico* y *humanístico*; un humanismo científico al servicio de la cultura y su extensión por todo el país, al servicio del desarrollo económico y, sobre todo, al servicio del desarrollo de la democracia como una conquista moral y política⁹⁴. A la universidad, nos dice Aranguren⁹⁵, le debería corresponder el papel de “avanzada cultural, de planta-piloto de la sociedad del porvenir, de fermento que, comunicado con el pueblo, pusiera en movimiento la comunidad entera”. No cabe la menor duda de que la universidad por la que abogaba nuestro autor tenía también, en este sentido, muchos puntos en común con la de Ortega y Gasset⁹⁶. La universidad debía formar hombres integrales, cultos, sin caer en los errores de la excesiva especialización profesional. Se trataría, de alguna manera, de una universidad vitalista, no sólo acondicionada para la preparación de mano de obra profesional, sino también para el disfrute de la vida; es decir, una especie de educación consumista, pero para un consumo, tal y como ya hemos dicho, cualitativo, estético, para una vida buena en el marco de una sociedad civil plural y revitalizada⁹⁷, que permitiera que los hombres y mujeres de su tiempo se desarrollaran como personas, como sujetos morales capaces de realizar libremente su

⁹² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 93-94.

⁹³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., p. 160.

⁹⁴ J. MUGUERZA, “Ética y metafísica (Una reconsideración de la cuestión): XVI Conferencias Aranguren”, *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, núm. 41, 2009, pp. 11-68.

⁹⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El problema universitario*, Nova Terra, Barcelona, 1968, pp. 57-58.

⁹⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La ética de Ortega*, Madrid, Taurus, 1958; y, J. GRACIA, *Estado y cultura: el despertar de una conciencia crítica bajo el franquismo 1940-1962*, Presses Universitaires du Mirail, Toulouse, 1996, p. 65.

⁹⁷ A. DOMINGO, “La tolerancia post-liberal. El compromiso por la verdad en una democracia liberal”, *Veritas*, vol. III, núm. 19, 2008, pp. 211-228.

personalidad moral⁹⁸. Aranguren abogaba por un tipo de universidad no sólo para las élites intelectuales, sino también para la extensión de la cultura a todos los sectores sociales.

4. HACIA EL CAMBIO METODOLÓGICO UNIVERSITARIO: LOS NUEVOS ROLES DEL PROFESORADO Y DEL ALUMNADO

En el plano formalmente académico, nos dice Aranguren, el proceso de *enseñanza-aprendizaje*⁹⁹: 1) Debería organizarse en *grupos*, aprovechando los hallazgos psicociológicos de la *dinámica de grupos*, y fomentando la *cooperación* frente al espíritu de *competición*. Aprendizaje en grupo, sin embargo, con un fino sentido de la *individualización* de la enseñanza que compensase las diferencias de nivel cultural en el punto de partida y que orientase individualmente la enseñanza según las diferentes motivaciones y los diferentes intereses de los estudiantes. Se trataba de atender a cada alumno en cuestión de cantidad, contenidos y ritmos de instrucción; aunque también, y no en menor medida, de adaptarse a sus necesidades psicológicas, personales y morales. Tampoco el estudio en grupo debía ser impedimento para la *autoformación*, el esfuerzo personal que no produjera aburrimiento ni exigiera memorización o almacenaje de conocimientos. 2) Además, debería pasarse de la lección magistral a la *participación* y al desarrollo de actividades vivas que despertasen el interés y fueran atractivas para el alumno. La libre participación de los estudiantes, que deberían aprender tanto de sus compañeros como de sus profesores era, para nuestro autor, una cuestión ineludible. Aranguren reclamaba una educación *activa y participativa*, en un plano de *igualdad*, donde la autoridad no se transformase en autoritarismo paternalista y donde la universidad pudiera ser considerada como una verdadera institución científica, humanista, cultural, crítica, cívica y social.

Para conseguir todo ello, los contenidos educacionales y la manera como éstos eran transmitidos debían cambiar radicalmente. En aquellas décadas, el lenguaje usado por los profesores como medio de comunicación natu-

⁹⁸ E. BONETE, "Aranguren: sentido ético de la muerte", *Revista de Hispanismo Filosófico*, núm. 13, 2008, pp. 75-89.

⁹⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., pp. 158-180; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 93; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 368-378.

ral era pura ficción¹⁰⁰, lo cual no permitía que profesores y estudiantes se entregaran a la verdadera tarea educadora. Esta situación, sin embargo, se mantenía porque, de hecho, se daba un tácito convenio entre ambas partes por mantener una situación de cómoda reducción al mínimo de la comunicación. Si profesores y estudiantes pertenecían a mundos y culturas diferentes, no era necesario intentar una auténtica y plenaria comunicación que, de antemano, estaba condenada al fracaso. Muy en la línea de Bourdieu y Passeron¹⁰¹, nos dirá Aranguren¹⁰² que la distanciaci3n recíproca permitía: 1) al profesor, hablar exclusivamente de lo que llevaba preparado, lo cual le garantizaba no verse asaltado por cuestiones u objeciones indiscretas; y 2) al estudiante le aseguraba que, permaneciendo en la pasividad, conservaría su independencia y no sería molestado con interrogatorios que le colocarían en una situaci3n embarazosa y le destruirían su autoengaño de que había comprendido la exposici3n magistral. La universidad era, de este modo, para ambas partes, mucho más un expediente formalmente académico que se debía cumplir que una dedicaci3n y entrega total de la personalidad a la labor educativa. En este sentido, creo que Aranguren haría suyas las palabras del profesor Winfried Böhm¹⁰³, cuando nos decía que “Cuando el profesor se presenta a sus estudiantes solamente como agente de una utilizaci3n social, educador y educando devienen necesariamente extraños”.

Para Aranguren, el papel del profesor debía cambiar radicalmente, evitando la enorme distancia que le separaba de los alumnos. Esta distancia debía ser salvada¹⁰⁴: *personalmente*, por el profesor, a base de esfuerzo de traducci3n o comprensi3n; e, *institucionalmente*, por la universidad, mediante la soluci3n al problema de los profesores no numerarios¹⁰⁵ y el reconocimiento administrativo de unos *grados docentes intermedios* entre los catedráticos y los profesores titulares (profesor adjunto, profesores ayudantes y alumnos seniors), colaboradores en un trabajo científico de *equipo*. Todos estos profesos-

¹⁰⁰ J.L. L3PEZ-ARANGUREN, *La comunicaci3n humana*, cit., p. 177.

¹⁰¹ F. VÁZQUEZ, *Pierre Bourdieu. La sociología como crítica de la raz3n*, Ediciones de Intervenci3n Cultural, Madrid, 2002, p. 13.

¹⁰² J.L. L3PEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 148-160.

¹⁰³ W. B3HM, “El declive de la universidad”, *Historia de la Educaci3n. Revista Interuniversitaria*, núm. 5, 1986, pp. 23-40.

¹⁰⁴ J.L. L3PEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 46-59; y, T. L3PEZ, “Memoria de Aranguren”, *Pasajes. Revista de Pensamiento Contemporáneo*, pp. 85-97.

¹⁰⁵ J. GINÉS, “La Universidad: una empresa al servicio de la sociedad del conocimiento”, *Cuadernos IRC, Revista de Evaluaci3n, Planificaci3n y gesti3n Universitaria*, núm. 1, 1999, pp. 41-55.

res jóvenes estaban, nos dice Aranguren, más próximos a los alumnos y, por eso, de ellos se aprendía mucho más que del profesor titular, sobre todo de los catedráticos que, en la mayoría de los casos, eran “burócratas o librescos y muchos de ellos sin vocación universitaria”¹⁰⁶. Es importante percatarse de que, en aquellos años, frente al viejo paternalismo universitario, la relación entre adultos y jóvenes se estaba estableciendo sobre nuevas bases, en las que el acrecentamiento espiritual, la ayuda y el aprendizaje debían ser mutuos. En las manos de los jóvenes estaba el futuro del mundo y, por ello, procurar descifrar ese futuro intentando descifrarlos a ellos era una tarea fundamental¹⁰⁷. En definitiva, el profesor tenía que ser, ante todo, un monitor, animador o suscitador de iniciativas a partir de la experiencia real de los alumnos y de su situación concreta¹⁰⁸.

El nuevo rol del profesor universitario demandaba, de partida, posibilitar la *formación* (inicial) y el *reciclaje* (continuado) de los profesores para actuar en el marco de una sociedad plural, compleja y cambiante¹⁰⁹. El reciclaje profesional, tanto a nivel de contenidos, como a nivel didáctico y metodológico, era, nos dice Aranguren¹¹⁰, una obligación no sólo profesional, sino moral del cuerpo docente que, cada día más, se vería obligado a participar en situaciones variadas y complejas no sólo en relación con los alumnos, sino con toda la comunidad. Ésta era una necesidad fundamental, máxime cuando, tal y como nos decía el profesor Agustín Escolano¹¹¹, el profesorado universitario había sido el menos sensibilizado por las cuestiones relacionadas con la innovación pedagógica. De otro lado, para Aranguren¹¹², la tarea docente no podía alcanzar toda la altura deseada si no iba unida a la tarea *investigadora*. La investigación debía ser una de las tareas esenciales de la universidad. El espíritu investigador no sólo era necesario y deseable, sino indispensable. La formación continuada y la investigación podía posibilitar que los profesores estuvieran atentos a las demandas y expectativas juveniles de sus alum-

¹⁰⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La democracia establecida: Una crítica intelectual*, cit., p. 125.

¹⁰⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 38-40.

¹⁰⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 93.

¹⁰⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *España: una meditación política*, cit., pp. 76-77.

¹¹⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., pp. 173-174 y 179-180; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 38-40 y 46-54; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 335-338.

¹¹¹ A. ESCOLANO, “Discurso ideológico, modernización técnica y pedagógica crítica durante el franquismo”, cit., p. 16.

¹¹² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética*, cit., p. 311; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, cit., p. 26.

nos, convirtiéndose la enseñanza de monodireccional (profesor-alumno), a bidireccional (profesor-alumno-profesor), es decir, en verdadera *educación permanente de los educadores*. La vocación pedagógica, nos dice Aranguren, debía ser, ante todo, un ejercicio de escucha y comprensión, de diálogo y comunicación¹¹³. El verdadero profesional universitario no era el que se limitaba a transmitir una enseñanza, sino el que, a través de ella, impartía una forma moral de vida¹¹⁴. Los nuevos profesores debían erigirse en verdaderos *intelectuales transformadores, conciencia moral de la sociedad*, llevando a cabo una triple función: crítica (inconformista), moral (conciencia de la sociedad) y utópica (inseparable de la crítico-moral)¹¹⁵.

Paralelamente, el nuevo prototipo de estudiante, nos dice Aranguren¹¹⁶, sería, o debería ser, claramente *activo*. El aprendizaje se llevaría a cabo desde la iniciativa y la actuación del alumno para que pudiera saber responder por sí mismo a las diferentes situaciones con las que debería enfrentarse. Se trataba, como ya hemos comentado, de una educación activa y formativa, fundamentada en que el alumno fuera capaz de encontrar los conocimientos necesarios, no prefabricados, siempre buscados, a través de múltiples medios, valorándolos, utilizándolos y sacándoles el mayor partido posible. Los tipos de alumnos que reclamaba el momento, nos dice el profesor Aranguren¹¹⁷, eran, entre otros, el *estudiante-trabajador*, el *estudiante-becario* y el *estudiante beneficiario de una democratización real de la enseñanza* que, desde su ingreso en la universidad hasta el final de su carrera, por propios méritos, fuera cual fuera su originario estatus socioeconómico, encontrase en el estudio su modo de subsistencia. La sociedad de aquellos años necesitaba, sigue diciéndonos Aranguren¹¹⁸, “alumnos capaces de elaborar por sí mismos, asesorados y orientados por profesores-directores, su propio plan de estudios, flexible, con las asignaturas, no importa de qué sección o facultad, que les conviniera estudiar, según la especialización que previeran”. Entendía Aranguren que los maestros habían desaparecido y que los modelos se habían destruido, y

¹¹³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., pp. 174-175; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Memorias y esperanzas españolas*, cit., p. 107.

¹¹⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética*, cit., p. 431; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Crítica y Meditación*, Taurus, Madrid, 1957.

¹¹⁵ C. HERMIDA, “Oposición intelectual al franquismo: Aranguren y Tierno Galván”, cit., p. 37.

¹¹⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La crisis del catolicismo*, Alianza, Madrid, 1969, p. 35.

¹¹⁷ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., pp. 170-172.

¹¹⁸ Id., pp. 171-172.

que deberían ser los propios alumnos quienes, por sí solos o casi solos, tendrían que irse haciendo, como la época entera, tanteando el porvenir.

El estudiante, por lo tanto, debía alejarse del conformismo, conjugando su trabajo estrictamente estudiantil con una participación en la vida social, cultural y política. Era preciso *profesionalizar al estudiante*¹¹⁹, multiplicar las becas y dotarle de una situación social que le responsabilizase plenamente, que le hiciera más exigente en una doble dirección¹²⁰: *autoexigencia* como profesionales del estudio y del aprendizaje; y, *exigencia* a la labor de sus profesores. La profesionalización del estudiante debería conducir, como el reverso de la moneda, a la profesionalización y control del profesorado; control que debería girar en torno a un doble eje¹²¹: por una parte, 1) el *alumnado*, a través de los sindicatos y asociaciones, debería llevar a cabo la *función fiscalizadora* de la competencia y dedicación del profesorado, así como del propio funcionamiento de la universidad; y, por otra, 2) las propias *autoridades académicas* deberían exigir que cada cual cumpliera adecuadamente su misión. Por otra parte, para nuestro autor, la cuestión *evaluativa* del alumnado universitario era también un tema preocupante y que debía ser revisado críticamente. Según Aranguren¹²², el sistema de notas, exámenes y calificaciones que fomentaban el sobresalir en la dirección demandada era un *sistema de coerción* y, por lo tanto, de *ajustamiento* y *domesticación* del alumnado¹²³. Era preciso flexibilizar y buscar alternativas válidas, no monolíticas, con una variedad de sistemas que se complementasen entre sí. Lo ideal sería buscar, nos dice Aranguren, un contacto más estrecho con los profesores, que hiciera inútil toda evaluación por parte de estos y la sustituyera por la *autoevaluación*.

¹¹⁹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., p. 21; y, C. PUIG, “La profesionalización del estudiante y el espacio práctico de calidad. Plan de prácticum de intervención e innovación docente: el rol docente del tutor de práctica. El acompañamiento del estudiante. Formación y supervisión”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, núm. 1 extraordinario, 2006, pp. 7-25.

¹²⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El problema universitario*, cit., pp. 46-54; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 107-112 y 113-117.

¹²¹ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 52-53. Véase, también, Ph. PETTIT, “Anatomía de la dominación”, en J. CONILL y D.A. CROCKER (coord.), *Republicanism y educación cívica. ¿Más allá del liberalismo?*, Editorial Comares, Granada, 2003, pp. 183-218. véase p. 191.

¹²² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 375-378.

¹²³ G. RALÓN DE WALTON y J. DUKUEN, “Los modos de dominación en la socio-antropología de Bourdieu. Esbozo de una crítica”, *Estudios de Filosofía*, núm. 47, 2013, pp. 9-33.

Aranguren¹²⁴ se inclinaba por una evaluación que no fuera cuantitativa, sino *cualitativa y orientativa*, realmente *valorativa, continuada y permanente*.

Para conseguir una universidad verdaderamente humana y humanista, la educación universitaria debería: 1) Saber aunar, equilibradamente, trabajo y ocio, esfuerzo y diversión, puesto que una educación hedonista, nos dice Aranguren¹²⁵, “que no exija ningún tipo de esfuerzo, acaba por degradar la personalidad”. En este orden de cosas, para Aranguren¹²⁶ la *rotación* entre el *trabajo* en el mundo laboral y el trabajo en la institución universitaria, por parte de los alumnos, suponía el *valor educacional del trabajo*, y en una sociedad igualitaria debía ser complementada con la rotación entre las *distintas clases de trabajo*, y la integración, en lo posible, del *trabajo intelectual* y del *trabajo manual*. Ahora bien, para Aranguren, tal situación sólo debía producirse por *decisión voluntaria y libre* de los alumnos. 2) Paralelamente a ello, el tiempo libre de los alumnos, excesivamente centrado en el consumo¹²⁷, tendría que ser rescatado culturalmente. Se trataba de romper la *barrera* entre el *trabajo* y el *tiempo libre*, del mismo modo que la barrera entre ambos y la educación. En definitiva, la nueva educación universitaria que la juventud buscaba y que la sociedad necesitaba, nos dice Aranguren¹²⁸, era una educación *problemática y problematizadora* y, como tal, *permanente o recurrente*, con capacidad para superar el orden de cosas que había impuesto el *tecnosistema* social y universitario¹²⁹.

Efectivamente, el carácter cambiante, siempre en marcha, de la ciencia y la movilidad profesional de la población, demandaban una universidad para cuya entrada, salida y vuelta a entrar estuviera siempre abierta de par en par, lo cual significaba que había que dar a la educación una estructura completamente *abierta* en un doble sentido¹³⁰: 1) La universidad debía abrir-

¹²⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., pp. 46-47.

¹²⁵ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Memorias y esperanzas españolas*, cit., p. 37.

¹²⁶ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 95.

¹²⁷ C. HERMIDA, “El diálogo abierto entre la ética y la política en el pensamiento de Aranguren”, cit., pp. 9-22.

¹²⁸ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., pp. 93-96; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Entre España y América*, cit., pp. 160, 165 y 216; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La cultura española y la cultura establecida*, Taurus, Madrid, 1975, p. 238; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Bajo el signo de la juventud*, cit., p. 46.

¹²⁹ J.M^a. BARRIO, “Valores y escuela pública: el reto fundamental de una educación para la democracia”, *Revista Complutense de Educación*, vol. 5, núm. 1, 1994, pp. 45-66.

¹³⁰ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Moralidades de hoy y de mañana*, cit., p. 94; J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Conversaciones con Aranguren*, cit., pp. 117-124 y 382-388; y, J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La democracia establecida: Una crítica intelectual*, cit., pp. 147-148.

se temporalmente, es decir, debía romper las paredes de la edad escolar. No habría ya en el futuro unos determinados años de aprendizaje, puesto que toda la vida tendría que serlo. El saber debía hacerse accesible a todos y a cualquier edad. La *educación permanente* o *educación continua*, el *currículum abierto* y la *enseñanza-aprendizaje*¹³¹ entendida como tarea y no como período pasado dentro de una institución, eran los modos de la educación hacia los que debía encaminarse el sistema educativo. 2) La vida educacional debería ser, también, abierta en su estructura interna, flexibilizando la rigidez de su división en cursos y clases, escuelas, facultades, departamentos; y abierta, en fin y sobre todo, a la sociedad, a la comunidad y a sus problemas locales, sociales, políticos y culturales. Como hemos dicho, la universidad entendida como servicio social y comunitario.

Una pieza clave para acercarnos a esta educación recurrente, nos dice Aranguren, sería incorporar a la universidad las nuevas tecnologías de la comunicación. Efectivamente, nuestro autor abogaba por una universidad posttecnológica (no antitecnológica), proponiendo que la universidad, sin suprimir las enseñanzas humanísticas y tradicionalmente académicas, acercara más el *saber a la vida* y la *vida al saber*¹³². La universidad debería ser capaz de integrar armónicamente los adelantos tecnológicos que se fueran desarrollando, porque la universidad no podía desentenderse de la realidad socio-cultural, sino que debía abrirse a ella de par en par. Si la universidad debía ser verdadera proyección cultural y cumplir su máxima finalidad social, debía estar al día¹³³. Sin embargo, nos dice Aranguren, los nuevos medios debían servir para una educación *creativa*, nunca para una enseñanza *rutinaria* y *mecanizada*¹³⁴. Además, los nuevos medios tecnológicos nunca debían enfriar el sentido comunitario de la universidad. La tarea pendiente para llevar a cabo una acción social en los medios informativos consistía, nos dice Aranguren¹³⁵, “en una estrategia de comunicación para la comunidad y no para las masas, de comunicación individualizada, pero no individual”. En

¹³¹ ALBERT TUIJNMAN, “La educación recurrente: del concepto a la aplicación”, *Perspectivas: Revista trimestral de educación comparada*, núm. 1, 1991, pp.15-23.

¹³² J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *El futuro de la Universidad y otras polémicas*, cit., pp. 54-59.

¹³³ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *La comunicación humana*, cit., pp. 162-165; y F. MOSCOSO y J. VARGAS “La Responsabilidad Social Universitaria: más allá de la proyección y extensión social, una mirada a la experiencia de la Universidad EAN de Colombia”, *Recherches en Sciences de Gestion*, núm. 98, 2013/5, pp. 83-106.

¹³⁴ J.L. LÓPEZ-ARANGUREN, *Ética de la felicidad y otros lenguajes*, cit., pp. 83-84.

¹³⁵ Id., pp. 87-88.

definitiva, se trataba de una apuesta por una educación posttecnológica que no manipulase las conciencias individuales de los ciudadanos, a la par que abriera la posibilidad del desarrollo comunitario.

5. A MODO DE CONCLUSIÓN

Nuevos tiempos, similares problemas de fondo. En tiempos de crisis económica las tasas de desempleo juvenil son alarmantes, viendo los jóvenes frustrados y postergados sus proyectos de vida presente y futura. La juventud está sumida en la desmoralización, la desesperanza, la apatía y la angustia, no sólo económico-laboral, sino también moral. Respecto a la universidad, no cabe la menor duda que se ha avanzado mucho a partir de las distintas reformas educativas habidas desde la transición política, teniendo, en tiempos de bonanza, un papel relevante en el desarrollo cultural, económico, político y social del país. Sin embargo, los problemas técnicos, económicos, sociales, culturales y morales de la universidad siguen siendo muy importantes, agravándose en tiempos de crisis económica. Hoy, como ayer, los problemas de la universidad no se pueden solucionar si antes no se solucionan los problemas políticos de la democracia, focalizados, fundamentalmente, en la *corrupción generalizada*, que nos está llevando al *desencanto democrático*, el cual, al mismo tiempo, descansa en el *problema moral*. La lucha por una educación compensadora de las desigualdades sociales que se producen en la sociedad, en el marco de una sociedad más justa, de un *Estado de justicia social* y de la *Democracia como moral, forma de vida o sistema de valores* es una de las tareas irrenunciables. Una democracia vivida en la que los ciudadanos asuman, personal y socialmente, sus responsabilidades cívicas y morales, objetivo de una *sociedad justa*¹³⁶.

Es en este plano moral donde la propuesta que nos hace el profesor Aranguren sigue siendo un discurso plenamente vigente. Se da mucha importancia, y la tiene que tener, evidentemente, a la formación académica, tecnológica y profesional que debe llevar a cabo la institución universitaria. Sin embargo, se olvida, con demasiada frecuencia, de la necesaria tarea moralizadora de la misma. Me estoy refiriendo, más concretamente, a la educación moral, cívica, política y social que se debe desarrollar en la universidad y que, por

¹³⁶ J.M^a. AGUIRRE, "Crisis, ética y justicia", en O. FERNÁNDEZ y A. MILAGRO (eds.), ¿El fin de la razón?: I Jornada de Filosofía SOFIRA, Universidad de La Rioja, Logroño, 2014, pp. 149-170.

desgracia, y salvo contadas ocasiones, no se realiza. La institución universitaria no está comprometida con la moralización de sus miembros y, por lo tanto, tampoco contribuye a la moralización de la sociedad, es decir, al desarrollo de la democracia como forma de vida o como moral, a la superación del malestar de la vida pública, a conseguir una sociedad más honrada, justa y digna.

Nuestro sistema educativo, y el universitario no es ninguna excepción, se mueve dentro de los parámetros del pensamiento liberal burgués, que tiene como principales notas identificativas: por una parte, 1) el *concepto de ciudadano* o *ciudadanía*, entendido como el estatus o derecho que todo ciudadano tiene, por el simple hecho de haber nacido con una determinada nacionalidad, sin apenas demandarle nada a cambio, a recibir protección y seguridad jurídica; y, por otra parte, 2) el concepto de *libertad negativa*, de libertad como *no interferencia*, entendida como la mínima intervención del Estado, de los poderes públicos y de las instituciones públicas en los asuntos privados de los ciudadanos, con el objetivo de que sean dejados en paz, sin intromisión en sus vidas privadas. Estas dos premisas hacen que, al considerarse la moral, el civismo y la política como aspectos personales de los individuos, circunscritos al ámbito de la privacidad, la educación moral, cívica, política y social, sea una cuestión engorrosa que no se debe tratar en la universidad. Creo que es un grave error, se trata de educar, de abrir puertas y perspectivas, no de adoctrinar ni inculcar determinados valores éticos y políticos. Esta concepción liberal omite, por una parte, 1) la necesaria responsabilidad moral que los futuros graduados tendrán en la sociedad; y, por otra parte, 2) cierra la necesaria apertura de la responsabilidad moral individual de los ciudadanos, a su corresponsabilidad moral social. Es decir, por una parte, 1) la Universidad proporciona a sus alumnos una formación y un estatus directivo en la sociedad y, sin embargo, no les enseña a hacer un uso responsable del poder social que se les otorga, dejando de lado la *dimensión ética de las profesiones*¹³⁷; además, por otra parte, 2) se olvida que las esferas privada y pública, lo personal y lo social, se relacionan mutuamente, no pudiéndose separar. La moral personal debe abrirse a la moral social porque los actos humanos no se encierran en sí mismo, sino que, salvo excepciones, afectan a los otros.

¹³⁷ R. LÓPEZ, "Ética profesional en la formación universitaria", *Perfiles educativos*, núm. 142. Consultado en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-26982013000400017 (abril, 2018).

Por ello, precisamente, la educación moral, cívica, política y social es una cuestión de todos, forma parte de la *res publica*, es decir, es un asunto que nos incumbe a todos los ciudadanos, pues es el fundamento de la educación democrática y para la democracia, la cual, al mismo tiempo, implica la necesaria *participación*, que en el modelo liberal está muy restringida. Se trata del *valor de educar*¹³⁸. Esta educación moral, cívica, política y social es una de las tareas básicas del sistema educativo en general, y de la institución universitaria en particular, puesto que es educación para la libertad. Un compromiso moral, una tarea ética, que en el ámbito universitario debe implicar a todos los sectores: clase rectora, profesorado y alumnado, pues es una empresa común, el anhelo de conseguir una vida integral al servicio del bien común:

1. Si la clase rectora de la universidad, si los cuadros dirigentes de la institución universitaria no están claramente convencidos de la importancia que debe tener la educación moral, cívica, política y social no sólo para los estudiantes, sino para toda la sociedad, será muy difícil, por no decir imposible, poner en marcha actuaciones encaminadas a desarrollar la normal función moralizadora de la universidad, cerrando la institución universitaria en lo meramente academicista, intelectualista, individualista y economicista. Es preciso abrir espacios físicos y curriculares para la reflexión moral y que la educación universitaria deje de ser, simplemente, un bien de consumo y se encamine hacia una democratización real de la institución, de la sociedad y del país. Asignatura ésta aún pendiente. No sólo abrir espacios, cosa relativamente fácil, sino, y sobre todo, liderarlos, ponerse al frente, dando verdadero *ejemplo moral*. Se trata de poner en marcha una universidad abierta a la realidad social y moral, al servicio de todos, que no se limite a las funciones relacionadas con el saber, sino que abarque sus obligaciones para con la sociedad, sus funciones sociales y morales.
2. El profesorado, por su parte, además de colaborar con su ejemplo moral, es decir, ser un referente moral para sus alumnos en la manera de impartir y evaluar su asignatura, en la forma de relacionarse con sus alumnos, desde el respeto y la igualdad, debe ir más allá de la simple instrucción para adentrarse en el verdadero reto moral que supone enseñar unas técnicas y reflexionar sobre ellas, en desarrollar un código moral y deontológico de la profesión y de cada

¹³⁸ F. SAVATER, *El valor de educar*, Ariel, Barcelona, 1997.

- una de las materias que se imparten, en ir más allá de la simple formación en los valores sociales y políticamente correctos o dominantes. Es preciso abrir al alumno un verdadero abanico de posibilidades, para que el alumno con la ayuda del profesorado, pueda elegir su propio camino en la vida y en la profesión. Para ello es preciso la participación y el desarrollo de actividades vivas.
3. El alumnado, por último, ha de concebir el aprendizaje universitario como algo integral, como algo que debe formar toda su personalidad: su *éthos*, carácter o personalidad moral. Ellos son los que más se han de implicar en esta tarea, pues sin ellos no hay posibilidades de desarrollo moral. Si ellos no están interesados en esta tarea, si consideran que es suficiente con aprobar unas asignaturas y obtener una titulación que les capacite para el mundo laboral, no hay nada que hacer (la universidad como mera expendeduría de títulos oficiales). Los alumnos son los clientes, los verdaderos usuarios de la educación y, como tales, deben exigir que la educación, además de formar su intelecto, forme también y sobre todo, su espíritu moral. Y la primera cuestión, y más importante, radica en ser críticos con la institución y con el profesorado. Digo críticos, que no criticones, no se trata del descontento por el descontento. Se trata de demandar que la Universidad y su profesorado, además de instruirlos y formarlos, les eduquen para una vida plena. Una educación para la vida, una educación para superar los escollos que van a ir encontrando en el día a día. Es preciso y necesario que los alumnos, además de futuros profesionales, sean ciudadanos educados en valores morales. En eso y no en otra cosa consiste la ciudadanía, en *moralidad*¹³⁹.

JOAN CARLES RINCÓN VERDERA
Universitat de les Illes Balears
Edifici Guillem Cifre de Colonya
Facultat d'Educació
Carretera de Valldemossa, Km. 7'5
E-07071 Palma de Mallorca
e-mail : jcarles.rincon@uib.es

¹³⁹ V. CAMPS, *Educación para la ciudadanía*, Fundación ECOEM, Sevilla, 2007.

**EL DERECHO FUNDAMENTAL
A UNA SOCIEDAD LIBRE DE CORRUPCIÓN:
UNA CONTRIBUCIÓN DESDE LATINOAMÉRICA**

*THE FUNDAMENTAL RIGHT TO A CORRUPTION-FREE SOCIETY:
A CONTRIBUTION FROM LATIN AMERICA*

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN
Universidad Nacional Autónoma de México

Fecha de recepción: 2-5-19

Fecha de aceptación: 21-1-20

Resumen: *Dentro de los trabajos del enfoque basado en derechos humanos sobre la corrupción, la posición más adelantada ha propuesto la existencia de un derecho humano a una sociedad libre de corrupción. La cuestión sobre este nuevo derecho continúa abierta; su existencia no se ha rebatido con solidez, ni se ha fundamentado de manera satisfactoria. El artículo se dirige a esta cuestión. Tras revisar el estado de la discusión sobre los vínculos entre derechos humanos y corrupción, se aportan razones en favor del reconocimiento de este derecho. Asimismo, se comenta la contribución del constitucionalismo latinoamericano reciente al tema, que ya ha consagrado en algún caso a la libertad frente a la corrupción como derecho fundamental.*

Abstract: *Within the human rights-based approach studies of corruption, the most advanced position has proposed the existence of a human right to a corruption-free society. The new right question continues open because its existence neither has been refuted with solidity nor satisfactorily grounded. The article addresses this issue. Firstly, the state of the discussion on the links between human rights and corruption is reviewed. Secondly, reasons in favor of the recognition of this new right are given. Also, the recent Latin American constitutionalism's contribution, which has already recognized in some cases the freedom from corruption as a fundamental right, is commented.*

Palabras clave: anticorrupción, derechos humanos, sociedad libre de corrupción
Keywords: anti-corruption, human rights, corruption-free society

1. INTRODUCCIÓN

La corrupción se ha posicionado como uno de los temas más relevantes en la agenda internacional durante las últimas décadas. Su combate ha pasado de ser una preocupación económica y de gobernabilidad, a un asunto de política criminal. Recientemente, se le ha planteado también como un concepto de interés para los estudios de derechos humanos, en tanto se le reconoce como una amenaza para la vigencia y el goce de estos. El grupo de estudios que plantean este último abordaje al problema de la corrupción se identifican con la etiqueta de “enfoque basado en derechos humanos sobre la corrupción”¹.

Dentro de estos estudios, la postura más adelantada ha propuesto que se reconozca la existencia de un derecho humano a la libertad frente a la corrupción o a sociedades libres de corrupción. El debate sobre esta propuesta no se ha generalizado, aunque hay razones para considerar su pertinencia. El presente artículo se dirige a esa discusión, replanteando los argumentos en favor de la propuesta de reconocimiento de este derecho humano.

Para presentar los argumentos, se requiere realizar el siguiente recorrido. La sección 2 revisa las generalidades de los estudios del enfoque basado en derechos humanos sobre la corrupción, destacando sus principales impulsores y sus campos de interés. La sección 3 comenta los efectos de la corrupción en los derechos humanos, según han sido descritos por estos trabajos a partir de dos tesis centrales: primera, que la corrupción produce un efecto negativo en los derechos; y segunda, que todos los actos de corrupción afectan o amenazan en algún grado a los derechos.

La sección 4 discute el problema de la redefinición de la corrupción como una violación de derechos humanos por sí misma, explicando los tres argumentos que la sostienen: el argumento de la corrupción sistémica como una negación del Estado constitucional, el argumento de la corrupción como

¹ En general los autores hacen uso de categorías como “*international human rights approach*”, “*human rights-based approach*” o “perspectiva de derechos humanos” para denominar esta propuesta de abordaje sobre la corrupción. Véanse Z. PEARSON, “An international human rights approach to corruption”, en P. LARMOUR y N. WOLANIN (eds.), *Corruption and Anti-Corruption*, ANU Press, Canberra, 2001, pp. 30-61; M. BOERSMA y H. NELEN (eds.), *Corruption & Human Rights: Interdisciplinary Perspectives*, Intersentia, Antwerp, 2010, *passim*; C. ROSE, “Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 65, 2016, pp. 405-438; C. NASH, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, *Estudios de Derecho*, núm. 165, 2018, pp. 139-162; A. PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4, 2018, pp. 1251-1287.

una violación de la libertad, y el argumento de la corrupción como freno del desarrollo económico y social.

Con estas bases teóricas, la sección 5 examina la tesis de la existencia de un derecho humano a una sociedad libre de corrupción. Para esto, se confrontan las dos tesis principales que niegan la posibilidad de considerar este derecho, y se replantean los argumentos que han ofrecido sus proponentes. Este replanteamiento se realiza a partir de consideraciones de la teoría de los derechos morales. De acuerdo con esto, se encuentra que el derecho a una sociedad libre de corrupción surge de una doble fuente conceptual: deriva de otros derechos humanos ya reconocidos, y constituye un derecho correlativo del deber estatal de erradicar la corrupción sistémica.

Finalmente, la sección 6 comenta dos ejemplos constitucionales en Latinoamérica, en los que ya se ha expresado en el texto de la ley fundamental la relación entre corrupción y derechos humanos. Se trata de la constitución local de la Ciudad de México de 2017, que establece que el combate a la corrupción es pilar de un buen gobierno y garantía del derecho a la buena administración; y de la Constitución de Ecuador de 2008, que ha ido un paso más allá al reconocer de manera expresa el derecho fundamental a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

2. EL ENFOQUE BASADO EN DERECHOS HUMANOS SOBRE LA CORRUPCIÓN

La perspectiva de estudios sobre la corrupción basada en los derechos humanos es todavía minoritaria comparada con otros enfoques sobre el tema de la corrupción más desarrollados, como los estudios económicos² o los estudios jurídico-penales. Sus impulsores han sido particularmente organismos internacionales especializados en los temas de derechos humanos que han emitido los documentos fundamentales de esta perspectiva, como el Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos³ [ICHRP], el

² Los estudios en las ciencias sociales y económicas sobre el fenómeno de la corrupción han seguido cuatro enfoques principales: el modelo de la búsqueda de rentas; la teoría del agente principal; el funcionalismo y el enfoque del nuevo institucionalismo económico. Véase L. PELLEGRINI, *Corruption, Development and the Environment*, Springer, Netherlands, 2011, pp. 3-5.

³ Véanse *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, International Council on Human Rights Policy, Transparencia Internacional, Ginebra, 2009; *La integración de los derechos*

Programa de Desarrollo, la Comisión de Derechos Humanos del Consejo Económico y Social, y el Consejo de Derechos Humanos, entre otros órganos de Naciones Unidas⁴, junto con los comentarios de académicos publicados en las últimas dos décadas. En el ámbito regional latinoamericano, se ha sumado recientemente a este discurso la Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]⁵. Como primer obstáculo, los estudios de este enfoque se enfrentan al hecho de que, en el ámbito del derecho internacional, los principales tratados en materia de corrupción no mencionan los derechos humanos y viceversa (con alguna excepción⁶); se trata de dos áreas jurídicas clara-

humanos en la agenda de combate a la corrupción: Retos, Posibilidades y Oportunidades, Consejo Internacional de Políticas de Derechos Humanos, Fundar, Ginebra, 2011.

⁴ Véanse fundamentalmente *The impact of corruption on the human rights based approach to development*, United Nations Development Programme, Oslo Governance Centre, 2004; *La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales. Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Christy Mbonu*, Comisión de Derechos Humanos, 7 julio 2004, E/CN.4/Sub.2/2004/23; *La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales*, Comisión de Derechos Humanos, 5 agosto 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/L.24/Rev.1; *Informe resumido acerca de la mesa redonda sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, Consejo de Derechos Humanos, 18 abril 2013, A/HRC/23/26; *Resolution 69/199. Preventing and combating corrupt practices and the transfer of proceeds of corruption, facilitating asset recovery and returning such assets to legitimate owners, in particular to countries of origin, in accordance with the United Nations Convention against Corruption*, General Assembly, 18 diciembre 2014, A/RES/69/199; *Resolution 29/11. The negative impact of corruption on the enjoyment of human rights*, Human Rights Council, 22 julio 2015, A/HRC/RES/29/11; *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos sobre las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de los derechos humanos*, Consejo de Derechos Humanos, 5 enero 2015, A/HRC/28/73; *Mejores prácticas para luchar contra las consecuencias negativas de la corrupción en el disfrute de todos los derechos humanos. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Consejo de Derechos Humanos, 15 abril 2016, A/HRC/32/22.

⁵ Véanse *Resolución 1/17 Derechos humanos y lucha contra la impunidad y la corrupción*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 12 de septiembre de 2017; *Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos*, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 167º Período de Sesiones, Bogotá, 2 de marzo de 2018. Sobre los estándares definidos por la CIDH en estas resoluciones véase: M. MORALES ANTONIAZZI, "Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos", en C. TABLANTE y M. MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Impacto de la corrupción en los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2018, pp. 335-366.

⁶ Se tienen menciones expresas en la Convención de la Unión Africana para la Prevención y la Lucha contra la Corrupción, de 2003. En Europa, se apunta que: "[L]a corrupción constituye una amenaza para la primacía del derecho, la democracia y los de-

mente separadas⁷. No obstante, la idea de la existencia de una relación entre los derechos humanos y la corrupción ha tenido eco paulatinamente en el discurso de agentes protagonistas del movimiento internacional anticorrupción, como Transparencia Internacional [TI]⁸, por lo que es previsible que los estudios desde esta perspectiva tiendan a aumentar.

¿Cuál es el método y, en su caso, los hallazgos de este enfoque? A partir de la definición de *Human Rights Based Approach to Development* elaborada por el Alto Comisionado de Naciones Unidas, se señala que el enfoque basado en derechos humanos sobre la corrupción propone ser un marco conceptual para el estudio del fenómeno de la corrupción y su combate, que se funda normativamente en los estándares internacionales de derechos humanos y se dirige operativamente a proteger y promover los derechos humanos⁹.

El problema detonante de estos estudios ha sido la identificación de los múltiples vínculos existentes entre derechos humanos y corrupción. El vínculo más comentado es el impacto que un acto de corrupción o la generalización de estos en una determinada sociedad producen en el goce y ejercicio

rechos humanos". Convenio Penal sobre la Corrupción (Convenio n.º 173 del Consejo de Europa), Estrasburgo, 27 enero 1999, Preámbulo. Por otro lado, el Prefacio de Kofi ANAN a la Convención contra corrupción señala: "La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos". Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Resolución 58/4, Asamblea General, 31 octubre 2003.

⁷ La posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –y en general de los tribunales internacionales de derechos humanos– ha sido terminante al respecto, al guardar una suerte de silencio prudente, evitando hacer referencias al "vínculo" entre corrupción y violaciones de derechos humanos, aun cuando en diversos casos podría haber elementos para hacer manifestaciones al respecto. En algún caso reciente se menciona ya la corrupción, pero sólo para hacer reenvío a los deberes de los Estados previstos en los tratados de ese terreno. El estudio del Centro de Derechos Humanos de la Universidad de Chile es muy interesante, pues ofrece un detallado recuento de las diversas sentencias en las cuales la Corte Interamericana "podría" haberse manifestado sobre la corrupción, pero se abstuvo de hacerlo. Véase C. NASH *et al.*, *Corrupción y Derechos Humanos: Una mirada desde la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Chile, 2014. Véanse también A. S. CLAVIJO CASTAÑEDA, "Actos de corrupción como violación a los derechos humanos", *Saber, Ciencia y Libertad*, vol. 7, núm. 1, 2012, pp. 35-45; M. MORALES ANTONIAZZI, "Aproximación a los estándares interamericanos sobre corrupción, institucionalidad democrática y derechos humanos", *cit.*, pp. 356-360.

⁸ Véanse *Los derechos humanos y la corrupción*, Transparencia Internacional, Documento de trabajo 05, 2008; *Declaración contra la corrupción*, Transparencia Internacional.

⁹ Cfr. *The impact of corruption on the human rights based approach*, *cit.*, p. 4.

de alguno o varios derechos humanos. En general, estos estudios asumen que ese impacto es preponderantemente negativo¹⁰. A la luz de ese vínculo negativo, se plantea algún intento de ajustar el concepto de corrupción, para redefinirla como una violación de derechos humanos¹¹.

Otras relaciones se establecen no directamente desde los actos de corrupción, sino por vía de las políticas anticorrupción, que pueden entrar en tensión con ciertos derechos (como los derechos de los acusados de corrupción¹²), o impulsar directamente el fortalecimiento de otros¹³. Los escritos de este enfoque también suelen proponer líneas de acción para contribuir a la lucha anticorrupción, de acuerdo con las confluencias¹⁴ y puntos en común entre las agendas anticorrupción y pro-derechos¹⁵, así como complementando la vía penal¹⁶, por medio de la exigibilidad de responsabilidades estatales en el marco del derecho internacional garante de los derechos¹⁷. Sobre la “utilidad” práctica de estas propuestas, hay autores que ofrecen comentarios escépticos, dudando si el enfoque de derechos humanos puede contribuir a

¹⁰ Véase *infra* Apartado 3.

¹¹ Véase *infra* Apartado 4.

¹² Como en el caso de medidas legales, policiales o judiciales que pueden comprometer la presunción de inocencia o el debido proceso. Véase *La integración de los derechos humanos en la agenda*, cit., pp. 69 y ss.

¹³ Como las libertades de expresión e información, en su confluencia con las políticas de transparencia y rendición de cuentas. *Ibidem*, pp. 14 y ss. Para una introducción a las relaciones entre corrupción y transparencia véase M. CARBONELL, *Transparencia, ética pública y combate a la corrupción. Una mirada constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2009, en part. pp. 2, 5, 22. Para el tema específico de la rendición de cuentas, véase un diagnóstico del sistema mexicano en M. MERINO *et al.*, *La estructura de la rendición de cuentas en México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, México, 2010, en part. pp. 19 y ss.

¹⁴ Véanse C. NASH *et al.*, *Corrupción y Derechos*, cit., pp. 29-31; Id., “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, cit., pp. 152-155.

¹⁵ La agenda de derechos humanos puede ser útil para reforzar la agenda anticorrupción a partir de enriquecer “tres principios que son centrales para las políticas tanto anticorrupción como de derechos humanos: (1) participación, (2) transparencia y acceso a la información y (3) rendición de cuentas”. *La integración de los derechos humanos en la agenda*, cit., p. 1.

¹⁶ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 24.

¹⁷ El propósito del enfoque es complementar la perspectiva del derecho penal y aumentar las posibilidades de sanción, al transitar a la exigencia de responsabilidad de parte del Estado por actos de corrupción, mediante un cambio de enmarque interpretativo al derecho internacional de los derechos humanos. Cfr. A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, en C. TABLANTE y M. MORALES ANTONIAZZI (eds.), *Impacto de la corrupción*, cit., pp. 71, 72, 76.

fortalecer la prevención y el combate penal del fenómeno¹⁸, particularmente, tratándose de la corrupción cometida por los grandes consorcios privados.

3. EFECTOS DE LA CORRUPCIÓN EN LOS DERECHOS HUMANOS

El punto de partida común de los escritos del enfoque basado en derechos humanos es la tesis de que la corrupción produce un efecto negativo¹⁹ en el goce y ejercicio de los derechos. Entre otras consecuencias, se señala que la corrupción afecta²⁰, obstaculiza²¹, amenaza²², impide²³, destruye²⁴ o incluso viola²⁵ los derechos humanos. Se afirma que esta relación negativa puede apreciarse intuitivamente²⁶ o ser evidente en la práctica²⁷ al grado de

¹⁸ Véanse C. ROSE, "Limitations of a Human Rights Approach to Corruption, cit., pp. 405-438; K. E. DAVIS, "Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters", *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4, 2018, pp. 1289-1296; F. PEIRONE, "Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters", *The European Journal of International Law*, vol. 29, núm. 4, 2018, pp. 1297-1302.

¹⁹ Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, cit., párr. 19.

²⁰ "[L]a corrupción [...] afecta a los derechos humanos en su integralidad -civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales". Resolución 1/18 *Corrupción y Derechos Humanos*, cit.

²¹ "La corrupción constituye uno de los principales obstáculos a la promoción y protección efectivas de los derechos humanos". *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados en virtud del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el contexto de las actividades empresariales*, E/C.12/GC/24, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, párr. 20.

²² "[L]a corrupción en todos los ámbitos amenaza al estado de derecho, la democracia y los derechos humanos". Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos, cit., párr. 19.

²³ "[L]a corrupción, ya sea sistémica, endémica o leve, impide a los ciudadanos disfrutar de todos los derechos recogidos en los instrumentos internacionales". *La corrupción y sus repercusiones en el pleno disfrute de los derechos humanos, en particular los derechos económicos, sociales y culturales. Informe preliminar de la Relatora Especial, Sra. Christy Mbonu*, cit., párr. 57.

²⁴ "La corrupción [d]estruye los derechos básicos de miles de millones de personas". *Declaración contra la corrupción*, Transparencia Internacional.

²⁵ "Desde esta perspectiva, a menudo se da por sentado que la corrupción "viola" los derechos humanos". *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 23.

²⁶ "[L]a relación entre corrupción y vulneración de derechos humanos puede resultar intuitivamente evidente (los derechos humanos tratan de limitar el poder y la corrupción es un abuso de poder)". R. MARTINÓN QUINTERO, "Corrupción y Derechos Humanos. En particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 10, 2016, p. 8.

²⁷ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 3.

constituir una tautología²⁸. También se le sustenta en evidencia anecdótica²⁹ o empírica³⁰, con señalamientos generales como la constatación de que los países con niveles más altos de corrupción (por ejemplo, en los índices de TI) presentan niveles bajos de respeto a los derechos³¹.

La identificación de este efecto negativo tiene como propósito poner énfasis en el daño que los actos de corrupción causan a la gente, dando un “rostro humano”³² a la corrupción. Así, los escritos del enfoque se interesan por las víctimas³³, las personas ordinarias que enfrentan cotidianamente la corrupción, en ocasiones como una experiencia inseparable de la violación a sus derechos³⁴. Mientras las víctimas permanecen invisibles para el enfoque penal dominante sobre la corrupción, interesado principalmente en la responsabilidad de los autores individuales³⁵, el enfoque de derechos humanos propone visibilizar a esas víctimas de actos corruptos, como una manera de empoderarlas³⁶ y mejorar su estatus³⁷. En este reposicionamiento de las víctimas, también se resalta que la corrupción afecta con mayor intensidad

²⁸ “[L]a corrupción constituye entonces –en un sentido muy general– la negación de la idea de los derechos humanos. Por consiguiente, no solo existe un nexo, sino que casi hay una tautología”. A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., p. 28.

²⁹ Mencionando casos en los que se hizo patente la afectación. Véase Z. PEARSON, “An international human rights to corruption”, cit., pp. 52 y ss.

³⁰ Véanse T. LANDMAN y C. J. W. SCHUDEL, *Corruption and Human Rights: Empirical Relationships and Policy Advice*, Working paper for the International Council on Human Rights Policy, 2007; A. N. ASTHANA, “Human Rights and Corruption: Evidence from a Natural Experiment”, *Journal of Human Rights*, vol. 11, núm. 4, 2012, pp. 526-536; L. A. CARDONA ACUÑA, H. ORTÍZ RÍOS y L. D. VÁZQUEZ VALENCIA, “Corrupción y derechos humanos: de la intuición a la convicción”, *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 80, núm. 3, 2018, pp. 577-610; L. A. CARDONA, H. ORTÍZ y D. VÁZQUEZ, “Corruption and Human Rights: Possible Relations”, *Human Rights Quarterly*, vol. 40, núm. 2, 2018, pp. 317-341.

³¹ Véase *Los derechos humanos y la corrupción*, Transparencia Internacional, cit., p. 1; A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., pp. 24-25. PEIRONE cuestiona la validez de estas observaciones, mencionando países en los que la correlación no se cumple. F. PEIRONE, “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”, cit., pp. 1297-1302.

³² Z. PEARSON, “An international human rights approach to corruption”, cit., p. 59.

³³ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 27.

³⁴ Cfr. M. K. ANDERSEN, “Why Corruption Matters in Human Rights”, *Journal of Human Rights Practice*, vol. 10, 2018, pp. 179-190.

³⁵ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 25; C. ROSE, “Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”, cit., p. 11.

³⁶ Cfr. C. R. KUMAR, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, Oxford University Press, Nueva Delhi, 2014, pp. 9-10, 43.

³⁷ A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., p. 69.

a los pobres y a los miembros de grupos vulnerables como mujeres, niños e indígenas³⁸.

Ahora bien, intuitivamente parece que ese daño no es el mismo en todos los casos. En el universo de los actos ilícitos considerados corruptos, se identifican algunos en los cuales la lesión a las personas es inmediata y visible; sin embargo, también hay otros en los cuales ese daño no es claro o parece no existir, al no haber víctimas identificables. Podría incluso pensarse en actos de corrupción que no tengan efectos en los derechos de ninguna persona. En este punto, el enfoque basado en derechos se aleja de esta idea intuitiva. La segunda tesis que se desprende de estos trabajos³⁹ es la afirmación de que *todos* los actos de corrupción impactan negativamente en los derechos humanos, así sea remotamente⁴⁰ o en el largo plazo⁴¹. De este modo, la relación negativa entre corrupción y afectación a derechos se sugiere de naturaleza *necesaria*.

Se puede debatir esta tesis, reiterando que la conexión entre corrupción y violaciones de derechos humanos no se presenta en todos los casos⁴², o sosteniendo que tiene una “naturaleza indeterminada”: en algunos casos es imposible negar que la corrupción es causa directa de una disminución en el disfrute de algún derecho específico, pero en otros, en los que la afectación es indirecta, la conexión tiene que entenderse como “contingente”⁴³. Igualmente, desde la perspectiva empírica, se señala que más allá de los casos anecdóticos, no hay evidencia suficiente sobre esta correlación negativa

³⁸ Cfr. J. T. GATHII, “Defining the relationship between Human Rights and Corruption”, *University of Pennsylvania Journal of International Law*, vol. 31, núm. 1, 2009, pp. 125-202; *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 7-10; *Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos*, cit.

³⁹ Tesis sostenida explícitamente por los reportes del ICHRP y sugerida por el lenguaje en los otros trabajos y documentos aquí citados, que hablan de las consecuencias negativas de la corrupción en general, y no de ciertos tipos o modalidades de corrupción.

⁴⁰ *La integración de los derechos humanos en la agenda*, cit., p. vii.

⁴¹ J. BACIO-TERRACINO, *Corruption as a Violation of Human Rights*, Working paper for the International Council on Human Rights Policy, 2008, pp. 1, 10.

⁴² Dice MALEM SEÑA: “La conexión entre determinadas formas de corrupción y la violación de los derechos humanos no resulta difícil de establecer bajo la condición de que se acepte que no todo acto de corrupción afecta los derechos humanos. La vinculación de los derechos humanos a casi cualquier actividad humana es un defecto teórico y una inadecuación pragmática que hay que evitar”. J. F. MALEM SEÑA, “Derechos humanos y corrupción”, *Crítica*, núm. 989, 2014, pp. 48-51.

⁴³ K. E. DAVIS, “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”, cit., pp. 1289-1291.

entre corrupción y violaciones de derechos humanos⁴⁴, que pruebe que las afectaciones se presentan ya no se diga en todos los casos, sino al menos de manera generalizada⁴⁵.

Estas objeciones solo pueden hacerse a un lado si la naturaleza *necesaria* de la afectación a derechos humanos por la corrupción se afirma por una razón conceptual⁴⁶, con independencia de la relación causa-efecto. Sin embargo, los escritos del enfoque escasamente profundizan en esta conexión conceptual⁴⁷. En sustitución, eludiendo de cierta manera este problema, los estudios más minuciosos ofrecen una categorización de afectaciones, que cataloga los actos de corrupción en función de su grado de impacto en los derechos. El efecto negativo se da por sentado, pero se reconoce que es muy distinto decir que un acto de corrupción *amenaza* un derecho, a decir que lo *viola*.

Particularmente, los estudios del ICHRP se preocupan por establecer diversos criterios para esta clasificación, según se dice, para evitar el “abuso” y la “banalización” de la aplicación “sensible” de los principios de derechos humanos⁴⁸. Igualmente, para los efectos jurídicos de defensa de los derechos que propone, Peters considera fundamental distinguir un acto que solo afecta remotamente los derechos de una “verdadera violación”⁴⁹ a estos.

La categorización es casuística y tiene en cuenta, fundamentalmente, la existencia o no de un vínculo causal apreciable prácticamente. Con algunas variaciones, en los análisis se delinearán las siguientes categorías:

⁴⁴ Cfr. F. PEIRONE, “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”, cit., pp. 1297, 1299.

⁴⁵ El sentido de la “evidencia empírica” aportada puede no ser útil para probar esta relación, pues no dice nada sobre la dirección de la relación ni sobre la influencia de otros factores. Por ejemplo, en un estudio realizado en México, se correlaciona estadísticamente el número de homicidios (como indicador de los derechos civiles), con el número de observaciones emitidas por el órgano encargado de fiscalizar la cuenta pública (como indicador de la corrupción). Entre las conclusiones, se apunta que, en un determinado lugar y tiempo, a mayor gravedad de esas observaciones sobre el presupuesto, más número de homicidios. Es difícil interpretar esto más que como una coincidencia interesante. Cfr. L. A. CARDONA, H. ORTÍZ y L. D. VÁZQUEZ, “Violación de derechos humanos en México: Un costo poco advertido de la corrupción”, *Política y gobierno*, vol. XXV, núm. 1, 2018, pp. 153-184.

⁴⁶ Véase *infra* Apartado 4.

⁴⁷ Cfr. C. ROSE, “Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”, cit., p. 409.

⁴⁸ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 4.

⁴⁹ A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., p. 36.

A) Actos de corrupción que afectan de manera remota derechos humanos.

En estos casos no se puede establecer en la práctica el vínculo causal que conduce del acto corrupto a la violación concreta de un derecho⁵⁰. La relación es distante y débil, pues la corrupción es solo uno entre otros muchos factores que podrían conducir a la lesión del derecho.

Aunque no se puede establecer en la práctica, el vínculo se tiene por existente de forma hipotética (por la conexión *necesaria* que se postula, comentada antes). La afirmación de esta relación tiene fines meramente retóricos, pues supone reconocer las consecuencias dañosas que tiene la corrupción en abstracto, haciendo uso de un “vocabulario débil”⁵¹, sin que esto tenga implicaciones analíticas ni repercusiones jurídicas.

En esta indeterminación, se puede llegar a afirmar que, así como *todo* acto de corrupción afecta derechos humanos, igualmente “casi cualquier derecho humano puede verse afectado por la corrupción”⁵².

B) Actos de corrupción que son causa indirecta de afectaciones a derechos humanos.

En estos casos sí se establece un vínculo de causalidad entre el acto corrupto y la violación de un derecho, pero esta relación no es directa ni inmediata. La práctica corrupta es una “condición necesaria” y un “factor esencial” que contribuye en una “cadena de acontecimientos” que conducen al acto violatorio del derecho⁵³, pero el acto corrupto y el que determina la violación son diversos. El acto de corrupción, en sí mismo, no viola el derecho, pero es un antecedente que genera un riesgo directo⁵⁴, siendo requerido para que la violación se produzca.

C) Actos de corrupción que constituyen violaciones directas de derechos humanos.

En estos casos sí existe un vínculo causal directo, que se da cuando el acto de corrupción es usado deliberadamente como un medio para violar el

⁵⁰ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 24, 28.

⁵¹ A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., p. 33.

⁵² *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 18.

⁵³ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 27.

⁵⁴ C. NASH, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, cit., pp. 143, 145.

derecho, o cuando el acto de corrupción impide a una persona tener acceso al derecho⁵⁵. En este segundo renglón, el vínculo también se presenta cuando el impedimento es resultado de una omisión del Estado⁵⁶.

A partir de la existencia de ese vínculo causal directo, se establece una causalidad jurídica cuando el acto de corrupción constituye, a su vez, un incumplimiento de alguna de las obligaciones del Estado⁵⁷ en materia de derechos humanos establecidas por el derecho internacional⁵⁸. Adicionalmente, para determinar esta causalidad jurídica importa tener en cuenta otros elementos como la “previsibilidad” de la violación del derecho, y que la realización de la lesión no está “muy distante” del funcionario público responsable del acto corrupto⁵⁹.

Peters remarca que esta identificación jurídica entre el acto de corrupción y el incumplimiento sancionable de una obligación estatal en materia de derechos es imprescindible para ir más allá de la “idea vaga” del “vínculo”, y pasar a la afirmación de que el acto corrupto (o la tolerancia de este) “viola” un derecho en el sentido jurídico⁶⁰. Solo cuando este análisis técnico detallado muestra a la corrupción como un incumplimiento de obligaciones del estado, existiría base legal para un eventual reclamo de responsabilidad del Estado por la violación del derecho, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos.

⁵⁵ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 27; J. BACIO-TERRACINO, *Corruption as a Violation*, cit., pp. 10-11.

⁵⁶ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 29.

⁵⁷ Los estándares internacionales sobre las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos no son uniformes. De acuerdo con el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, las obligaciones son tres: obligación de respetar, de proteger y de cumplir. El Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos coinciden en identificar dos obligaciones centrales: respetar, y garantizar y adoptar medidas. Véase S. SERRANO, “Obligaciones del Estado frente a los derechos humanos y sus principios rectores: una relación para la interpretación y aplicación de los derechos”, en E. FERRER MAC-GREGOR *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Fundación Konrad Adenauer, México, 2013, pp. 89-132.

⁵⁸ Cfr. A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., pp. 36 y ss; R. HEMSLEY, “Human Rights & Corruption: States’ Human Rights Obligation to fight Corruption”, *Journal of Transnational Legal Issues*, vol. 2, núm. 1, 2015, pp. 1-24.

⁵⁹ A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., pp. 51 y ss.

⁶⁰ Cfr. *Id.*, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, cit., p. 1253.

D) Actos generalizados de corrupción que afectan de manera generalizada los derechos humanos.

En una cuarta categoría, se consideran los casos en los cuales las afectaciones y violaciones –indistintamente– de derechos son consecuencia de “contextos”⁶¹ de corrupción sistémica. En estos escenarios, la corrupción no solo afecta derechos humanos en casos individuales, sino que, debido a su proliferación, se convierte en “un obstáculo estructural”⁶² para el disfrute de los derechos.

En estas situaciones críticas de altos niveles de corrupción, sencillamente el Estado cooptado es incapaz de cumplir con las obligaciones relacionadas con los derechos⁶³, con lo cual las personas están en riesgo constante de sufrir menoscabo en sus derechos. En estas sociedades, las oportunidades solo están aseguradas por la lealtad a la élite y la impunidad es la regla, por lo cual la corrupción se experimenta no sólo como una falla del imperio de la ley, sino como un efecto del régimen político⁶⁴.

Ahora bien, un Estado resulta responsable de esa situación constante de afectaciones o violaciones de derechos por omisión: por tolerar, con su inacción, la proliferación de la corrupción hasta esos niveles. Esta inacción se presenta cuando no se ha cumplido la obligación de implementar en forma efectiva las medidas anticorrupción, tanto para prevenir esa situación extrema, como para corregirla cuando ya existe. La falta de esas medidas anticorrupción⁶⁵ supone a su vez un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos⁶⁶, resultando por tanto en una violación⁶⁷.

⁶¹ C. NASH, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, cit., pp. 143, 146.

⁶² Id. *et al.*, *Corrupción y Derechos*, cit., p. 26.

⁶³ J. T. GATHII, “Defining the relationship between Human Rights and Corruption”, cit., p. 147; *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 23.

⁶⁴ Cfr. M. K. ANDERSEN, “Why Corruption Matters”, cit., p. 185.

⁶⁵ Medidas de prevención establecidas en la Convención de Naciones Unidas, en el Capítulo II; y de criminalización y persecución penal en el Capítulo III.

⁶⁶ Cfr. R. HEMSLEY, “Human Rights & Corruption: States’ Human Rights Obligation to fight Corruption”, cit., pp. 1-24. También sobre las obligaciones estatales de prevenir y combatir la corrupción en el marco del “orden público internacional”, véase J. A. BURNEO LABRÍN, “Corrupción y Derecho Internacional de los derechos humanos”, *Revista de Derecho PUCP*, núm. 63, 2009, pp. 333-347.

⁶⁷ Cfr. A. PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, cit., pp. 1258-1260.

Como se observa, solo los casos de corrupción que se inscriben en los incisos B) y C) se califican en un sentido jurídico técnico como violaciones de derechos, cometidas ya sea de forma directa o indirecta. Como ya se mencionó, los dos puntos fundamentales para afirmar la existencia de la violación son el vínculo causal entre el acto de corrupción y el resultado lesivo, así como la identificación jurídica entre el acto de corrupción y el incumplimiento de una obligación estatal en materia de derechos.

Establecida esta distinción analítica, los estudios comentados se interesan por hacer listados de los derechos humanos que “regularmente”⁶⁸ son violados por la corrupción, ilustrando las formas como se producen esas lesiones⁶⁹. Los derechos económicos y sociales como la salud⁷⁰ y la educación⁷¹ son mencionados como particularmente vulnerables, porque su realización está sujeta a la disponibilidad de recursos públicos destinados a la prestación de servicios. Esos recursos son susceptibles de ser desviados a fines privados por la corrupción⁷², lo que incumple el principio de progresividad⁷³.

También se menciona el derecho a la igualdad que prácticamente se considera afectado en todo caso, cuando un acto de corrupción significa dar un trato privilegiado a un sujeto al margen de la igualdad legal, lo que se traduce en discriminación⁷⁴. Las listas tienden a extenderse, bajo la idea de que “[e]s difícil encontrar un derecho humano que no pueda resultar vulnerado por la corrupción”⁷⁵.

⁶⁸ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 31.

⁶⁹ J. BACIO-TERRACINO, *Corruption as a Violation*, cit., pp. 11 y ss.; C. NASH, “Derechos Humanos y Corrupción. Un enfoque multidimensional”, cit., pp. 143, 146.

⁷⁰ Véase B. TOEBES, “Chapter V. Health Sector Corruption and Human Rights: a Case Study”, en M. BOERSMA y H. NELEN (eds.), *Corruption & Human Rights*, cit., pp. 91-123.

⁷¹ Véanse M. BOERSMA, “Chapter IV. Corruption as a Violation of Economic, Social and Cultural Rights: Reflections on the Right to Education”, en M. BOERSMA y H. NELEN (eds.), *Corruption & Human Rights*, cit., pp. 51-89; A. PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, cit., p. 1256.

⁷² *Observación general núm. 24 (2017) sobre las obligaciones de los Estados*, cit., párr. 20; *Resolución 1/18 Corrupción y Derechos Humanos*, cit., resolutivo 3; *Los derechos humanos y la corrupción*, Transparencia Internacional, cit., p. 3.

⁷³ M. MORALES ANTONIAZZI, “Aproximación a los estándares”, p. 349.

⁷⁴ Cfr. J. BACIO-TERRACINO, *Corruption as a Violation*, cit., pp. 33-36; *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 32 y ss.

⁷⁵ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 17.

4. REDEFINICIÓN DE LA CORRUPCIÓN A PARTIR DE SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS

En el terreno conceptual, la mayor parte de los escritos de este enfoque reconocen la falta de una definición única de corrupción y optan por tomar como base las nociones más usuales⁷⁶, sin profundizar en la tarea de revisar el concepto a la luz de su vínculo con los derechos humanos. En el sentido jurídico, se reitera que la corrupción se entiende como la tipología de conductas ilegales previstas en los tratados como la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción [CNUCC] y otros documentos internacionales⁷⁷ que, en efecto, enlistan los actos ilegales, pero no definen el fenómeno. Al mismo tiempo, se sostiene expresamente que, para el análisis de las consecuencias negativas de la corrupción, no es “absolutamente necesario elaborar una definición precisa de corrupción”⁷⁸.

El problema conceptual supone ir un paso más allá en el establecimiento del vínculo entre derechos humanos y corrupción. Más que dilucidar en qué casos un acto de corrupción *causa* una violación a un derecho humano, la pre-

⁷⁶ Por ejemplo, se refieren las definiciones del Banco Mundial y de TI (corrupción como abuso de poder encomendado para la obtención de beneficio propio); o de R. KLITGAARD (corrupción como la ecuación: Corrupción = Poder monopólico + Discreción - Rendición de cuentas). Véanse Z. PEARSON, “An international human rights approach to corruption”, cit., pp. 32-33; *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., pp. 15-18; J. HATCHARD, “Chapter II. Adopting a human rights approach towards combating corruption”, en M. BOERSMA y H. NELEN (eds.), *Corruption & Human Rights*, cit., pp. 7-23; C. NASH *et al.*, *Corrupción y Derechos*, cit., pp. 16-21. Como parte del abuso de poder, la corrupción implica una desviación de deberes formales o la violación de reglas para favorecer un interés privado. Cfr. L. PELLEGRINI, *Corruption, Development and the Environment*, cit., pp. 16-17.

⁷⁷ La Convención de Naciones Unidas señala como actos criminalizables los siguientes: Soborno de funcionarios públicos nacionales (artículo 15); Soborno de funcionarios públicos extranjeros y de funcionarios de organizaciones internacionales públicas (artículo 16); Malversación o peculado, apropiación indebida u otras formas de desviación de bienes por un funcionario público (artículo 17); Tráfico de influencias (artículo 18); Abuso de funciones (artículo 19); Enriquecimiento ilícito (artículo 20); Soborno en el sector privado (artículo 21); Malversación o peculado de bienes en el sector privado (artículo 22); Blanqueo del producto del delito (artículo 23); Encubrimiento (artículo 24); Obstrucción de la justicia (artículo 25). Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cit. Para listados similares véanse Convención Interamericana contra la Corrupción, Organización de Estados Americanos, 29 marzo 1999, artículo VI; Convención de la Unión Africana para Prevenir y Combatir la Corrupción, Asamblea de la Unión, 11 julio 2003, artículo 4; Convenio Penal sobre la Corrupción (Convenio núm. 173 del Consejo de Europa), Estrasburgo, 27 enero 1999, artículos 2-14.

⁷⁸ *Informe final del Comité Asesor del Consejo de Derechos Humanos*, cit., párr. 6.

gunta es si la corrupción por sí misma es una violación a derechos humanos. Se trata de dos discusiones paralelas, que Spalding identifica como dos perspectivas dentro de este enfoque de estudios: la perspectiva “causa-efecto”, que aborda la corrupción como un “medio” para violar derechos; y la perspectiva que considera a la corrupción como una violación “inherente” de derechos⁷⁹.

Peters plantea una cuestión cercana en sus propios términos: distingue el “análisis doctrinal del derecho positivo”, que permite determinar cuándo un acto de corrupción se califica legalmente como violatorio de derechos⁸⁰, de la “valoración normativa”, que aborda el problema sobre si la corrupción “debe” conceptualizarse como una violación de derechos humanos, y si esto ofrece algún valor agregado en términos prácticos o de política. En su posición, una vez que ha identificado que un acto de corrupción sí puede calificarse legalmente como una violación de derechos en ciertos casos, concluye considerando que también “debe” considerarse como una “potencial” violación de derechos humanos, porque esta calificación puede ser útil para reforzar la implementación de los tratados anticorrupción, complementando la definición del enfoque penal. Esta autora reconoce que la valoración normativa es “ambivalente” pues plantea múltiples dificultades teóricas; de ahí que, si se inclina por una respuesta positiva, lo hace “con toda cautela”, en tanto ofrece “beneficios prácticos” para la lucha anticorrupción⁸¹.

La respuesta de Peters a la cuestión normativa que plantea no es contundente⁸². Para lo que aquí interesa, además de sus razones utilitaristas, se requieren otras razones sustanciales para sostener la reconceptualización de la corrupción como una violación de derechos. Es decir, se requiere mostrar que la corrupción se conecta con los valores protegidos por el régimen del derecho internacional de los derechos humanos, en una dimensión distinta de la empírica (eventual relación de causa-efecto) y de la jurídica (determinación legal de violación de derecho o no).

Según se desprenden de los estudios del enfoque, estas razones se aportan desde tres argumentos: el argumento de la corrupción generalizada, el argumento de la libertad y el argumento del derecho al desarrollo.

⁷⁹ Cfr. A. B. SPALDING, “Corruption, Corporations, and the New Human Right”, *Washington University Law Review*, vol. 91, núm. 6, 2014, pp. 1365-1428.

⁸⁰ Véase *supra* Apartado 3 C).

⁸¹ Cfr. A. PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, *cit.*, pp. 1253, 1286-1287.

⁸² Cfr. F. PEIRONE, “Corruption as a Violation of International Human Rights: A Reply to Anne Peters”, *cit.*, pp. 1297, 1299.

Véase el primer argumento. De los estudios comentados, precisamente a partir de la insistencia en los efectos negativos de la corrupción, se desprende una consideración implícita de que la corrupción puede redefinirse como una violación de derechos, cuando se ha extendido en grado sumo dentro de una sociedad⁸³. En este planteamiento, independientemente de si un acto de corrupción es un delito o repercute en violaciones a un derecho concreto, se insinúa que la corrupción en ese grado generalizado, por su condición de ser *opuesta a los derechos humanos, es en sí misma violatoria de estos*⁸⁴.

La corrupción está ampliamente extendida dentro de una sociedad cuando se presenta en todos los niveles jerárquicos del gobierno, tanto en la burocracia baja como en las altas esferas de la política⁸⁵; igualmente, cuando se presenta en las diversas áreas: administrativa, judicial e incluso legislativa. La extensión no es solo una cuestión numérica, sino *sistémica*; como describe Arellano, esto se presenta cuando las prácticas corruptas son la “costumbre”, se “autorreproducen” al estar integradas en un “entramado” de “relaciones sociales” en el que están involucrados tanto la estructura gubernamental como las empresas y otros agentes privados. La corrupción sistémica es una “trampa social”, pues no es fácil para los actores “salirse del acuerdo” que normaliza los actos de corrupción⁸⁶.

Si se lleva ese escenario de corrupción sistémica a un extremo hipotético, se puede imaginar una situación en la cual todos y cada uno de los actos de autoridad y de las interacciones entre los agentes del Estado y los ciudadanos están viciados por la corrupción. En esa sociedad, el Estado simplemente abandona la obligación de garantizar el disfrute de los derechos, y se con-

⁸³ Véase *supra* Apartado 3 D).

⁸⁴ Por ejemplo, se apunta que, en los escenarios de corrupción en grado sistémico, la corrupción es causa de violaciones a derechos humanos, pero también es “una violación por y en sí misma”. Los derechos humanos son el “constitutivo opuesto” de una sociedad corrupta. Cfr. M. K. ANDERSEN, “Why Corruption Matters, cit., p. 185.

⁸⁵ De acuerdo con la conocida distinción entre *grand corruption* (cometida por altos funcionarios en el otorgamiento de contratos a gran escala) y *petty corruption* (cometida por funcionarios de bajo nivel en el cobro por servicios al ciudadano). Cfr. S. ROSE-ACKERMAN & R. TRUEX, *Corruption and Policy Reform*, Working Paper Prepared for the Copenhagen Consensus Project, 2012.

⁸⁶ Cfr. D. ARELLANO GAULT, “Corrupción ¿calle de una sola vía? La internalización del soborno en empresas en México”, *Iztapalapa. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*, núm. 84, 2018, pp. 163-190; Id., “Corrupción como proceso organizacional: comprendiendo la lógica de la desnormalización de la corrupción”, *Contaduría y Administración*, núm. 62, 2017, pp. 810-826.

vierte en una maquinaria de abuso de poder. Un Estado así no es otra cosa que una “banda de corruptos”, que detentan el poder e imponen su ley para su propio beneficio.

En este plano, la corrupción generalizada se opone a los derechos humanos porque, de imperar en la sociedad, supondría la existencia de un modelo estatal contrario al modelo de Estado constitucional de derecho justificado normativamente por estar basado en el valor de la dignidad humana. En ese escenario teórico la corrupción se vuelve por sí misma violatoria de derechos porque excluye completamente la posibilidad de los derechos, al convertir el gobierno en un medio para la obtención de beneficios privados a costa de los demás.

Esta consideración teórica es distinta de la cuestión empírica. No se trata de saber cuánta corrupción ha de presentarse en una sociedad concreta, para comprobar si se ha alcanzado o no ese punto extremo de negación de los derechos. Más bien, lo que se plantea es una oposición entre modelos de Estado: uno que tutela la dignidad, y otro que la socava. Aquí, este argumento se conecta con la cuestión de la legitimidad estatal. Un modelo de Estado corrompido, que excluye el respeto de la dignidad, es ilegítimo desde lo que Rajagopal identifica como el “modelo de legitimidad de los derechos”. En esta idea, la corrupción y los derechos humanos son las “dos caras contrarias de la misma moneda”: una deslegitima al Estado, los otros son el criterio contemporáneo para medir esa legitimidad⁸⁷.

Este argumento implica una visión “moralizante” de la corrupción, en la cual se asume como un mal que resulta moralmente repudiable en todos los casos⁸⁸. Como apunta Garzón Valdés, la corrupción es una práctica que, en los sistemas democráticos y en el marco del Estado social de derecho, “es insalvablemente inmoral”; la palabra misma “tiene la connotación negativa de destrucción de algo que se considera valioso”⁸⁹. Desde esta idea, se encuentra que aquello que la corrupción contamina o hace pútrido es el valor de la dignidad humana⁹⁰ como base de toda organización jurídico-política.

⁸⁷ Cfr. B. RAJAGOPAL, “Corruption, Legitimacy and Human Rights: The Dialectic of the Relationship”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 14, núm. 2, 1999, pp. 495-507.

⁸⁸ “[C]ondenamos la corrupción como inmoral, injusta y repugnante para los ideales de humanidad consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos”. *The Seoul Findings*, 11th International Anti-Corruption Conference. Seoul, 2003.

⁸⁹ E. GARZÓN VALDÉS, “Acerca de la calificación moral de la corrupción. Tan sólo una propuesta”, *Isonomía*, núm. 21, 2004, pp. 9-19.

⁹⁰ El ICHRP refiere que algunos académicos sostienen que “la corrupción endémica destruye los valores fundamentales de la dignidad humana y la igualdad política”. *Corruption*

La corrupción viola por sí misma los derechos humanos porque, con su proliferación, emponzoña el fundamento normativo del Estado.

El segundo argumento atiende también a los fundamentos del Estado, aunque desde la óptica de la filosofía política liberal clásica. En particular, Spalding sostiene que la corrupción viola el “derecho natural a la libertad”, a partir de una relectura de la teoría de Locke sobre la libertad y el fundamento del Estado civil. En esta relectura, la corrupción se identifica con la “tiranía”, que Locke describe como el uso del poder detentado no para el bien de aquellos que están sujetos a ese poder, sino para la propia ventaja privada. Para explicitar esa identificación, Spalding propone definir a la corrupción como “la conducta de un actor público o privado que procura la obtención de algún beneficio ya sea personal o para otros, en contravención de un deber oficial o fiduciario y de los derechos de otros”⁹¹.

Según reseña Spalding, en el ideario de Locke, cuando el gobierno se rige por las leyes promulgadas por el pueblo para el beneficio común, el derecho natural a la libertad se “protege” y se “disfruta”. La libertad, dentro de la sociedad civil, es vivir bajo “el gobierno de las reglas”, dadas por el legislativo para todos, sin estar sujeto a la “voluntad” “arbitraria” de otro hombre. Para Spalding, esta libertad de Locke solo existe cuando el “gobierno confiere beneficios de acuerdo con el deber oficial de gobernar según las leyes dirigidas al bien común”; por tanto, esta libertad es violada cuando los funcionarios conceden beneficios incumpliendo ese deber, sea para sí mismos o para otros, como sucede con la corrupción. Dado que la corrupción viola este derecho natural de libertad, al avasallarlos para el beneficio privado de quien gobierna, este autor considera que “la corrupción anula el contrato social, destruye el gobierno y regresa a la sociedad al estado de naturaleza”. Además de violar la libertad, la corrupción “es la fuente de la que surgen otras muchas violaciones”⁹².

Así, en este liberalismo revisitado, la corrupción resulta ser una “violación inherente” de la libertad, porque la subordina a un régimen político que persigue el beneficio privado. Este argumento tiene también una relación clara con la idea de legitimidad: el gobierno de tiranía-corrupción resulta ilegítimo, porque no persigue el cumplimiento de la libertad en el marco del gobierno de las leyes.

and Human Rights: Making the Connection, cit., p. 3.

⁹¹ A. B. SPALDING, “Corruption, Corporations, and the New Human Right”, cit., pp. 1395-1398.

⁹² *Ibidem*, pp. 1368, 1397-1398.

El tercer argumento sostiene que la corrupción es una violación del derecho humano al desarrollo. El fundamento de este argumento deriva de la idea generalizada dentro de las políticas anticorrupción, de que los altos niveles de corrupción impiden el éxito de las acciones para el desarrollo, tanto en el aspecto económico como social⁹³. La relación negativa entre corrupción y desarrollo se plantea incluso en el Preámbulo de la CNUCC, que señala que la corrupción “compromet[e] el desarrollo sostenible”⁹⁴. En cierta lectura, esta noción de “desarrollo sostenible” implica a los derechos económicos y sociales, cuya satisfacción se ve también comprometida por la corrupción⁹⁵.

De este modo, si la corrupción es un “fuerte factor que inhibe”⁹⁶ o interfiere⁹⁷ con el desarrollo, en un grado tal que llega a nulificar los esfuerzos realizados para conseguirlo, resulta ser por sí misma una violación del derecho al desarrollo reconocido por Naciones Unidas desde 1986⁹⁸. La fuerza de esta afirmación radica en que, a diferencia de las violaciones a otros derechos

⁹³ El Banco Mundial colocó el tema de la corrupción en el centro de las políticas sobre desarrollo, lo que se hizo consenso a mediados de los noventa. Desde entonces, la corrupción se entiende como un impedimento mayor para el éxito de las reformas económicas; en un Estado corrupto, el desarrollo sostenible, tanto social como económico, se vuelve imposible. J. T. GATHIL, “Defining the relationship between Human Rights and Corruption”, cit., pp. 127, 144. Igualmente, se señala que la corrupción “hoy se reconoce como uno de los mayores obstáculos para el desarrollo”. *La integración de los derechos humanos en la agenda*, cit., p. vii. En el mismo sentido, se sostiene que la corrupción tiene efectos negativos en dos componentes fundamentales del desarrollo sostenible: el crecimiento económico y la protección ambiental. Cfr. L. PELLEGRINI, *Corruption, Development and the Environment*, cit., pp. 149 y ss.

⁹⁴ “La Asamblea General [...] Preocupada por la gravedad de los problemas y las amenazas que plantea la corrupción para la estabilidad y seguridad de las sociedades al socavar las instituciones y los valores de la democracia, la ética y la justicia y al comprometer el desarrollo sostenible y el imperio de la ley”. Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, cit., Preámbulo.

⁹⁵ Si se entiende “desarrollo sostenible” como la provisión de las necesidades de la generación presente, sin comprometer la habilidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades (de acuerdo con la visión del Informe Brundtland de 1987). *The impact of corruption on the human rights based approach*, cit., p. 26.

⁹⁶ C. R. KUMAR, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, cit., p. 54.

⁹⁷ *The impact of corruption on the human rights based approach*, cit., p. 7.

⁹⁸ “El derecho al desarrollo es un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él”. Declaración sobre el Derecho al Desarrollo. Resolución 41/128, Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, 4 diciembre 1986, Artículo 1.1.

por actos de corrupción que se plantean de manera casuística, la violación del derecho al desarrollo por la corrupción se formula en un sentido general, aprovechándose del reconocimiento generalizado de la existencia de una correlación negativa entre altos niveles de corrupción y desarrollo económico y humano⁹⁹. Si la corrupción viola el derecho al desarrollo al impedirlo, provoca el mismo daño a los derechos cuyo goce es inseparable del desarrollo, declarados por Naciones Unidas dentro de los Objetivos de Desarrollo del Milenio en el 2000, y de los Objetivos de Desarrollo Sustentable en 2012.

En sentido similar, Kofele-Kale encuentra que la corrupción viola el derecho colectivo al desarrollo, que en la dimensión económica permite a un país garantizar los derechos económicos y sociales, y en la dimensión social es esencial para que los individuos conozcan, exijan y disfruten sus derechos. Este ideal de desarrollo se vincula con el derecho a la autodeterminación económica –estipulado en los dos Pactos Internacionales de Derechos– que, de acuerdo con este autor, se viola por la corrupción cuando la riqueza nacional, que es el patrimonio del pueblo, en lugar de destinarse para el desarrollo, es objeto de apropiación por los poderosos o se enajena por el Estado en concesiones extranjeras. Así, la violación de este derecho por el Estado ocurre cuando se niega al pueblo, tanto en lo individual como en lo colectivo, el derecho a usar y disponer de la riqueza nacional de modo que contribuya para su desarrollo¹⁰⁰.

Para cerrar este apartado, hay que destacar que los tres argumentos comentados se basan en un grupo de ideas y lugares comunes sobre la legitimidad y la justificación normativa del orden jurídico-político. En su conjunto, coinciden en ver a la corrupción como la negación del Estado constitucional

⁹⁹ De acuerdo con abundante evidencia formulada desde el enfoque de los estudios económicos de la corrupción. Se sabe, por ejemplo, que la corrupción provoca “efectos paralizantes en el desarrollo humano y el bienestar”, y que en general, “los países con altos niveles de corrupción tienen bajos niveles de desarrollo humano”. S. ROSE-ACKERMAN & R. TRUOX, *Corruption and Policy*, cit. Igualmente, se sostiene que la correlación entre el nivel de corrupción y el crecimiento está firmemente establecida, siendo claro que un alto nivel de corrupción tiene un impacto negativo en el desarrollo económico. R. FISMAN y R. GATTI, “Bargaining for bribes: the role of institutions”, en S. ROSE-ACKERMAN (ed.), *International Handbook on the Economics of Corruption*, Edward Elgar Publishing, UK, 2006, pp. 127-139. La corrupción se señala también como una de las causas de “fallas en el mercado”. L. PELLEGRINI, *Corruption, Development and the Environment*, cit., pp. 13, 149.

¹⁰⁰ Cfr. N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, *The International Lawyer*, vol. 34, núm. 1, 2000, pp. 164-165.

contemporáneo que, por definición, ha de basarse en el respeto al valor de la dignidad y dirigir su cometido hacia la garantía de los derechos, promoviendo el desarrollo social que los hace posibles.

Esta visión del Estado se traduce en obligaciones. Un Estado constitucional tiene la obligación de proteger la dignidad y garantizar los derechos, para lo cual debe crear un ambiente social en el que estos se disfruten, y debe actuar en contra de los fenómenos que los amenacen. Si la corrupción aparece hoy en día como uno de los grandes “enemigos” de los derechos, entonces el Estado constitucional tiene una obligación de combatirla y erradicarla¹⁰¹, para prevenir o para hacer cesar la violación de derechos que provoca.

Los argumentos mencionados, al hablar de que la corrupción es una violación de derechos en sí misma, se refieren a la corrupción generalizada o a gran escala, que con su proliferación impide el desarrollo y socava las bases de la legitimidad estatal; sin embargo, para efectos del deber de combatirla, la cuestión del grado es secundaria, pues hasta el más modesto acto de extorsión puede vulnerar la dignidad de quien lo sufre, del mismo modo que toda apropiación del patrimonio público mina el camino del desarrollo.

Dada esta naturaleza lesiva de la corrupción, algunas voces dentro de estos estudios van un paso más allá, proponiendo la existencia de un derecho humano nuevo: el derecho a una sociedad sin corrupción¹⁰². Este derecho humano particular es correlativo del deber estatal de combatir la corrupción; es también el derecho que resulta violado con cada caso de corrupción sin importar su grado.

Previamente a discutir esta propuesta, cabe mencionar que en esta revisión conceptual de la corrupción existe otra posición que plantea redefinir el fenómeno como “un crimen contra la humanidad” comparable con la tortura, el genocidio y otras prácticas que atentan contra la dignidad huma-

¹⁰¹ Así lo ha señalado expresamente la Corte Interamericana, con referencia a los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en una sentencia reciente en la que se asocia una violación de derechos con la existencia de un “marco de corrupción”. Textualmente el párrafo de interés señala: “La Corte recuerda que los Estados deben adoptar las medidas para prevenir, sancionar y erradicar eficaz y eficientemente la corrupción [Al respecto, véase, artículo 1 de la Convención de Naciones Unidas contra la Corrupción, entrada en vigor desde el 14 de diciembre de 2005 y ratificada por Guatemala el 3 de noviembre de 2006 y artículo II de la Convención Interamericana contra la Corrupción.]” Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala. Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 9 de marzo de 2018, Serie C, núm. 351, párr. 242.

¹⁰² Véase *infra* Apartado 5.

na¹⁰³. Kofele-Kale desarrolla esta redefinición de la corrupción como un “crimen internacional” con una intención práctica: como una herramienta para perseguir el castigo, bajo la ley internacional y con las reglas de jurisdicción universal, de los grandes políticos corruptos, los gobernantes que expolían la riqueza de sus países y permanecen impunes. De este modo, no toda la corrupción resulta ser un crimen internacional, sino solo esos actos de “cleptocracia” o robo de la riqueza nacional a gran escala, que son actos de expoliación a los que este autor denomina “patrimonicidio”, considerando que son delitos de excepcional magnitud y gravedad, que no tienen comparación con los sobornos a pequeña escala¹⁰⁴.

Bantekas plantea esta tesis de la definición de la corrupción como un crimen internacional igualmente con un propósito práctico, como base de una propuesta para englobar la responsabilidad penal por actos de corrupción no solo de los gobernantes, sino también de los miembros de corporaciones multinacionales¹⁰⁵. Las debilidades de esta propuesta han sido señaladas por autores como Rose, quien puntualiza que el requisito *mens rea* de dolo directo necesario para establecer la responsabilidad en un crimen de esta magnitud, probablemente nunca se cumpliría en un caso de expoliación o gran corrupción¹⁰⁶.

5. LIBERTAD FRENTE A LA CORRUPCIÓN COMO UN DERECHO HUMANO

5.1. Argumentos en favor del reconocimiento del nuevo derecho

Los argumentos que proponen reconceptualizar la corrupción como una violación de derechos humanos por sí misma, llevados un paso más ade-

¹⁰³ En la 11ª Conferencia Internacional Anticorrupción, celebrada en Seúl en 2003, Kiraitu Murungi, Ministro de Justicia de Kenia, sostuvo que “la corrupción a gran escala debe ser designada como un crimen contra la humanidad, pues para muchos alrededor del mundo se encuentra en la misma categoría que la tortura, el genocidio y otros crímenes contra la humanidad que nos roban la dignidad humana”. *The Seoul Findings*, cit.

¹⁰⁴ N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, cit., pp. 152, 160, 163, 166, 174.

¹⁰⁵ I. BANTEKAS, “Corruption as an International Crime and Crime against Humanity: An Outline of Supplementary Criminal Justice Policies”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006, pp. 466-484.

¹⁰⁶ Cfr. C. ROSE, “Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”, cit., p. 411.

lante, conducen a sostener la existencia de un derecho humano “nuevo”, que se nombra derecho a un “mundo libre de corrupción”¹⁰⁷, a una “sociedad libre de corrupción”¹⁰⁸, a un “ambiente libre de corrupción”¹⁰⁹, a “servicios públicos libres de corrupción”¹¹⁰, o simplemente “libertad frente a la corrupción”¹¹¹ “oficial”¹¹².

Evidentemente, al no estar reconocido todavía en el derecho internacional de los derechos humanos ni en la generalidad de las constituciones nacionales, este derecho humano se afirma con una naturaleza moral¹¹³. Según se desprende de los escritos de sus proponentes, el derecho a una sociedad libre de corrupción tiene una doble fuente conceptual. Un primer argumento lo deriva de otros derechos ya reconocidos. Kofele-Kale, por ejemplo, lo enmarca en los derechos a la autodeterminación económica y al desarrollo. El nuevo derecho procede de estos dos derechos, según se entiende, porque ambos derechos son manifiestamente vulnerados por los graves actos de corrupción de los Estados expoliadores (como se refirió antes¹¹⁴). Adicionalmente, este autor sugiere que el derecho tiene una triple disposición: además de fluir de

¹⁰⁷ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 3.

¹⁰⁸ *The Seoul Findings*, cit.; N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, cit., p. 152.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

¹¹⁰ C. R. KUMAR, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, cit., p. 103.

¹¹¹ A.B. SPALDING, “Corruption, Corporations, and the New Human Right”, cit., p. 1365.

¹¹² M. MURRAY y A. SPALDING, *Freedom from Official Corruption as a Human Right*, Governance Studies, The Brookings Institution, Washington, 2015, p. 1.

¹¹³ En este trabajo se sigue una concepción de los derechos humanos que distingue entre derechos “jurídicos” (o fundamentales) y derechos “morales”. Los primeros están positivizados en tratados y constituciones; mientras que los derechos “morales” son producto de la reflexión moral. En la concepción que se sigue, estos derechos pueden coincidir en su contenido sustantivo, o no. Asimismo, los derechos morales no son “naturales” ni tienen las características que se asocian con esos “derechos naturales”. Más bien, los derechos morales son proposiciones que expresan exigencias justificadas en razones morales. Esta concepción sigue, por ejemplo, a Wellman y a Cruz Parcero. Para el último, los derechos morales son una clase de “enunciados que implican alguna conclusión moral”; un derecho es “una especie de conclusión intermedia en el razonamiento práctico” basada en razones que apelan a intereses individuales o generales. Cfr. J. A. CRUZ PARCERO, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, p. 35; C. WELLMAN, “Derechos: problemas filosóficos y propuestas de solución”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, pp. 265-280.

¹¹⁴ Véase *supra* Apartado 4.

los dos anteriores, también, de manera alternativa surge como un derecho por sí mismo¹¹⁵.

La conexión del nuevo derecho con los derechos marco a la autodeterminación económica y al desarrollo –o con cualesquiera otros– se da a partir de la *necesidad*: si la corrupción sistémica viola consistentemente ciertos derechos humanos, entonces parece que para gozar de esos derechos *se necesita* estar a salvo de la corrupción. Con respaldo en la teoría de los derechos de Shue, la afirmación de esta *necesidad* como un nuevo derecho moral se da por el principio de “transitividad”, según el cual los derechos morales conllevan derechos a sus condiciones necesarias; asimismo, se respalda en el deber de garantizar, según el cual los derechos conllevan derechos al resguardo frente a las “amenazas estándar” que pueden interferir con su goce¹¹⁶. Entonces, si la corrupción sistémica es una “amenaza estándar” para *todos* los derechos¹¹⁷, el estar a salvo de la corrupción aparece como una condición necesaria para gozar de *todos* los derechos. Esa necesidad es lo que da contenido a la exigencia moral, que lleva a considerar a la libertad frente a la corrupción como un derecho por sí mismo. En un sentido teleológico, este nuevo derecho aparece como medio para proteger la dignidad humana. Esto, en tanto el nuevo derecho comparte la fundamentación de esos otros derechos ya reconocidos con los que se conecta, al constituir una norma necesaria para la protección de esos otros intereses ya reconocidos como fundados en el valor de la dignidad. Así, Kofele-Kale sostiene que el nuevo derecho es “inherentemente básico”, porque de este “dependen” “la vida, la dignidad y otros valores humanos importantes”. Sin este derecho, agrega, “esos valores esenciales pierden su significado”¹¹⁸.

¹¹⁵ Cfr. N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, cit., p. 152.

¹¹⁶ Según la conocida propuesta de SHUE, un derecho moral proporciona un fundamento racional para la demanda justificada de que el goce real de un objeto será garantizado socialmente contra las “amenazas estándar”. De este modo, si todo el mundo tiene derecho a cierto objeto, todo mundo tiene derecho también a la remoción de las más graves condiciones generales que podrían evitar o interferir severamente con el goce de eso a lo que la persona tiene derecho. Cfr. H. SHUE, *Basic Rights: Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton University Press, Princeton, 1996, pp. 13, 22, 32.

¹¹⁷ Desde su reconceptualización como una *violación de derechos por sí misma*. Véase *supra* Apartado 4.

¹¹⁸ N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, cit., pp. 152, 163.

El derecho en comento también se deriva de derechos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, atendiendo no a una conexión de necesidad, sino de identidad. Spalding encuentra que la libertad frente a la corrupción es el reflejo de la libertad natural lockeana, que se convierte en libertad civil una vez instituido el gobierno de las leyes. De ahí que la libertad frente a la corrupción se entiende auténticamente como el “derecho definitorio de la sociedad civil”¹¹⁹. Esta libertad frente a la corrupción no se menciona en el texto de la Declaración, pero es un concepto que está implícito, que aparece “con otro nombre”. Así, la “rebelión contra la tiranía y la opresión” del preámbulo define la idea de “gobierno legítimo” sujeto a las leyes desde Locke, y opuesto al gobierno de corrupción. También, los artículos 28¹²⁰ y 29 de la Declaración definen el establecimiento de un orden encausado a la protección de los derechos, siendo preceptos que son “fundamentalmente” sobre la corrupción¹²¹.

Un segundo argumento sugiere que este derecho surge como “correlativo”¹²² del deber estatal de erradicar la corrupción sistémica. Este deber que tiene el Estado es jurídico, pues se prevé en tratados internacionales como la CNUCC. También es un deber moral que resulta indiscutido dada la magnitud de la amenaza que la corrupción sistémica plantea para los valores protegidos por los derechos en general. Como este deber indiscutido es también incondicionado, se considera un deber “perfecto”, porque “obliga estrictamente en todo momento” y, siendo así, según propone Cruz Parceró, es posible formularlo en términos de un derecho¹²³.

De este modo, es dable decir que el deber de los Estados de erradicar la corrupción es correlativo del derecho de las personas que viven en el marco de los Estados a estar libres de corrupción. Desde una perspectiva moral “enriquecida”¹²⁴, que se basa tanto en derechos como en deberes, sin establecer ninguna prioridad conceptual entre los elementos de esta dupla, se

¹¹⁹ A.B. SPALDING, “Corruption, Corporations, and the New Human Right”, cit., p. 1402.

¹²⁰ Particularmente el artículo 28, que señala: “Toda persona tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”. Declaración Universal de Derechos Humanos. Resolución 217 A(III), Asamblea General, 10 diciembre 1948.

¹²¹ A.B. SPALDING, “Corruption, Corporations, and the New Human Right”, cit., p. 1402.

¹²² Sobre la correlatividad entre deberes y derechos morales véase J. A. CRUZ PARCERO, *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Trotta, México, 2012, pp. 59-62.

¹²³ Cfr. *Ibidem*, p. 61.

¹²⁴ *Ibidem*.

puede seguir que el derecho existe en tanto existe el deber perfecto, aunque no se nombre o no se reconozca. En sentido normativo, existe ese derecho a una sociedad libre de corrupción, porque existe una posición desde la cual todo miembro de la sociedad puede reclamar justificadamente en cualquier momento el cumplimiento del objeto de ese deber.

Murray y Spalding exploran también esta relación entre la libertad frente a la corrupción oficial y los deberes del gobierno. Según refieren, aunque esta libertad no está reconocida aún como derecho en sentido jurídico, tiene un “equivalente funcional” en “la obligación fundamental que los gobiernos deben a cada individuo, en virtud de su condición de ser humano, que triunfa sobre otras consideraciones políticas, y cuya violación es una grave injusticia”¹²⁵. La existencia de esta obligación, hallada primero en el iusnaturalismo de Locke, se complementa con un enfoque transcultural, particularmente con los hallazgos que los autores encuentran en las tradiciones políticas del confucianismo chino y la jurisprudencia islámica. En los valores dentro de estos paradigmas, el “equivalente funcional” de la libertad frente a la corrupción lockeana se halla en las obligaciones fundamentales de gobernanza: el deber de ser “virtuoso” como primer requerimiento del “buen gobierno” en Confucio, y el cultivo de la autodisciplina y la moralidad, junto a la prohibición de actos de corrupción, en el pensamiento islámico. Tras su revisión de esas tradiciones culturales, los autores concluyen que en ambas la corrupción se reconoce como “una violación de los más fundamentales principios de la sociedad civil y el buen gobierno”. Este principio universal de la buena gobernanza sin corrupción es el equivalente funcional del derecho humano “independiente” a la libertad frente a la corrupción¹²⁶.

De este modo, estos autores encuentran que el deber de erradicar la corrupción no es un deber estatal más, sino que aparece como el primer deber de todo gobierno. Con mayor precisión, este deber primario se ramifica en dos: la primera obligación de todo gobierno es no ser corrupto; la segunda, combatir los actos corruptos. Si estos deberes son fundamentales, según se dice, si son los primeros que deben regir la acción de todo Estado, entonces los derechos correlativos son también fundamentales, y son también los primeros que pueden reclamarse en una sociedad.

¹²⁵ M. MURRAY y A. SPALDING, *Freedom from Official Corruption as a Human Right*, cit., p. 1.

¹²⁶ *Ibidem*, pp. 10-11, 13.

Con estas bases conceptuales se afirma el derecho a una sociedad libre de corrupción. La propuesta de su reconocimiento se acompaña también de argumentos utilitarios. Murray y Spalding sostienen que la conversión del principio universal de la buena gobernanza sin corrupción en un derecho humano “independiente” resulta útil porque fijaría un “mensaje inequívoco” de que la corrupción no es cultural ni un rasgo de la naturaleza humana, ratificando que la aplicación de las medidas anticorrupción es esencial. También ayudaría a proteger otros derechos, como la propiedad o la libertad, frente a su supresión por el abuso de oficiales corruptos¹²⁷.

Kofele-Kale liga el nuevo derecho a su tesis sobre la corrupción como crimen internacional (como se refirió antes). Hay que precisar que, al hablar de una sociedad libre de corrupción, este autor se está refiriendo a los graves actos de expoliación y de robo de la riqueza nacional, ocurridos en múltiples países pobres durante las últimas décadas del siglo XX, los cuales considera actos de venalidad que no pueden colocarse en el mismo plano moral que el soborno, y que califican por sí mismos como violaciones de derechos humanos, pues efectivamente disuelven los valores de los derechos. Dados el auge y la impunidad de esa gran corrupción, para este autor resulta necesario encontrar el modo de colocarla “bajo alguna forma de disciplina internacional”. De ahí que proponga el reconocimiento del nuevo derecho, como base para su propuesta ulterior de calificar la cleptocracia como crimen contra la humanidad¹²⁸.

Por su parte, Kumar plantea la necesidad de reconocer este derecho –en el plano constitucional– con el propósito de colocar el tema de la corrupción en “el nivel central del discurso político”. De este modo, en su propuesta, el nuevo derecho se prevé como una herramienta jurídico-política para potenciar el combate del problema, entre otras razones, porque a partir de su constitucionalización ha de generar obligaciones de combate para los distintos ámbitos del gobierno, además de empoderar a la sociedad civil para vigilar y asegurar la implementación de ese combate¹²⁹.

¹²⁷ Ibidem, pp. 1, 8, 13, 15.

¹²⁸ N. KOFELE-KALE, “The Right to a Corruption-Free Society as an Individual and Collective Human Right: Elevating Official Corruption to a Crime under International Law”, cit., *passim*.

¹²⁹ Cfr. C. R. KUMAR, *Corruption and Human Rights in India: Comparative Perspectives on Transparency and Good Governance*, cit., pp. 105-107, 131.

5.2. Argumentos que niegan la posibilidad de considerar el nuevo derecho

En principio, hay que precisar que la afirmación de la existencia de este derecho ha tenido poco eco dentro de los estudios del enfoque. El International Human Rights Committee for Protection (en adelante, IHRCP) señala que la propuesta tiene “méritos”, pero no la retoma¹³⁰. Junto con esta falta de atención, una primera crítica de carácter utilitario se plantea por autores como Peters, quien considera que no es necesario reconocer este derecho¹³¹, pues los derechos humanos ya reconocidos en los tratados bastan para capturar el daño causado por la corrupción¹³². Una segunda crítica de carácter conceptual puede formularse a partir de la discusión más general sobre los peligros de la “proliferación” y la “inflación” del lenguaje de los derechos, que advierten que el auge de derechos “falsos” puede producir la “devaluación” de los derechos “verdaderos”¹³³.

La primera crítica no niega el vínculo entre derechos humanos y corrupción analizado en los apartados precedentes; simplemente, considera que para el logro del doble objetivo de protección de los derechos y combate a la corrupción que persigue el enfoque estudiado no se requiere llegar tan lejos como al reconocimiento de un nuevo derecho humano. A esta crítica hay que oponer la posible utilidad que el reconocimiento de este derecho tendría en el logro de esos objetivos. En primer lugar, en el plano del discurso político, el reconocimiento de este derecho contribuiría a consolidar la condena pública de la corrupción, que aún se ve debilitada por visiones relativistas sobre el carácter cultural o la inevitabilidad económica de la corrupción. Esto podría servir para dar un mayor impulso a las acciones anticorrupción, al generar un nuevo compromiso político en ese respecto.

Paralelamente, se contribuiría a generalizar un nuevo discurso sobre la corrupción enfocado en los daños que estos actos causan a las personas, al obstaculizar el goce de sus derechos. Posiblemente, para lograr estos efec-

¹³⁰ *Corruption and Human Rights: Making the Connection*, cit., p. 3.

¹³¹ A. PETERS, “Corrupción y derechos humanos”, cit., p. 32.

¹³² Cfr. C. ROSE, “Limitations of a Human Rights Approach to Corruption”, cit., pp. 410-411.

¹³³ Véase J. A. CRUZ PARCERO, “El debate sobre el abuso del concepto de derechos humanos”, en J. A. CRUZ PARCERO y G. ORTÍZ MILLÁN (comps.), *Lenguaje, mente y moralidad. Ensayos en Homenaje a Mark Platts*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, pp. 151-171.

tos políticos no sea indispensable reconocer el nuevo derecho, según sugiere Peters; sin embargo, este reconocimiento aportaría un impulso adicional, porque supondría convertir las obligaciones anticorrupción de los Estados en deberes de primer orden, como lo son actualmente las obligaciones de cumplimiento de los tratados de derechos humanos.

En segundo lugar, en lo tocante a la acción institucional, el reconocimiento de este derecho permitiría diversificar las vías de respuesta jurídica a los actos de corrupción, complementando la justicia penal con los mecanismos de tutela de los derechos humanos, tanto internacionales como nacionales. La apertura a estos mecanismos de tutela permitiría poner énfasis en la reparación de los efectos negativos de los actos de corrupción, y no solo en la persecución y sanción. Esto, teniendo en cuenta la extensa jurisprudencia sobre reparación del daño que se ha desarrollado, por ejemplo, por la Corte Interamericana en el sistema interamericano, que enriquece el concepto limitado de reparación que ha prevalecido en el ámbito penal.

Conjuntamente, la diversificación de las vías institucionales abriría a los ciudadanos una puerta adicional para exigir justicia en los casos de corrupción, cuya dinámica sería sustancialmente distinta de la persecución penal. De reconocerse el nuevo derecho a una sociedad libre de corrupción, la eventual denuncia de que el Estado ha violado este derecho abriría un enjuiciamiento del propio Estado, que tendría que mostrar en el proceso que cumplió con las obligaciones de cumplimiento de este derecho (por ejemplo, las de respetar y garantizar, establecidas con base en la doctrina internacional). Este es un escenario muy distinto del régimen penal, dentro del cual los sujetos de enjuiciamiento por actos de corrupción son los individuos, y no el Estado.

En general, las razones utilitarias sostenidas para respaldar el reconocimiento de este nuevo derecho prolongan los planteamientos del conjunto de los textos del enfoque estudiado en este artículo. Explicitar el nuevo derecho sólo sería un paso más en la explicitación del vínculo entre corrupción y derechos humanos, que podría abonar a los objetivos de fortalecer la lucha anticorrupción al darle mayor relevancia, reposicionar el papel de las víctimas, o complementar el abordaje de la justicia criminal. Aquí, por supuesto, las expectativas dependen de cuánta efectividad se reconozca al lenguaje de los derechos humanos y al orden institucional para su protección, ya sea nacional o internacional. Las reticencias sobre la necesidad de reconocer este nuevo derecho pueden ser por exceso de celo en cuidar que este lenguaje y

esas instituciones no debiliten su efectividad al ir más allá de sus límites; o bien, por escepticismo y “falta de fe” en ese lenguaje, al considerar que los derechos humanos son un aderezo retórico que nada efectivo puede aportar a la arena anticorrupción.

Por lo que hace a la segunda crítica, esta sugiere que no es posible reconocer este derecho humano a una sociedad libre de corrupción, porque el reclamo que expresa no reúne los requerimientos conceptuales para calificar como un derecho humano; por ejemplo, la característica de la universalidad. Enfrentar esta crítica requiere adoptar en primer momento una concepción que establezca cuáles son los rasgos definitorios de los derechos humanos, para después evaluar si la exigencia que se propone como derecho reúne esos rasgos. Para esto, la postura de este artículo se aleja de las concepciones fundacionalistas ortodoxas, que definen los derechos humanos a partir de las características de los “derechos naturales” o los derechos individuales y libertades negativas del primer liberalismo¹³⁴, dado lo cual, excluyen a grupos de derechos ya reconocidos en la práctica jurídica, como los sociales y económicos, entre otros¹³⁵.

Como ya se señaló, en la concepción que aquí se sigue, los derechos humanos (de naturaleza moral como el que se discute) se conciben como proposiciones o juicios que expresan exigencias justificadas en razones morales¹³⁶. Según esto, cuando se afirma que *alguien tiene un derecho humano a algo*, se está diciendo que existen bastantes razones para considerar que ese alguien y junto con él todos los seres humanos, tiene algo fundamental que exigir a los demás. De acuerdo con esta concepción, un derecho humano tiene como contenido una exigencia justificada que, además de expresar un interés o una preocupación humana, presenta los rasgos característicos de la fundamentalidad y la universalidad¹³⁷.

¹³⁴ En general, son las fundamentaciones éticas liberales de los derechos las que se muestran inflexibles y proponen amurar el concepto, proponiendo criterios cerrados para distinguir los derechos humanos verdaderos (generalmente, coincidentes con los derechos naturales del primer liberalismo) de los falsos, advirtiendo que estos constituyen un peligro. Por ejemplo, véase J. GRIFFIN, *On Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 92.

¹³⁵ Para las concepciones ortodoxas, incluso derechos previstos en la propia Declaración Universal no son derechos humanos. Véase C. R. BEITZ, *The Idea of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 50-51.

¹³⁶ Cfr. C. WELLMAN, “Derechos: problemas filosóficos y propuestas de solución”, cit., p. 273; J. A. CRUZ PARCERO, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, cit., p. 35.

¹³⁷ Esto es una versión reducida de la visión de Pogge, quien propone que el concepto de derecho humano en sentido moral contiene seis elementos “incontrovertidos”. Para que

Sin desarrollar a fondo estas nociones, lo que excede el propósito del artículo, se afirma que la exigencia de vivir en una sociedad libre de corrupción reúne esos rasgos. En primer lugar, expresa una preocupación humana relevante: estar a salvo del ejercicio abusivo del poder, tanto político como económico. Este abuso del poder, que se ha manifestado en distintas épocas como tiranía o explotación económica, se manifiesta en las sociedades actuales democráticas (o formalmente no autoritarias, cuando menos) como corrupción. El derecho en examen recoge el interés humano de ser reconocido como un agente que puede exigir a quienes detentan cualquier clase de poder en la sociedad, que no realicen prácticas de abuso que supongan la explotación o instrumentalización de quienes están sujetos a su poder.

Esta preocupación es fundamental porque tiene una conexión con la dignidad humana, en tanto aparece como una condición necesaria para su protección. En general, suele aceptarse la idea de que los derechos humanos son medios para proteger o realizar el fin de la dignidad humana. En esa medida, si el abuso de poder que constituye la corrupción es una amenaza para el goce de otros derechos humanos –como han empezado a reconocer los estudios del enfoque estudiado–, su proliferación se vuelve una amenaza para la propia dignidad que los derechos buscan proteger.

Entendida la corrupción como una amenaza para los derechos, aparece que para el goce de estos se necesita estar a salvo de la corrupción. Esa necesidad justifica la nueva exigencia que se propone como derecho. Adicionalmente, se encuentra que en los propios actos de corrupción hay un elemento que resulta lesivo de la dignidad. La proliferación de la corrupción es por sí misma un fenómeno humillante para los miembros de una sociedad, quienes han de padecer que sus propios gobernantes abusen del ejercicio del poder para medrar¹³⁸. Esta corrupción niega el valor como sujetos de

un derecho humano califique como tal, ha de: 1) expresar “intereses morales *fundamentales*”; 2) expresar “preocupaciones morales *de peso*”; 3) expresar preocupaciones morales que “se centran en *seres humanos*”, como únicos tenedores del “estatus moral especial asociado”; 4) con respecto a ese estatus y esas preocupaciones, considerar la igualdad para *todos* los seres humanos; 5) expresar “preocupaciones morales cuya validez es *irrestringida*”, siendo “vinculantes” sin importar la época, cultura o tradición; y 6) expresar preocupaciones “*ampliamente compartibles*”, esto es, comprensibles y apreciables por personas de distintas épocas y culturas. T. POGGE, *Hacer justicia a la humanidad*, Instituto de Investigaciones Filosóficas de la Universidad Nacional Autónoma de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Fondo de Cultura Económica, México, 2009, pp. 75-76.

¹³⁸ Un ejemplo trágico de la humillación que produce la corrupción es el caso de Mohamed Bouazizi, quién en 2010 se inmoló en Túnez como última forma de protesta ante el

los desempoderados, que se convierten en víctimas de formas institucionalizadas de expoliación.

Finalmente, se considera que también puede predicarse el carácter universal de la exigencia de vivir en un régimen libre de corrupción: se trata de un reclamo que podría ser sostenido por *todos* los seres humanos, en distintas culturas y sociedades¹³⁹, con base en el respeto debido que cada uno ha de guardar a los otros, por consideración a su igual dignidad humana. Si la corrupción de quienes detentan poder es humillante y una amenaza para los derechos de los desempoderados, entonces todos los seres humanos están en una posición de exigir a los detentadores de poder que se abstengan de realizar actos de corrupción. Esta exigencia presenta también la cualidad de que puede hacerse recíprocamente: todos los seres humanos podrían sostener frente a los demás el reclamo de que se establezcan regímenes sociales libres de corrupción, del mismo modo que se exigen otras condiciones necesarias para gozar de bienes básicos, sin que la afirmación de esta exigencia para unos suponga su negación para otros.

De este modo, de acuerdo con una concepción no fundacionalista de los derechos humanos como la que se ha esbozado, alejada de las visiones ortodoxas en las que resuenan los rasgos absolutos de los derechos naturales, hay elementos para sostener que la exigencia examinada en este artículo califica como un derecho humano. Para cerrar este apartado cabe añadir que, lo que en realidad está a discusión en este renglón, es el carácter abierto o cerrado de los catálogos de derechos humanos. Como se espera haber dejado claro, la concepción de este artículo ve con buenos ojos el fenómeno de expansión de

abuso de poder de los oficiales corruptos. Su ejemplo fue seguido por docenas de personas en el movimiento de la *Primavera árabe*. Cfr. M. MURRAY y A. SPALDING, *Freedom from Official Corruption as a Human Right*, cit., p. 4.

¹³⁹ En la concepción que sigue este artículo, la idea de universalidad de los derechos está alejada de la interpretación ortodoxa, que ha sostenido el carácter ahistórico (indiferente a los cambios de las sociedades humanas en el tiempo) y transcultural (indiferente a las diferencias culturales en el momento actual) de los derechos. Resulta más plausible la interpretación de la universalidad que da la tesis del “reconocimiento”, según la cual, el fundamento de la universalidad de los derechos se sustenta en dos elementos: primero, la “capacidad” moral de cada uno de los hombres de ver a cada uno de los otros como individuos “dignos de reconocimiento”; y segundo, la “disposición” a efectuar ese reconocimiento en la práctica. Cfr. C. MENKE y A. POLLMANN, *Filosofía de los derechos humanos*, Herder, Barcelona, 2010, p. 65. A diferencia del modelo ortodoxo, para esta perspectiva la universalidad tiene solamente grado de pretensión. La universalidad de los derechos se asume como un proyecto o aspiración, que ha de ser objeto de un eventual consenso futuro.

los derechos que se presenta en la práctica institucional actual, en la cual los distintos actores sociales, al apropiarse del lenguaje de los derechos humanos, constantemente presentan nuevos reclamos como candidatos a entrar en esa categoría.

6. RECONOCIMIENTO DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA SOCIEDAD LIBRE DE CORRUPCIÓN EN LATINOAMÉRICA

La explicitación de los vínculos entre derechos humanos y corrupción ha sido tema de discusión en algunas jurisdicciones nacionales, como en la India y en Sudáfrica¹⁴⁰. En el constitucionalismo latinoamericano reciente, destacan los casos de México y particularmente el de Ecuador, que ya ha llevado a su texto fundamental estos planteamientos, en el reconocimiento de un derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción.

En México, la Constitución Política de la Ciudad de México (capital de la República¹⁴¹) promulgada en 2017 no menciona textualmente el derecho a una sociedad libre de corrupción, pero este se encuentra implícito en el reconocimiento –novedoso en el país– de un “derecho a la buena administración”. Este derecho fundamental se define como un principio organizador del ejercicio del poder¹⁴² y es también un marco que comprende diversos sub-derechos¹⁴³. La Constitución local establece que la garantía de este dere-

¹⁴⁰ En una sentencia de 2012, la Suprema Corte de la India sostuvo que la corrupción viola indirectamente los derechos humanos, mientras que la corrupción sistémica es una violación de los derechos humanos en sí misma. Por su parte, la Corte Constitucional de Sudáfrica ha sostenido desde 2000 que la corrupción socava el compromiso constitucional con la dignidad humana, el logro de la igualdad y el avance de los derechos humanos y libertades. *Apud* A. PETERS, “Corruption as a Violation of International Human Rights”, cit., p. 1258.

¹⁴¹ En el federalismo mexicano, cada estado de la República cuenta con una Constitución local que define su organización política interna.

¹⁴² “El ejercicio del poder se organizará conforme a las figuras de democracia directa, representativa y participativa, con base en los principios de interés social, subsidiariedad, la proximidad gubernamental y el derecho a la buena administración”. Constitución Política de la Ciudad de México, Gaceta Oficial de la Ciudad de México, 5 de febrero de 2017, art. 3.3.

¹⁴³ “A. Derecho a la buena administración pública. 1. Toda persona tiene derecho a una buena administración pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación. 2. Las autoridades administrativas deberán garantizar la audiencia previa de los gobernados frente a toda resolución que constituya un acto privativo de autoridad. En dichos supuestos, deberán resolver de manera imparcial y equitativa, dentro de un plazo razonable y de confor-

cho consiste en el “debido ejercicio y la probidad en la función pública”, lo cual, entre otros principios como honestidad, transparencia, eficiencia y profesionalismo, conlleva un gobierno “que procure el interés público y combata la corrupción”¹⁴⁴.

Independientemente de cómo se ha interpretado este derecho a la buena administración en otras latitudes¹⁴⁵, en México se le asocia fundamentalmente con la política anticorrupción. Aceves refiere que el surgimiento de este derecho en la Constitución de la Ciudad de México refleja parte del “cansancio” de los mexicanos frente al “mal desempeño” de los gobernantes, caracterizado por los cotidianos casos de corrupción y por la constatación de que los recursos públicos no se traducen en desarrollo económico y social, ni en la satisfacción de las necesidades de seguridad, salud o educación, siendo estas expresiones de un “mal gobierno”¹⁴⁶. Frente a ese “mal gobierno”, la constitución local busca establecer los rasgos que ha de tener un “buen gobierno”, entre los cuales el tema del combate a la corrupción ocupa un lugar fundamental. De ahí que en el propio texto constitucional –tanto en la ciudad de México como también en la Constitución política general– se haya previsto la creación de estructuras orgánicas denominadas “Sistemas

midad con las formalidades esenciales del procedimiento. 3. En los supuestos a que se refiere el numeral anterior, se garantizará el acceso al expediente correspondiente, con respeto a la confidencialidad, reserva y protección de datos personales. 4. La ley determinará los casos en los que deba emitirse una carta de derechos de los usuarios y obligaciones de los prestadores de servicios públicos. Las autoridades conformarán un sistema de índices de calidad de los servicios públicos basado en criterios técnicos y acorde a los principios señalados en el primer numeral de este apartado.”. Constitución Política de la Ciudad de México, cit., art. 7A.

¹⁴⁴ “Garantía del debido ejercicio y la probidad en la función pública. 1. Se garantiza el derecho a la buena administración a través de un gobierno abierto, integral, honesto, transparente, profesional, eficaz, eficiente, austero, incluyente, y resiliente que procure el interés público y combata la corrupción.”. Constitución Política de la Ciudad de México, cit., art. 60.1.

¹⁴⁵ Por ejemplo, en Europa, se entiende relacionado con la función administrativa y el correcto procedimiento administrativo. Véase Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01), Diario Oficial de las Comunidades Europeas, 18 de diciembre de 2000, art. 41; J. RODRÍGUEZ-ARANA, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, núm. 6, 2013, pp. 23-56.

¹⁴⁶ Cfr. L. ACEVES DÍAZ DE LEÓN, “El derecho a la buena Administración Pública en la Constitución Política de la Ciudad de México y su aporte a la gobernanza”, en J. A. LÓPEZ VELARDE CAMPA (coord.), *La gobernanza en la Ciudad de México. Visiones multidisciplinarias*, Escuela de Administración Pública de la Ciudad de México, Asamblea Legislativa del Distrito Federal, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2018, pp. 17-38.

Anticorrupción”, que se establecen como la última gran solución del Estado mexicano para enfrentar el problema¹⁴⁷.

De este modo, al asumir que la política anticorrupción es pilar de la idea de un “buen gobierno” y garantía del derecho a la buena administración, la Constitución de la Ciudad de México ratifica el deber estatal de combatir y erradicar la corrupción en todos sus ámbitos. El derecho a una sociedad libre de corrupción no aparece textualmente¹⁴⁸, pero los diversos principios que componen la garantía del “debido ejercicio” y la “probidad en la función pública”, establecen con claridad una expectativa de que los servidores públicos han de desempeñar su encargo con apego a la ley, observando valores de honestidad, con respeto a los derechos humanos y al margen de toda práctica corrupta.

Por lo que hace a Ecuador, el último constituyente de este país adelantó varios pasos más, al reconocer de manera expresa en la Constitución de 2008 un complejo derecho de los habitantes del Estado que incluye, entre otras previsiones, el “vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción”¹⁴⁹. Esta previsión reformula lo que ya se había señalado en la Constitución ecuatoriana de 1998, que en el mismo numeral incluyó el deber estatal de garantizar “la administración pública libre de corrupción”. Además, la Constitución de 2008 prevé la estructura orgánica para el combate del problema; siguiendo las bases que ya se habían señalado en 1998, las labores anticorrupción se encargan a un órgano ciudadano: el “Consejo de Participación Ciudadana y Control Social”, que forma parte de la “Función de Transparencia y Control

¹⁴⁷ Véanse R. C. FONSECA, “Mexico’s National Anti-Corruption System: Reaching the Finish Line?”, *University of Miami Inter-American Law Review*, vol. 50, núm. 2, 2019, pp. 85-121; J. TAPIA TOVAR, *Nuevo Sistema Nacional Anticorrupción*, Porrúa, México, 2017.

¹⁴⁸ Cabe afirmar que la discusión sobre este derecho empieza a “estar en el aire” en el país. En el ámbito de los órganos judiciales federales mexicanos, se ha dado ya alguna sentencia en la que se hace mención de un “derecho fundamental de los ciudadanos a vivir en un Estado y sociedad libre de corrupción”, lo que implica “un ambiente libre de corrupción en el que todos los funcionarios públicos desempeñen su labor con honradez, honestidad ética y transparencia”. De este derecho, la “garantía institucional y procesal” es el Sistema Nacional Anticorrupción (Juicio de Amparo: 589/2018, Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa en la Ciudad de México). En contra de esta decisión, véase: J. M. REYES y J. J. GARZA ONOFRE, “Magistrados anticorrupción: una sentencia retórica y de meros buenos deseos”, *Nexos*, 7 de agosto de 2018.

¹⁴⁹ “Son deberes primordiales del Estado: (...) 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.” Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial, núm. 449, 20 de octubre de 2008, art. 3.8.

Social”, una suerte de cuarto poder¹⁵⁰ popular, de igual jerarquía a los tres poderes tradicionales del Estado¹⁵¹.

Las Constituciones de Ecuador de 1998 y 2008 –y en cierta medida también la de la Ciudad de México de 2017– forman parte del grupo de leyes fundamentales promulgadas en la época reciente en la región, que se han identificado como parte de un “nuevo”¹⁵² constitucionalismo latinoamericano, también llamado constitucionalismo “transformador”¹⁵³. Particularmente, la constitución ecuatoriana de 2008 ha sido considerada una de las más “avanzadas”¹⁵⁴, entre otros aspectos, por su catálogo amplísimo de derechos, y por introducir nociones de la cosmovisión indígena andina (como el concepto de “buen vivir” o *Sumak Kawsay*¹⁵⁵) al escenario constitucional.

Este concepto andino de “buen vivir” constituye un principio normativo base, a la luz del cual debe interpretarse el catálogo de derechos y los deberes estatales previstos en la Constitución ecuatoriana de 2008. Desarrollar el contenido de este principio excede el propósito de este trabajo; para lo que aquí interesa, basta señalar que el “buen vivir” implica un modelo de desarrollo económico y social “alternativo” al de la globalización neoliberal, que enriquece el discurso de los derechos humanos con elementos de carácter intercultural, solidario, comunitario y de convivencia armónica con el medioambiente¹⁵⁶. Al intersecarse este principio con el derecho fundamental en estudio, se configura un “derecho al *buen vivir* en una sociedad libre de

¹⁵⁰ El establecimiento de un modelo de “Cuarto poder ciudadano anticorrupción” se planteó en los debates del constituyente de la ciudad de México, pero no trascendió al texto aprobado. Véase I. E. SANDOVAL BALLESTEROS, “Análisis crítico del Título sexto sobre combate a la corrupción y buen gobierno de la Constitución Política de la Ciudad de México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, año XLX, núm. 152, 2018, pp. 869-912.

¹⁵¹ Véanse A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *Constitucionalismo en Ecuador*, Corte Constitucional para el Período de Transición, Quito, 2012, p. 33; A. NOGUERA FERNÁNDEZ, “Participación, Función Electoral y Función de Control y Transparencia Social”, en R. ÁVILA SANTAMARÍA et al. (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana del 2008 en perspectiva*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 133-157.

¹⁵² R. MARTÍNEZ DALMAU, “Constitucionalismo democrático e innovación constitucional en Ecuador: la Constitución de 2008”, *Revista Diálogos de Saberes*, núm. 47, 2017, pp. 81-102.

¹⁵³ A. V. BOGDANDY, “*Ius Constitutionale Commune* en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 34, 2015, pp. 3-50.

¹⁵⁴ R. MARTÍNEZ DALMAU, “Constitucionalismo democrático, cit., pp. 81-102.

¹⁵⁵ Véase C. SILVA PORTERO, “¿Qué es el *buen vivir* en la Constitución?”, en R. ÁVILA SANTAMARÍA (ed.), *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Quito, 2008, pp. 111-154.

¹⁵⁶ Cfr. *ibidem*; A. GRIJALVA JIMÉNEZ, *Constitucionalismo en Ecuador*, cit., pp. 45-50.

corrupción”, que exige del Estado una política anticorrupción subordinada al objetivo de promover ese modelo de desarrollo y bienestar autóctono.

Los casos de la Ciudad de México y de Ecuador muestran cómo el tema de la corrupción se ha incorporado a las discusiones de orden constitucional y en este marco, su vínculo con los derechos se hace manifiesto. Es interesante resaltar que se trata de dos ejemplos desde el “sur global”, que –especialmente en el caso de Ecuador y en menor medida en el caso de la Ciudad de México– se apropiaron del nexo conceptual entre corrupción y derechos humanos, y lo incluyen en documentos constitucionales que muestran un fuerte carácter identitario, que ni por asomo se ven como imposiciones ideológicas externas, sino al contrario, se conciben como alternativas locales frente a la hegemonía del discurso de los derechos individuales y el desarrollo neoliberal del “norte global”.

Esto último viene a colación porque una de las críticas a la vinculación entre el discurso de los derechos humanos y la política anticorrupción advierte de su utilización como una forma más de relegitimar el control de los países del “norte” sobre los del “sur”, dando nuevo impulso a la imposición del modelo de desarrollo de mercado propugnado por los actores de la política anticorrupción global¹⁵⁷. El caso de Ecuador refuta esta crítica, en tanto muestra que, al hablar de política anticorrupción, el norte y el sur globales pueden estar empezando a hablar de cosas distintas. Los deberes de combatir el abuso de poder y erradicar la corrupción sistémica son los mismos en el norte y en el sur. Sin embargo, ya en la ejecución de las obligaciones anticorrupción, estas no tienen forzosamente que enmarcarse en las recomendaciones formuladas por los promotores del desarrollo de mercado, sino que bien pueden orientarse hacia modelos de desarrollo alternativos en el marco de Estados pluriculturales que enriquecen con su visión el lenguaje de los derechos. De este modo, la lucha contra la corrupción puede cambiar de orientación y subordinarse a la defensa de los derechos de las personas, y ya no a los intereses del mercado global.

7. CONCLUSIÓN

Hay elementos suficientes para sostener la existencia de un derecho humano a una sociedad libre de corrupción sistémica. Este derecho, hasta ahora

¹⁵⁷ Véanse M. GOODWIN y K. ROSE-SENDER, “Chapter X. Linking corruption and human rights: an unwelcome addition to the development discourse”, en M. BOERSMA y H. NELEN (eds.), *Corruption & Human Rights*, cit., pp. 221-240; B. RAJAGOPAL, “Corruption, Legitimacy, cit., p. 506.

únicamente de carácter moral, tiene una doble base conceptual. Por un lado, deriva de otros derechos humanos ya reconocidos por el Derecho internacional de los derechos humanos, pues es una condición necesaria para el goce de estos. Por otro lado, es un derecho correlativo del deber indiscutido del Estado, fundado en documentos del derecho internacional como la CNUCC, de tomar las medidas adecuadas para prevenir, sancionar y erradicar la corrupción.

Aunque la reivindicación de este derecho es una propuesta minoritaria dentro de los estudios del enfoque basado en derechos humanos sobre la corrupción, la propuesta es armónica con las dos tesis centrales que plantean estos estudios: que la corrupción produce un impacto negativo en el goce de los derechos humanos, y que este impacto se presenta *siempre*, con *todos* los casos de corrupción, aunque no se pueda explicitar cómo sucede en cada caso. Reconocer el derecho propuesto es pertinente para establecer con claridad ese vínculo existente entre corrupción y derechos humanos en el mundo contemporáneo.

Posiblemente, el reconocimiento de este derecho moral como derecho humano mediante su progresiva expresión jurídica, sea nacional o internacional, tendrá pocas consecuencias prácticas inmediatas, además del efecto retórico de vestir la lucha anticorrupción con el lenguaje de los derechos humanos. Sin embargo, este efecto retórico es por sí mismo importante, en tanto la apelación a la constitución y a los tratados de derechos da bases para una mayor movilización ciudadana, que es lo único que en países latinoamericanos como México ha permitido tener avances en la lucha contra la corrupción. En este sentido, resultaría útil para poner el foco en la responsabilidad del Estado, y ya no solo en la responsabilidad de los agentes individuales.

Con miras a la positivización de este derecho humano a una sociedad libre de corrupción, queda por explorar cómo se armonizaría con los regímenes de obligaciones estatales, tanto las que derivan de los tratados de derechos humanos, como las que se fundan en los documentos internacionales anticorrupción.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN
Universidad Nacional Autónoma de México
Facultad de Derecho.
Circuito interior s/n,
Ciudad Universitaria. Coyoacán. C.P. 04510.
Ciudad de México, México.
e-mail: rfonsecal@derecho.unam.mx

IDENTIFICANDO DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

IDENTIFYING FUNDAMENTAL RIGHTS IN THE SPANISH CONSTITUTION

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS
Universidad de Cádiz

Fecha de recepción: 19-2-19

Fecha de aceptación: 17-12-19

Resumen: *En este trabajo se ofrecen algunos criterios o reglas interpretativas simples para contribuir a la identificación de los derechos fundamentales en la Constitución española, cuestión que sigue siendo polémica en la doctrina constitucional. De acuerdo con esas reglas interpretativas, hallamos derechos fundamentales no sólo en el Capítulo II del Título I de la Constitución española, sino también en el Capítulo III, en el Capítulo I, e incluso fuera del Título I de la Constitución. A todos los derechos identificados hay que aplicarles las consecuencias lógicas del carácter de norma fundamental de la Constitución. En consecuencia, vinculan a todos los poderes públicos, incluidos el poder legislativo y el poder judicial.*

Abstract: *In this paper we offer some simple interpretative criteria or rules to contribute to the identification of fundamental rights in the Spanish Constitution, question that remains controversial in the constitutional doctrine. In accordance with these rules, we find fundamental rights not only in Chapter II of Title I of the Spanish Constitution, but also in Chapter III, in Chapter I, and even outside Title I of the Constitution. All the rights identified must apply to them the logical consequences of the character of the fundamental norm of the Constitution. Consequently, they bind all public authorities, including the legislator and the judiciary.*

Palabras clave: derechos fundamentales, Constitución española, interpretación, identificación

Keywords: fundamental rights, Spanish Constitution, interpretation, identification

1. INTRODUCCIÓN

Cuarenta años después de la entrada en vigor de la Constitución, sigue siendo un cuestión polémica, no definitivamente zanjada, la determinación de cuáles son los derechos fundamentales en la Constitución española, en especial en relación con los enunciados normativos del Capítulo III de la CE. Para contribuir al debate, vamos a ofrecer algunos criterios o reglas interpretativas sencillas, procurando regirnos por los principios de claridad, simplicidad y coherencia. La primera regla (R1) tiene el propósito de establecer una definición formal de derecho fundamental, como equivalente a derecho constitucional y extraer las consecuencias del mismo. Las siguientes tres reglas pretenden identificar “derechos” en la Constitución española, y combinadas con la regla R1, permiten deducir qué son derechos fundamentales. La regla R2 se basa en el criterio de la interpretación literal. Aquí ofrecemos argumentos para superar los obstáculos que representan los artículos 53.1 y 53.2 CE. La regla R3 atiende al concepto de derecho subjetivo, y su relación con los conceptos, propios de la lógica jurídica, de “permisión” y de “facultad”, para proceder a identificar poderes explícitos o implícitos reconocidos por la Constitución a los particulares. Las dos últimas reglas se basan en la correlación lógica que existe entre los conceptos de “derecho y “deber” –u “obligación”– (regla R4) y, consecuentemente, entre los conceptos de “derecho” y “prohibición” (regla derivada RD 4.1).

Hemos sometido las reglas interpretativas a formulación en el lenguaje de la lógica simbólica porque esto ayuda a ver con más claridad sus implicaciones lógicas. Hemos usado la lógica relacional y de predicados, sin cuantificadores (al tratarse de reglas generales, presuponemos que se emplea siempre el cuantificador universal). Los símbolos utilizados son, para las variables individuales, x , y , z ; para los predicados, una letra mayúscula; para las conectivas lógicas, los siguientes: la negación, \sim ; la conjunción, \wedge ; la disyunción incluyente, v ; la disyunción excluyente, w ; la implicación, \rightarrow ; la coimplicación, \leftrightarrow .

2. REGLA UNO: SOLO CUANDO UN DERECHO SE RECONOCE EN LA CONSTITUCIÓN, ES UN DERECHO FUNDAMENTAL

A los fines de nuestro estudio, utilizaremos un concepto puramente formal de derecho fundamental¹. Es el concepto más amplio posible de derecho

¹ Es el modelo positivista de fundamentación de los derechos fundamentales. Véase: I. FERNÁNDEZ SARASOLA, “Modelos históricos de fundamentación de los derechos”, en

fundamental en la Constitución española (en adelante, CE), no atiende a su contenido o naturaleza, ni a su ubicación en el texto constitucional ni a su nivel de protección (ambas cuestiones relacionadas con el sistema de garantías diseñado en el artículo 53), simplemente a que el derecho se contenga o no en la norma suprema.

Con esta concepción formal (positivista si se quiere) de los derechos fundamentales no pretendemos negar su fundamentación moral en la idea de dignidad humana², ni su origen histórico debido a las aportaciones de al menos tres concepciones ideológicas: la liberal, la democrática y la socialista³. En este sentido, suele citarse la definición de derecho fundamental dada por Pérez Luño: derechos fundamentales son “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”⁴. Al respecto, se ha dicho que: “Los derechos fundamentales son los derechos humanos constitucionalizados”⁵.

Por tanto, podemos decir que: *si, y solo si, algo es un derecho y está constitucionalizado (esto es, incluido en la Constitución), entonces ese algo es un derecho fundamental*. A esta primera regla la llamaremos R1 y la formularemos del siguiente modo.

$$R1: (Dx \wedge Cx) \leftrightarrow Fx.$$

Se lee: “Si, y solo si, ‘x’ es un derecho [Dx], y ‘x’ está constitucionalizado [Cx], entonces ‘x’ es un derecho fundamental [Fx]”.

De la regla R1 se deduce, *a contrario sensu*, que *si un derecho no está constitucionalizado, no es un derecho fundamental*. Es decir, se deduce la regla derivada RD1.1: $(Dx \wedge \sim Cx) \rightarrow \sim Fx$. No existen más derechos fundamentales que

AAVV. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, pp. 18 y ss., esp., p. 24 y ss.

² Véase, al respecto, G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., R. ASIS ROIG y M. C. BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, Editorial Dikynson, Madrid, 2004, p. 35.

³ G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., R. ASIS ROIG y M. C. BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 129 y ss.

⁴ A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1988, p. 46.

⁵ J. TAJADURA TEJADA, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 25.

los establecidos en la Constitución⁶. Como es sabido, la regla del artículo 10.2 CE⁷ permite interpretar derechos existentes en la CE de acuerdo con los tratados y declaraciones sobre derechos humanos ratificados por España, pero no crear nuevos derechos fundamentales a partir de los tratados (Entre otras, STC 36/1991). No obstante, cabe entender que, cuando una Constitución, para establecer su catálogo de derechos fundamentales, se remite a declaraciones de derechos o tratados internacionales, tales declaraciones y tratados han quedado constitucionalizados por la remisión.

Como las demás normas constitucionales, las que reconocen derechos son indisponibles por el legislador. En efecto, se dice que hay dos rasgos que caracterizan a los derechos fundamentales: uno es su indisponibilidad por el legislador y otro su tutela judicial directa⁸, tal como se reconoce en

⁶ En este sentido, R. NARANJO DE LA CRUZ, "El sistema de derechos constitucionales y sus garantías", en M. AGUDO ZAMORA y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 7ª ed, Madrid, 2016, pp. 427-458, esp. p. 428.

⁷ Artículo 10.2 CE: "Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre la misma materia ratificados por España".

⁸ Sobre estas dos características de los derechos fundamentales, véase, entre otros: P. CRUZ VILLALÓN, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1989, núm. 25, pp. 35-62, esp., p. 41; y en "Derechos fundamentales", en M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDEO (dir.), *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Editorial Aranzadi. 2.ª edición. Navarra, 2011, pp. 23-27, esp., p. 26; J. JIMÉNEZ CAMPO, "Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales", en O. ALZAGA VILLAAMIL, *Comentarios a la Constitución española de 1978. Tomo IV, Artículos 39 a 55*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 439 y ss., esp. pp. 443 y 448, y en *Derechos fundamentales: concepto y garantías*. Editorial Trotta, Madrid, 1999, p. 17; L. M. Díez-PICAZO, "Capítulo IV. De las garantías de las libertades y derechos fundamentales", en O. ALZAGA VILLAAMIL (dir.). *Comentarios a la Constitución española de 1978, Tomo IV, Artículos 39 a 55*, Edersa, Madrid, 1996, pp. 425 y ss., esp., p. 429, y en: *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, 2ª Ed., Pamplona, 2005, p. 37; J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Los derechos fundamentales en la Constitución española". *Revista de Estudios políticos*, 1999, núm. 105, pp. 9-28, esp. p. 12; y en "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales". *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, 2001, núm. 4, pp. 105-121. esp., p. 107; F. BASTIDA FREIJEDO, "Capítulo 1. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales". en F. BASTIDA FREIJEDO, I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, P. REQUEJO RODRÍGUEZ, M. A. PRESNO LINERA, B. ALÁEZ CORRAL, I. FERNÁNDEZ SARASOLA, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 17 ss., esp. 30 ss. y en "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", en R. ALEXÝ y otros. *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2007, pp. 103-150, esp., p. 116); G. ESCOBAR ROCA, "Presupuestos estructurales", en G. ESCOBAR ROCA

la Constitución. Pues bien, lo determinante, a nuestro juicio, es la primera característica, que se deduce simplemente del hecho de que el derecho está reconocido en la Constitución. En cambio, la efectividad de la tutela judicial (aunque sea teóricamente directa) va a depender de la naturaleza del derecho en cuestión y, con ello, del grado de su desarrollo legislativo. Si se trata de un derecho de libertad como la libertad de expresión (otros derechos de libertad como la propiedad requieren leyes reguladoras), en principio podrá ser tutelado directamente ante los tribunales tal como se reconoce en la Constitución, *incluso en defecto de ley reguladora (omisión legislativa total)*. En cambio, si se trata de un derecho de configuración legal, es decir, de un derecho cuyo contenido debe ser necesariamente concretado por el legislador⁹, como los llamados derechos sociales de prestación¹⁰, la tutela judicial podrá ser teóricamente *directa* (el derecho se puede alegar ante los tribunales tal como lo reconoce la Constitución), pero no *efectiva*, tal como exige el art. 24 CE, sin desarrollo legislativo del derecho. Por poner algunos ejemplos de derechos que se ubican en la Sección Primera del Capítulo II del Título I, y que tienen el mayor nivel de protección constitucional (no se duda de su carácter fundamental de acuerdo con el sistema de garantías), no se puede ejercer de forma efectiva el derecho al sufragio activo (aunque lo reconozca un juez) sin leyes que organicen las elecciones, ni el derecho a la educación sin leyes que

(ed.). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 285-306, esp. p. 290; y en "Tema 21. Los derechos humanos y los derechos fundamentales", EN J. M.^a CASTELLÀ ANDREU (ed.), *Derecho Constitucional Básico*, Huygens Editorial. 3.^a edición, Barcelona, 2016, pp. 419-441, esp. p. 428.

⁹ Sobre el concepto de derecho de configuración legal, véase: J. L. REQUEJO PAGÉS, "Derechos de configuración legal (voz)" en *Enciclopedia Jurídica Básica*, vol. I, Civitas, Madrid, 1995, p. 2385.

¹⁰ Precisamente, contra el carácter de derechos fundamentales de los derechos sociales de prestación en general, se ha alegado, entre otras consideraciones, que los derechos sociales no son indisponibles por el legislador ni son justiciables ante los tribunales. Parece que estos argumentos ya han sido suficientemente rebatidos por la doctrina. Véase, al respecto: R. ALEXI, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de E. Garzón Valdés. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, p. 496; A. BALDASARRE, *Los derechos sociales*, traducción de Santiago Perea Latorre, Universidad Externado de Colombia, 2001, pp. 194-197; V. ABRAMOVICH, Y CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002, pp. 21 y ss.; G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007, pp. 60 y ss.; G. ESCOBAR ROCA, "Presupuestos estructurales", cit., 2012, pp. 298-303; R. GARCÍA MANRIQUE, *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013, pp. 150-204; M. C. BARRANCO AVILÉS, "Una defensa de la constitucionalización de los derechos sociales", *Derechos y Libertades*, núm. 35, pp. 111-135.

organicen la prestación del correspondiente servicio público, ni el derecho a la tutela judicial efectiva sin las leyes procesales pertinentes.

Pero de aquí no podemos deducir que los anteriores derechos no sean auténticos derechos fundamentales sino “meros cometidos constitucionales”, pues son derechos claramente contenidos en la Constitución y, por ello mismo, preservados por ésta contra el legislador¹¹.

Lo determinante, a nuestro juicio, para que un derecho sea fundamental, es que el derecho se pueda defender ante un órgano jurisdiccional (ordinario o constitucional) *incluso contra su ley reguladora*. Por ejemplo, en nuestro ordenamiento, la persona interesada podrá formular alegaciones para que el juez plantee la cuestión de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional (art. 163 CE), o los órganos legitimados podrán plantear el correspondiente recurso de inconstitucionalidad contra la ley de desarrollo del derecho (art. 162.1 a) CE).

Precisamente por su indisponibilidad por el legislador, todos los derechos constitucionales son fundamentales. No pueden existir derechos fundamentales no constitucionalizados, ni derechos constitucionales no fundamentales. Sin embargo, no se exige, como veremos al explicar la regla 2, que el derecho esté reconocido expresamente en la Constitución, sino que se entiende implícitamente constitucionalizado si se puede deducir de uno o varios enunciados normativos constitucionales.

El Tribunal Constitucional ha acogido la doctrina de que sólo los derechos constitucionales son fundamentales, pero con el único propósito de marcar la diferencia respecto de los derechos recogidos en los Estatutos de Autonomías, que no son fundamentales. En efecto, en la Sentencia 247/2007, FJ. 16, el TC declara, respecto de los derechos fundamentales: “Derechos, por tanto, que no se reconocen en la Constitución por ser fundamentales, sino que son tales, justamente, por venir proclamados en la norma que es expresión de la voluntad constituyente. Los derechos reconocidos en los Estatutos

¹¹ Por ello, no podemos compartir la opinión de Böckenförde cuando, al explicar “la teoría de los derechos fundamentales del Estado social”, concluye que: “Los derechos fundamentales son reducidos en su dimensión social a meros cometidos del legislador” -E. W. BÖCKENFÖRDE, *Escritos sobre derechos fundamentales*, prólogo de F. J. Bastida, Trad. de J. L. Requejo Pagés e I. Villaverde Menéndez, Nomos-Verl.-Ges, Baden-Baden, 1993, p. 66-. Son más que eso: por su mero reconocimiento constitucional, dichos derechos (incluso los derechos sociales prestacionales) quedan preservados frente al acción limitadora del legislador. Como dice Alexy, “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria” (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p.432).

de Autonomía han de ser, por tanto, cosa distinta". Sin embargo, este puede ser un punto de partida para que el Alto Tribunal empiece a incorporar la interpretación que aquí exponemos.

3. REGLA DOS: SI LA CONSTITUCIÓN CALIFICA ALGO COMO DERECHO, ENTONCES ES UN DERECHO CONSTITUCIONAL

De la regla R1 derivamos que todos los derechos establecidos en la Constitución española son derechos fundamentales. Se trata ahora de identificar cuáles son esos derechos constitucionales. Una primera regla consiste en atender a la literalidad de cada precepto constitucional, siguiendo el criterio interpretativo *in claris non fit interpretatio*. En efecto, si la calificación como derecho en la Constitución es clara, entonces, necesariamente, estamos ante un derecho constitucional¹².

Podemos decir que: *si algo es calificado literalmente como derecho (o como libertad) por la Constitución, entonces es un derecho (o libertad) y está constitucionalizado.*

$$R2: Lx \rightarrow (Dx \wedge Cx).$$

Es decir: "Si x es nombrado literalmente como derecho (o como libertad) en la Constitución [Lx], entonces x es un derecho (o libertad) [Dx] y x está constitucionalizado [Cx]".

Si unimos ambas reglas, R2 y R1, obtenemos la siguiente regla derivada:

$$RD2.1: (Lx \rightarrow Fx).$$

Esto es: "Si x es nombrado literalmente como derecho (o como libertad) en la Constitución [Lx], entonces x es un derecho fundamental [Fx]"¹³.

¹² En este sentido, G. ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, Dykinson, Madrid, 1995, p. 56; en "Presupuestos estructurales", cit., pp. 287 y 290; y en "Los derechos fundamentales sociales de prestación (doctrina general)" en G. ESCOBAR ROCA (ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 459-649, esp., pp. 465-466).

¹³ En efecto, podemos realizar el siguiente razonamiento, a partir de las reglas R1 y R2, que es una tautología: $\{(Dx \wedge Cx) \leftrightarrow Fx\} \wedge [Lx \rightarrow (Dx \wedge Cx)] \rightarrow (Lx \rightarrow Fx)$.

En cambio, no podemos, en la regla RD2, usar el argumento *a contrario* y deducir, erróneamente, que: si algo no es nombrado literalmente como derecho (o como libertad) en la Constitución, entonces ese algo no es un derecho fundamental. Y esto es así porque incurriríamos en la falacia formal de negación del antecedente.

Por tanto, cabe matizar que pueden existir derechos fundamentales no constitucionalizados de manera explícita, sino de manera implícita, esto es, que pueden deducirse de normas o derechos explícitamente constitucionalizados. Así por ejemplo, parte de la doctrina deduce el derecho a un mínimo vital a partir de derechos ya constitucionalizados¹⁴.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha incorporado derechos fundamentales nuevos, o nuevas facetas de derechos, a partir de derechos preexistentes en la Constitución. Y esto lo ha realizado en virtud de la cláusula de apertura a los tratados internacionales sobre derechos humanos contenida en el artículo 10.2 CE, incorporando la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho humanos (TEDH) o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Por lo que se refiere al primero, el TEDH ha reconocido, basándose en el artículo 8 del Convenio (derecho al respeto de la vida privada y familiar y del domicilio) lo que se ha llamado el “derecho frente al ruido” o “derecho al silencio” en el ámbito domiciliario¹⁵. Esta jurisprudencia ha sido incorporada por el TC, deduciendo tal derecho, o tal faceta nueva, de los derechos a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio¹⁶.

Asimismo, el TJUE, basándose en los artículos 7 (respeto de la vida privada y familiar) y 8 (derecho a protección de datos de carácter personal) de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, ha reconocido un específico “derecho al olvido” frente a los motores de búsqueda en Internet (Sentencia de 13 de mayo de 2014, en el asunto C 131/12, asunto *Google Spain*). Dicho derecho ha sido incorporado a la jurisprudencia constitucional

¹⁴ Véase al respecto: E. CARMONA CUENCA, “Los derechos sociales de prestación y el derecho a un mínimo vital”, *Nuevas Políticas Públicas*, núm. 2, 2006, pp.173-197, esp., pp. 187 ss.; y en “El derecho a un mínimo vital”, en G. ESCOBAR ROCA (Editor). *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 1577-1616, esp. pp. 1585 y ss.

¹⁵ Véase entre otras, Sentencias del TEDH: de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra contra Reino de España*, de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros contra Italia*, y de 16 de noviembre de 2004, caso *Moreno Gómez contra Reino de España*.

¹⁶ Véase: SSTC 119/2011, de 24 de mayo; 16/2004, de 23 de febrero, y 150/2011, de 29 de septiembre. En esta sentencia puede verse el voto particular del magistrado Manuel Aragón Reyes, disconforme con la recepción de la jurisprudencia del TEDH al respecto.

en la Sentencia 58/2018, de 4 de junio, de modo que “el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo.” (FJ 5).

Por lo que se refiere a derechos reconocidos explícitamente en la Constitución, podemos identificar tales derechos en enunciados donde la Constitución usa expresiones como “se reconoce (o “se garantiza”) el derecho (o “la libertad”)”, “todos (o “todas las personas”, “los españoles”, “los ciudadanos”, o cualquier otra categoría de personas) tienen derecho”. De acuerdo con la regla derivada RD2, hay derechos fundamentales también fuera del Título I de la Constitución (el cual lleva por nombre “Derechos y deberes fundamentales”) ¹⁷, como, por ejemplo, el derecho a usar el castellano (art. 3.1 CE), o el derecho de los particulares “a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos” (art. 106.2 CE); derecho a una indemnización por los daños causados por error judicial, y por los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 CE).

3.1. Hay derechos fundamentales en el Capítulo III de la CE

También son auténticos derechos, y, por tanto, derechos fundamentales, los mencionados con tal nombre en el Capítulo III del Título I (arts. 43, 44, 45, 47), aunque ese Capítulo lleve por título: “De los principios rectores de la política social y económica”. No podemos tener en cuenta la denominación del Título I CE, o de cada Capítulo o Sección dentro del mismo, por prestarse a confusión ¹⁸.

Por el contrario, parte de la doctrina se resiste a *ver* derechos fundamentales fuera del Capítulo II de Título I de la Constitución, y especialmente en

¹⁷ Pocos autores admiten la existencia de derechos fundamentales fuera del Título I. Entre los que sí la admiten podemos mencionar a G. ESCOBAR ROCA, en “Tema 21. Los derechos humanos y los derechos fundamentales”, cit., p. 433.

¹⁸ Véase, en este sentido, entre otros, J. Jiménez Campo, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., pp. 17 y 18; F. BASTIDA FREIJEDO, “El fundamento de los derechos fundamentales”, en *Revista Electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, núm. 3, 2005, pp. 41-56, esp. p. 53; J. TAJADURA TEJADA, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 34.

el Capítulo III del mismo Título, donde se contiene la mayor parte de los derechos sociales fundamentales¹⁹. En algunos casos, esto podría deberse a motivos ideológicos²⁰.

Se alega, entre otros argumentos, la indeterminación del contenido de muchos derechos del Capítulo III²¹. Sin embargo, todos los derechos fundamentales se caracterizan por el carácter abierto y abstracto de su enunciado normativo²². No siempre los derechos sociales son más indeterminados que los derechos civiles y políticos²³. Es cierto que unos derechos son más indeterminados que otros en la CE, y precisan de un mayor grado de “configuración legal”. Pero ésta no es razón suficiente para hacerles perder su naturaleza de derechos fundamentales, porque seguirán teniendo un contenido constitucional, por indeterminado que sea, que el legislador debe respetar.

¹⁹ Sobre el concepto de derechos sociales fundamentales, véase: R. ARANGO, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “Sobre el concepto de los derechos sociales fundamentales”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 19, 2015, pp. 115-140; F. DE FAZIO, “El concepto estricto de los derechos sociales fundamentales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 41, 2018, 173-195. Otros autores exploran la vía indirecta del reconocimiento y protección constitucional de los derechos sociales por su conexión con los derechos “fundamentales”. En este sentido, véase: J. I. CUBERO MARCOS, “El reconocimiento de derechos sociales a través de la conexión con derechos fundamentales: hacia una progresiva superación de la doctrina clásica”, *Revista catalana de dret public*, núm. 54, 2017, pp. 118-140; y en “La vis expansiva de los derechos fundamentales y su incidencia en la configuración y exigibilidad de los derechos sociales”, *Revista española de derecho constitucional*, núm. 110, 2017, pp. 105-140. En el mismo sentido, en relación con el derecho a la protección de la salud: P. J. TENORIO SÁNCHEZ, “Naturaleza y contenido del derecho constitucional a la protección de la salud y jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional relativa al mismo”, *Revista general de derecho constitucional*, núm. 27, 2018, pp. 1-33.

²⁰ En este sentido, G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 14. Sobre la negación liberal de los derechos fundamentales procedentes de la aportación socialista, es decir, los derechos económicos, sociales y culturales, véase: G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., R. ASIS ROIG y M. C. BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 60 y ss.

²¹ Por ejemplo, Moreno Trujillo, en relación con el derecho al medio ambiente: E. MORENO TRUJILLO, *La protección jurídico-privada del medio ambiente y la responsabilidad de su deterioro*, Bosch, Barcelona, 1991, p. 322.

²² M. A. PRESNO LINERA, “Capítulo 2. La estructura de las normas de derechos fundamentales”, en AA.VV. *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 45 y ss., esp. p. 47.

²³ En este sentido, véase: V. ABRAMOVICH, Y CH. COURTIS, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, cit., pp. 122 y 123); G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit. pp. 67 y ss.

Al parecer de Prieto Sanchís “esta objeción de la indeterminación ha sido hoy mayoritariamente abandonada en la propia dogmática constitucional”²⁴.

Uno de los argumentos más usuales empleados para negar que en el Capítulo III del Título I CE existan derechos fundamentales es el sistema de garantías o nivel de protección de los derechos constitucionales diseñado por la Constitución en el artículo 53. Frente a esto, hay que decir que lo determinante no es el grado de protección del derecho; todos los derechos fundamentales, sea cual sea su ubicación en el texto constitucional, en cuanto normas constitucionales, están protegidos frente al legislador mediante el recurso y la cuestión de inconstitucionalidad, o mediante los procedimientos específicos de reforma constitucional (arts. 167 o 168 CE, según el caso). El menor grado de protección de unos derechos frente a otros no los convierte en *derechos constitucionales no fundamentales* (expresión que es un contrasentido, de acuerdo con la regla R1). Sostener lo contrario es contradictorio con el carácter de norma suprema de la Constitución.

En virtud del sistema de garantías de los derechos contemplados en la Constitución, para algunos autores sólo son derechos fundamentales los comprendidos en la Sección Primera del Capítulo II de del Título I de la Constitución²⁵, pero la mayoría los identifica con los derechos del Capítulo II (arts. 14 a 38)²⁶.

²⁴ L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, ponencia presentada al *I Congreso de Filosofía del Derecho para el mundo latino*, Alicante, 26-28 de mayo de 2016, p. 14. Disponible en: <http://iusfilosofiamundolatino.ua.es/download/Ponencia%20Prieto%20Sanchi%CC%81s.pdf>.

²⁵ En este sentido, véase L. MARTÍN RETORTILLO, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, en L. MARTÍN RETORTILLO e I. DE OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 75 y ss. Por su parte, Pérez Tremps considera que, en sentido amplio, son derechos fundamentales todos los del Título I (incluidos también los del Capítulo III), pero en sentido estricto sólo lo son los de la Sección Primera del Capítulo II del mismo Título (arts. 15 a 19), por ser éstos los que gozan de mayor nivel de protección constitucional -P. PÉREZ TREMPs, “Lección 6. Los derechos fundamentales”, en L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMPs, M. SATÚSTREGUI. *Derecho Constitucional, Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 125-142, esp. p. 128.

²⁶ En este sentido, véase: P. CRUZ VILLALÓN, “Formación y evolución de los derechos fundamentales”, cit., p. 40, y en “Derechos fundamentales”, cit., p. 25; P. CRUZ VILLALÓN y J. PARDO FALCÓN, “Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 97, 2000, pp. 65-154, esp., p. 71; J. R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, pp. 68 ss.; J. JIMÉNEZ CAMPO, “Artículo 53. Protección de los derechos funda-

Por el contrario, opinamos que todos los derechos constitucionales son fundamentales, y unos derechos no pueden ser más fundamentales que otros²⁷, porque todas las normas de la Constitución tienen el mismo rango²⁸.

En torno al Capítulo II se ha construido un muro que parece infranqueable. Se llega a una conclusión algo desconcertante, que contradice la regla interpretativa R1: solo hay derechos fundamentales dentro del Capítulo II; extramuros, si hay derechos, son derechos constitucionales, pero no fundamentales.

En vez de poner otro ladrillo en el muro, vamos a intentar romperlo. El muro se ha construido en torno a la interpretación conjunta de los artículos 53.1 y 53.3 CE. Tiene, por así decirlo, dos capas.

3.1.1. Rompiendo la primera capa del muro. El carácter declarativo de las garantías del artículo 53.1 CE

Las garantías del artículo 53.1 CE no son más que una especificación, para los derechos fundamentales, del carácter de norma fundamental de la Constitución. De ahí su carácter meramente declarativo y no constitutivo²⁹.

mentales", cit., p. 31, y en *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., p. 27); F. BASTIDA FREIJEDO, "Capítulo 1. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales". cit., pp. 31 y 32; en "El fundamento de los derechos fundamentales", cit. p. 53 y en "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", cit., p. 138; L. M. Díez-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 63 y ss.; J. TAJADURA TEJADA, *Los derechos fundamentales y sus garantías*, cit., p. 37; J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, Marcial Pons, 15.^a de Madrid, 2016, p. 208.

²⁷ En contra, F. BASTIDA FREIJEDO, "Capítulo 1. Concepto y modelos históricos de los derechos fundamentales". cit., 31 y 32; y en "¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?", cit., p. 120.

²⁸ En este sentido, A. IBÁÑEZ MACÍAS, "El medio ambiente como derecho fundamental", *Revista de Derecho Urbanístico y medio ambiente*, núm. 231, 2007, pp. 141-187, esp., p. 143; G. ESCOBAR ROCA, "Presupuestos estructurales", cit., 290. Este autor considera que la dogmática debe "tomarse en serio la fuerza normativa de la Constitución" en materia de derechos fundamentales, y, especialmente, de derechos sociales -G. ESCOBAR ROCA, "El futuro de la dogmática de los derechos". *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 49, 2014, pp. 61-83, esp., pp. 71 y ss.

²⁹ Al respecto, A. IBÁÑEZ MACÍAS, "El medio ambiente como derecho fundamental", cit. esp., p. 143. En especial, sobre el carácter declarativo de la cláusula del contenido esencial del artículo 53.1 CE, cláusula que se extiende, por tanto, a todos los derechos constitucionales, véase J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, "Una revisión de la teoría de los derechos fundamentales", cit., pp. 119-120. Precisamente, durante la tramitación parlamentaria en el Senado del texto constitucional, hubo una enmienda al entonces art. 48.1 CE (actual art. 53.1 CE) pre-

La vinculación a los poderes públicos es una concreción, para los derechos del Capítulo II, de lo establecido en el artículo 9.1 CE para todas las normas constitucionales (“los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución (...)”)³⁰, pero a su vez esta última norma es una explicitación del carácter fundamental de la Constitución, obra del poder constituyente³¹. Por tanto, la vinculación a los poderes públicos es una garantía que es aplicable a *todos los derechos constitucionales*, sea cual sea su ubicación en la Constitución, también a los del Capítulo III de la Constitución (y a los que se hallan fuera del Título I).

Quienes sostienen que solo los derechos del Capítulo II del Título I de la Constitución son derechos fundamentales alegan que estos derechos, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.1 CE, tienen un contenido esencial. De aquí deducen algunos, aplicando el argumento *a contrario* e incurriendo en la falacia formal de negación del antecedente, que los derechos que se hallan extramuros del Capítulo II carecen de un contenido esencial, y, en consecuencia, son disponibles por el legislador, no son derechos *fundamentales*. Pero esta interpretación es un tanto apresurada. La Constitución dispone que: “[la] ley [...] en todo caso deberá respetar su contenido esencial [de los derechos del Capítulo II]” (art. 53.1 CE). Dicho de otro modo, “Si se trata de uno de los derechos comprendidos en el Capítulo II, la ley deberá respetar su contenido esencial” ¿Y si se trata de un derecho no comprendido en el Capítulo II? No podemos usar el argumento *a contrario* para deducir que la ley no está obligada a respetar su contenido esencial. O que estos derechos

sentada por el Grupo Parlamentario Progresistas y Socialistas Independientes (número 38), que propugnaba su supresión total -F. SAINZ MORENO, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, Cortes Generales, Madrid, 1980, p. 2685. La enmienda fue defendida por el senador Villar Arregui, p. 3518-. Como ha dicho Gavara de Cara, la aprobación de esta enmienda, que fue rechazada sin ningún tipo de argumentación o réplica, “hubiera evitado las actuales dificultades que supone interpretar de forma coherente los artículos 9 p. 1 y 53 p. 1 CE, así como la actual necesidad de identificar el contenido esencial con el contenido constitucionalmente declarado” -J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la Ley fundamental de Bonn*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 345.

³⁰ En este sentido, L. MARTÍN RETORTILLO, “Régimen constitucional de los derechos fundamentales”, cit. p. 26.

³¹ En este sentido, véase: I. DE OTTO Y PARDO, *Derecho Constitucional. Sistema de Fuentes*. Ariel, 2.ª ed. Barcelona, 1987, pp. 24 y ss. En cambio, Gavara de Cara, distingue, como conceptos distintos, las expresiones “sujeción” (del artículo 9.1 CE) y “vinculación” (del artículo 53.1 CE), dándole un mayor alcance a la segunda expresión que a la primera -J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo...*, cit., p. 340.

carecen de contenido esencial o constitucional. Esa interpretación iría contra el carácter de norma fundamental de la Constitución.

En efecto, la protección del contenido esencial del derecho es también una especificación del carácter de norma fundamental de la Constitución. Todas las normas tienen un contenido constitucional que el legislador debe respetar, también las normas del Capítulo III CE. Para muchos autores el contenido esencial de un derecho coincide con su contenido constitucionalmente declarado³², es decir, contenido esencial y contenido constitucional de un derecho son la misma cosa. Esta parece la conclusión lógica. Desde un punto lógico, la Constitución es un conjunto de enunciados, y cada enunciado contiene términos. Todo término de la Constitución tiene un significado conceptual. Ese significado es su contenido constitucional, que no se define en el propio texto de la Constitución, pero que se presupone o que se habrá de concretar llegado el momento, y que el legislador, en todo caso, debe respetar. El contenido esencial de un derecho no es más su contenido constitucional: es decir, “aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro desnaturalizándose, por decirlo así” (STC 11/1981, FJ 8). Su contenido se determina, en su caso, a partir de la dogmática jurídica. No otra cosa quiso decir el TC en la Sentencia 11/1981, al explicar el primer camino para aproximarse a la idea de contenido esencial de un derecho, de cualquier derecho subjetivo:

“Para tratar de aproximarse de algún modo a la idea de ‘contenido esencial’, que en el art. 53 de la Constitución se refiere a la totalidad de los derechos fundamentales y que puede referirse a cualesquiera derechos subjetivos, sean o

³² Véase en este sentido, entre otros: I. DE OTTO Y PARDO, “La regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”. en L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER e I. DE OTTO Y PARDO. *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss., esp., p. 127; A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997, p. 73; J. J. SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, “Los derechos fundamentales en la Constitución española”, cit., p. 19; I. VILLAVARDE MENÉNDEZ, “Capítulo 6. Los límites a los derechos fundamentales”, en AAVV, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 120 y ss., esp., pp. 134 ss.; T. DE DOMINGO, y A. L. MARTÍNEZ-PUJALTE, “La interpretación de la garantía del contenido esencial y la estructura de los derechos fundamentales”, en A. L. MARTÍNEZ PUJALTE y T. DE DOMINGO, *Los derechos fundamentales en el sistema constitucional. Teoría general e implicaciones prácticas*, Editorial Comares, Granada, 2011, pp. 31-55, esp., p. 53; P. CRUZ VILLALÓN, “Derechos fundamentales”, cit., p. 25.

no constitucionales, cabe seguir dos caminos. El primero es tratar de acudir a lo que se suele llamar la naturaleza jurídica o el modo de concebir o de configurar cada derecho. Según esta idea hay que tratar de establecer una relación entre el lenguaje que utilizan las disposiciones normativas y lo que algunos autores han llamado el metalenguaje o ideas generalizadas y convicciones generalmente admitidas entre los juristas, los jueces y, en general, los especialistas en Derecho. (...) Los especialistas en Derecho pueden responder si lo que el legislador ha regulado se ajusta o no a lo que generalmente se entiende por un derecho de tal tipo”³³.

No parece viable distinguir entre un contenido esencial y un contenido constitucional de un mismo derecho, como si hubiera dos conceptos constitucionales (uno mínimo y otro más amplio o adicional) de un mismo término en la Constitución³⁴.

La conclusión es que todos los derechos constitucionales tienen un contenido constitucional o esencial que el legislador debe respetar³⁵, de lo contrario no tendrían sentido técnicas de protección de los derechos fundamentales frente al legislador, como los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad³⁶, que protegen a todas las normas constitucionales, también las del Capítulo III. Negar a los derechos constitucionales no incluidos en el Capítulo II (entre ellos, los del Capítulo III) un contenido (esencial) que

³³ STC 11/1981, FJ 8. El resaltado es nuestro. Para Alonso García, este primer camino explicado por el TC para la determinación del contenido esencial es “la máxima expresión” del papel jugado por la dogmática jurídica en la interpretación constitucional (E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984, pp. 93-94). Sobre las dificultades y problemas que plantea este criterio de determinación del contenido esencial, véase: J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., pp. 347 y ss.

³⁴ Además, la distinción entre contenido esencial y contenido constitucional de un derecho plantea problemas en el momento de control de constitucionalidad de las normas. Como ha dicho Gavara de Cara: “Considerar que un derecho fundamental está compuesto de un núcleo y una periferia, de tal modo que la infracción del núcleo produce la inconstitucionalidad de la medida legislativa; tiene como consecuencia excluir del control de constitucionalidad de la parte periférica o accidental del derecho, con lo cual el parámetro de control no es el precepto constitucional completo sino una parte del mismo” -J. C. GAVARA DE CARA, *Derechos fundamentales y desarrollo legislativo*, cit., p. 328.

³⁵ En este sentido, G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., p. 81.

³⁶ En este sentido, L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 22, 1995, pp. 9-56, esp., pp. 45, 50 y 51.

el legislador debe respetar es negarles su condición de derechos constitucionales, algo que no se puede hacer sin incurrir en manifiesta contradicción con la propia Constitución: no pueden existir derechos constitucionales sin contenido, como no pueden existir términos constitucionales sin significado.

Por su parte, el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea protege con la técnica del contenido esencial a todos los derechos de la Carta sin distinción, incluidos los llamados derechos de “solidaridad”³⁷. Pues bien, en el caso de nuestra Constitución esta consecuencia es la que se deduce lógicamente del carácter fundamental de todos los derechos constitucionalizados³⁸.

Por lo que respecta a las demás garantías del artículo 53.1 CE, es evidente que el recurso de inconstitucionalidad se aplica a todos los derechos constitucionales, sea cual sea su ubicación. Lo mismo podemos decir de la técnica de la reserva de ley. El propio art. 53.3 CE usa la expresión “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”, por lo que puede entenderse como una reserva de ley genérica para los “principios” comprendidos en el Capítulo III CE³⁹.

3.1.2. Rompiendo la segunda capa del muro. La interpretación de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE

En concreto, para negar que los derechos comprendidos en el Capítulo III del Título I sean derechos fundamentales⁴⁰, se alega no sólo que carecen

³⁷ El artículo 52.1 de la Carta dispone que: “Cualquier limitación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos por la presente Carta deberá ser establecida por ley y respetar el contenido esencial de dichos derechos y libertades (...)”.

³⁸ En este sentido, Freixes Sanjuan considera que la cláusula del contenido esencial del artículo 53.1 CE es “materialmente irrelevante” -T. FREIXES SANJUAN, “Contenido esencial de los derechos fundamentales”, en M. ARAGÓN REYES y C. AGUADO RENEDO (Dir.). *Temas básicos de Derecho Constitucional. Tomo III. Derechos fundamentales y su protección*, Editorial Aranzadi. 2.ª ed., Navarra, 2011, pp. 67-73, esp., p. 72.

³⁹ Véase, al respecto, L. VILLACORTA MANCEBO, *Reserva de ley y Constitución*, Dykinson, Madrid, 1994, pp. 150-152.

⁴⁰ Se les llama “derechos aparentes”: J. JIMÉNEZ CAMPO, “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, cit., pp. 123 ss.; en el mismo sentido, Garrido Falla habla de “apariencia de derechos” -F. GARRIDO FALLA, “Garantías de las libertades y derechos fundamentales”, en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 3ª ed., Madrid, 2001, 973 y ss., esp. p. 977; Sánchez González dice que el Capítulo III contiene “‘derechos’ irrealizables” -S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, “Lección 1. Los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978”, en S. SÁNCHEZ GONZÁLEZ (coord.), *Dogmática y práctica de los derechos funda-*

de contenido esencial (lo cual ha sido contestado en el epígrafe anterior), sino que no se pueden invocar directamente ante los tribunales, en virtud de lo dispuesto en el artículo 53.3 CE: los principios reconocidos en el Capítulo III (principios rectores de la política social y económica) “sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Nótese que aquí no estamos ante un término que deba ser interpretado literalmente, como el término “derecho” o “libertad” contenido expresamente en la Constitución en relación con la regla interpretativa R2. No se trata de interpretar un solo término, sino todo un enunciado de significado ambiguo⁴¹. Una posible interpretación de este enunciado puede ser formulada del siguiente modo: “Si y solo si (“sólo” dice el texto de la Constitución) hay leyes que los desarrollen, y se alegan de acuerdo con tales leyes, entonces los principios reconocidos en el Capítulo III podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria”. De aquí se ha querido deducir que tales principios no se pueden invocar directamente ante los tribunales (no tienen eficacia directa), sino de acuerdo con las leyes los desarrollen (eficacia indirecta), luego –se concluye– no son derechos fundamentales⁴².

Ahora bien, esta interpretación del artículo 53.3 CE entra en contradicción con la calificación literal como “derecho” dada por la propia Constitución en algunos de los preceptos del Capítulo III: “derecho a la pro-

mentales, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 22; Pérez Tremps niega que estemos en presencia de derechos subjetivos, en virtud de la interpretación que da al artículo 53.3 CE –P. PÉREZ TREMP, “Lección 6. Los derechos fundamentales”, cit., p. 133; J. Pérez Royo los califica como “los no derechos fundamentales” –J. PÉREZ ROYO, *Curso de Derecho Constitucional*, cit., p. 209.

⁴¹ Sobre el carácter impreciso o incluso desafortunado de este precepto, véase: J. L. SERRANO MORENO, “Algunas hipótesis sobre los principios rectores de la política social y económica”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 56, 1987, pp. 95-120, esp., p. 117.

⁴² Véase, en este sentido, entre otros: F. GARRIDO FALLA, “El artículo 53 de la Constitución”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, 1979, pp. 173-188, esp., pp. 179-180; T. R. FERNÁNDEZ, “Los derechos fundamentales y la acción de los poderes públicos”. *Revista de Derecho Político*, núm. 15, 1982, pp. 21-34, esp., p. 29; J. JIMÉNEZ CAMPO, *Derechos fundamentales: concepto y garantías*, cit., pp. 123 y 124; G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, R. ASIS ROIG y M. C. BARRANCO AVILÉS, *Lecciones de Derechos Fundamentales*, cit., p. 283; L. M. DÍEZ-PICAZO, *Sistema de Derechos Fundamentales*, cit., pp. 62 ss.; F. BASTIDA FREIJEDO, “El fundamento de los derechos fundamentales”, cit., p. 46; y en “¿Son los derechos sociales derechos fundamentales?”, 2007: 138; A. OEHLING DE LOS REYES, “El artículo 53 de la constitución española de 1978: esquema de la evolución y del estado de situación de sus instrumentos de garantía de los derechos fundamentales (1978-2017)”. *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 1099-1136, esp., pp. 1133 y ss.

tección de la salud” (art. 43.1 CE), “derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona (art. 45.1), “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada” (art. 47); “derecho” a la cultura (art. 44.1 CE). No puede la Constitución, sin entrar en contradicción consigo misma, proclamar literalmente derechos constitucionales y, al mismo tiempo, negarles su condición de derechos con el subterfugio de prohibirles su alegación directa ante los tribunales, sin previa ley de desarrollo⁴³.

Vamos a intentar armonizar la naturaleza de derechos (fundamentales) de los así proclamados literalmente en el Capítulo III con lo dispuesto en el art. 53.3. Para ello, vamos a abrir una brecha en esta segunda capa del muro. Aunque todos estuviésemos de acuerdo en que el verdadero significado del enunciado transcrito es el que le hemos dado más arriba, todavía podríamos discrepar en cuanto a su ámbito de aplicación. La mayoría de la doctrina ha presupuesto que el enunciado del art. 53.3 CE se refiere a todas las normas del Capítulo III, sin distinción, pues este Capítulo lleva por título “De los principios rectores de la política social y económica”. Ahora bien, no podemos quedarnos en el título del Capítulo, sino que tenemos que estudiar la verdadera naturaleza de cada una de las normas del Capítulo III.

El hecho de que el art. 53.3 CE se refiera a “los principios (rectores) reconocidos en el Capítulo III” no significa que todas las normas del Capítulo III contengan principios rectores, de mismo modo que no todas las normas del Capítulo II, a pesar de su título, contienen derechos⁴⁴. Sostenemos que el art. 53.3 CE no se refiere a todas las normas del Capítulo III, sino solo a las que contienen “principios (rectores)”, no a las normas que reconocen literalmente derechos, como los ya mencionados artículos 43.1, 44.1, 45.1, y 47 CE⁴⁵.

⁴³ Al respecto, Revenga Sánchez habla de “las incongruentes tomas de posición de una Constitución que parece diseñada para reconocer derechos sociales y al tiempo desactivarlos” -M. REVENGA SÁNCHEZ, “Los Derechos Sociales (Instrumentos de Garantía en la Constitución Española)”. *Asamblea: Revista Parlamentaria de La Asamblea de Madrid*, núm. 21, 2009, pp. 97-106, esp. p. 98.

⁴⁴ Sobre esto, J. JIMÉNEZ CAMPO, “Artículo 53. Protección de los derechos fundamentales”, pp. 31 y ss.

⁴⁵ En este sentido, referido al derecho a la protección del medio ambiente, G. ESCOBAR ROCA, *La ordenación constitucional del medio ambiente*, cit., p. 73; D. LOPERENA ROTA, *El derecho al medio ambiente adecuado*. Civitas, Madrid, 1996, p. 50; A. IBÁÑEZ MACÍAS, “El medio ambiente como derecho fundamental”, cit., pp. 160-161. Con carácter más general, extendiendo esta interpretación a todos los derechos del Capítulo III, véase G. ESCOBAR ROCA, “Presupuestos estructurales”, cit., p. 296. Asimismo, considera que hay derechos en el capítulo III: J. L. CASCAJO CASTRO, “Derechos sociales”, *Cuadernos de derecho público*, núm.

Hay que distinguir entre normas del Capítulo III que contienen “principios rectores”, a las que se aplica la limitación art. 53.3 CE, y las que contienen (literalmente) derechos, a las que no se aplica tal limitación en cuanto a la posibilidad de ser alegados directamente ante la jurisdicción ordinaria.

Respecto de las normas del Capítulo III que contienen “principios rectores”, el artículo 53.3 CE (al igual que hemos constatado respecto del art. 53.1 CE) debe de tener un carácter meramente declarativo. Es decir, hay algo en la naturaleza de tales principios rectores que impide que puedan ser alegados directamente por los particulares ante los tribunales ordinarios como “derechos” o como “intereses legítimos” (art. 24), sin una previa ley de desarrollo. En efecto, los principios rectores son mandatos a los poderes públicos⁴⁶ (es-

37, 2009, pp. 11–35, esp., pp. 17–18. Por el contrario, Satrústegui considera que los preceptos del Capítulo III son de contenido heterogéneo, e incluso hay normas que contienen derechos como el de la salud, pero aplica a estos derechos lo dispuesto en el artículo 53.3 CE, y por tanto concluye que “estos preceptos constitucionales [los del Capítulo III que contienen derechos] no crean derechos públicos subjetivos, susceptibles de obtener inmediatamente una tutela judicial, sino más bien expectativas de derechos o derechos incompletos que deben ser concretados por el legislador” –M. SATRÚSTEGUI, “Lección 18. Derechos de ámbito económico y social”, EN L. LÓPEZ GUERRA, E. ESPÍN, J. GARCÍA MORILLO, P. PÉREZ TREMP, M. SATÚSTREGUI. *Derecho Constitucional Vol I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Tirant lo Blanch. Valencia, 2016, pp. 377–402, esp., p. 390–. Por su parte, Álvarez-Ossorio distingue entre los derechos sociales del Capítulo II (igualdad y educación), que son auténticos derechos fundamentales, y los derechos sociales del capítulo III (salud y vivienda) que son meros principios rectores, a los que se aplica el artículo 53.3 CE. En consecuencia, considera, respeto de los “derechos sociales integrados en el ámbito de los principios” que “deben esperar a lo que sobre los mismos decida el legislador (es entonces y sólo entonces cuando podrán ser esgrimidos ante los tribunales de justicia, art. 53.3 CE)” –F. ÁLVAREZ-OSSORIO MICHEO, “Capítulo XXVIII. Derechos fundamentales. Igualdad y educación”, en M. Agudo Zamora y otros. *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2016, pp. 608 a 627, esp., p. 610–. Finalmente Porras Nadales distingue, dentro del Capítulo III, entre principios y derechos (a la protección de la salud, de acceso a la cultura, de medio ambiente y de vivienda), pero aplica a éstos últimos el art. 53.3 CE, como si se trataran de principios rectores –A. PORRAS NADALES, “Los principios rectores de la política social y económica”, en M. AGUDO ZAMORA y otros, *Manual de Derecho Constitucional*, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 2016, pp. 628 a 654, esp. p. 632–. Sin embargo, en una obra más temprana este autor mantiene una posición interpretativa del art. 53.3 CE en el sentido de que “tales derechos no deben considerarse incluidos en la norma restrictiva del art. 53.3 de la Constitución, que sólo habla de los *principios* reconocidos en el Capítulo Tercero” –A. PORRAS NADALES, “Garantías de los derechos”, en J.J. GONZÁLEZ ENCINAR, (dir.). *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, p. 375–. Las cursivas son del original.

⁴⁶ Escobar Roca considera que las normas el Capítulo III no contienen principios constitucionales propiamente dichos, “pero sí derechos, mandatos a los poderes públicos y nor-

tos son principalmente sus destinatarios) en relación con la política social y económica. Solo cuando tales principios son desarrollados por el legislador, dan lugar a derechos alegables ante los tribunales.

No sucede lo mismo con las normas del Capítulo III que reconocen directa y literalmente derechos. Estos derechos nacen directamente de la Constitución. Impedir que los ciudadanos puedan alegar estos derechos ante los tribunales, en ausencia de ley de desarrollo, o incluso contra la ley de desarrollo (formulando alegaciones para que el juez plantee una cuestión de inconstitucionalidad contra la ley que los regula), puede entenderse que vulnera el derecho de todas las personas a obtener la tutela de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos (art. 24 CE), en este caso, de sus derechos constitucionales.

Tenemos que distinguir, a lo largo del texto constitucional, y en especial en el Capítulo III, entre derechos constitucionales y principios rectores, esto es, mandatos a los poderes públicos para hacer efectivos tales derechos. Los primeros, y a pesar de las dificultades de su justiciabilidad cuando se tratan de derechos sociales de prestación, son invocables directamente ante la jurisdicción ordinaria. Los segundos, al menos los mandatos a los poderes públicos a que se refiere el art. 53.3 CE, precisan una ley de desarrollo para su alegación por los particulares ante la jurisdicción ordinaria.

En ocasiones, los mandatos a los poderes públicos pretenden hacer efectivos, o garantizar, derechos fundamentales preexistentes, reconocidos por la Constitución. En estos casos, podemos entender que tales mandatos forman parte de las garantías del derecho⁴⁷.

Pongamos un ejemplo. El artículo 35 reconoce el derecho al trabajo. Puesto que la norma se contiene en el Capítulo II, estamos, claramente, sea cual sea la interpretación que demos al art. 53.3 CE, ante un derecho fundamental y no ante un “principio rector”. Sin embargo, en relación con tal derecho fundamental, el art. 40.1 contiene un principio rector del siguiente tenor: “[Los poderes públicos] de manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”. Esos poderes públicos son los poderes legislati-

mas de organización y procedimiento” –G. ESCOBAR ROCA, “Presupuestos estructurales”, cit., pp. 291-292.

⁴⁷ En este sentido, ESCOBAR ROCA considera que: “Cuando los mandatos acompañan a los derechos (p. ej., arts. 27.5 y 8, 43.2, 44.1, 46 ó 47) sirven para ampliar su contenido meramente subjetivo y para reforzar sus garantías” (G. ESCOBAR ROCA, “Presupuestos estructurales”, cit., p. 306).

vos y ejecutivos de los entes territoriales, de acuerdo con sus competencias y atribuciones, no el poder judicial, cuya función no es política, sino jurisdiccional (art. 117 CE, apartados 3 y 4). A los poderes legislativos y ejecutivos van destinados los principios rectores de la “política” social y económica. Y en esto no pueden ser sustituidos o suplantados por los jueces, en ausencia de ley de desarrollo de tales principios rectores. Esto es lo que parece que viene a significar el artículo 53.3⁴⁸. Si no hay ley de desarrollo, el juez no puede actuar contra la inacción del poder ejecutivo. Tampoco puede plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra una omisión legislativa total (el artículo 163 CE requiere que se plantee contra una “norma con rango de ley”). La discusión al respecto parece un tanto bizantina, transcurridos más de cuarenta años desde la entrada en vigor de la Constitución, y habiendo sido desarrollados, en mayor o menor medida, prácticamente todos los mandatos del Capítulo III. En cambio, si hay ley de desarrollo (por ejemplo, una ley de empleo), en teoría podría plantearse una cuestión de inconstitucionalidad contra la misma por vulneración del derecho al trabajo (art. 35) o del mandato del art. 40.1 CE, que se refiere a la dimensión colectiva del derecho al trabajo (STC 22/1981, de 2 de julio, FJ 8).

En el anterior ejemplo, hemos tomado un derecho del Capítulo II (art. 35 CE) y un mandato a los poderes públicos contenido en el Capítulo III (art. 40.1 CE), en garantía de tal derecho. Pues bien, hay que tener en cuenta que, en ocasiones, los mandatos a los poderes públicos del Capítulo III pretenden garantizar, o hacer efectivos, derechos reconocidos literalmente en el mismo Capítulo III. En efecto, el artículo 43 CE reconoce literalmente el derecho a la protección de la salud en su apartado primero. Y los apartados segundo y tercero del mismo artículo contienen mandatos a los poderes públicos para hacer efectivo tal derecho. El artículo 44.1 CE, al tiempo que reconoce el derecho a la cultura, establece un mandato a los poderes públicos para que promuevan y tutelen el acceso a la misma. El artículo 45 CE reconoce en su apartado primero “el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona”. Y en los apartados 2 y 3 establece mandatos a los poderes públicos para hacerlo efectivo. Por último, el art. 47 CE estable-

⁴⁸ En este sentido, Laporta ha dicho que en el artículo 53 CE, “se opta claramente por el principio democrático” –F. J. LAPORTA, “Los derechos sociales y su protección jurídica: introducción al problema”, en J. BETEGÓN, J. R. DE PÁRAMO, F. J. LAPORTA y L. PRIETO SANCHÍS (coords.), *Constitución y derechos fundamentales*, Ministerio de la Presidencia, Secretaría General Técnica, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2004, pp. 297-325, esp. p 322.

ce en su primer enunciado el “derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada”. Y el enunciado inmediatamente siguiente establece un principio rector o mandato a los poderes públicos “para hacer efectivo este derecho”.

Sucede, sin embargo, que prácticamente todos los derechos del Capítulo III (salvo, algunas excepciones, como la igualdad de los hijos ante la ley con independencia de su filiación, art. 39.2 CE) son derechos sociales de prestación, y necesariamente, por ello mismo, derechos de configuración legal. Es decir, para que estos derechos sean efectivos, su contenido ha de ser necesariamente concretado por el legislador⁴⁹. Como hemos visto más arriba, al comentar la regla R1, esto sucede con todos los derechos de configuración legal, incluso con derechos que se hallan en la Sección I del Capítulo Segundo del Título I, como los derechos a participar en los asuntos públicos (art. 23 CE), a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), y a la educación (art. 27 CE), que tienen el máximo nivel de protección constitucional (art. 53.2 CE). Su invocación directa ante la “jurisdicción ordinaria”, incluso por el procedimiento preferente y sumario del art. 53.2 CE, en el supuesto de omisión legislativa total, no sería efectiva. El juez no podría plantear la cuestión de inconstitucionalidad contra la omisión de ley reguladora, pues este procedimiento de declaración de inconstitucionalidad tiene por objeto “una norma con rango de ley”, no una omisión legislativa total. Una vez regulado el derecho por ley, ya cabría plantear una cuestión de inconstitucionalidad contra dicha ley. Esto mismo sucede, como no puede ser de otro modo, con los derechos sociales de prestación del Capítulo III CE.

Como se observa, la efectividad de estos derechos de configuración legal, sea cual sea su ubicación en los diferentes capítulos y secciones del Título I, es muy similar a la de los mandatos a los poderes públicos del Capítulo III. Éstos no pueden ser alegados ante la jurisdicción ordinaria en defecto total de ley de desarrollo (art. 53.3 CE); aquéllos, aunque puedan ser alegados directamente ante los tribunales (no se les aplica el límite del artículo 53.3), carecen de efectividad ante los mismos en caso de omisión legislativa total. Pero tanto en el caso de los mandatos a los poderes públicos del Capítulo III⁵⁰, como en el de los derechos de configuración legal, cabe plantear una cuestión de inconstitucionalidad frente a la ley que los regule. Lo cual significa

⁴⁹ En este sentido, A. IBÁÑEZ MACÍAS, “El medio ambiente como derecho fundamental”, cit., p. 160.

⁵⁰ En este sentido, véase: L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit., pp. 45, 50 y 51.

que, en ambos casos, tanto el contenido constitucional del derecho que la ley debe configurar, como el mandato constitucional (o principio rector) que la ley debe desarrollar (art. 53.3 CE), preexisten al legislador⁵¹.

A pesar de lo que acabamos de decir, la distinción, dentro del Capítulo III, entre derechos constitucionales (por tanto, fundamentales, aunque sean muchos de ellos de configuración legal), y mandatos a los poderes públicos para hacerlos efectivos, es de gran relevancia a efectos teóricos y sistemáticos:

- Los derechos tienen un contenido constitucional (que hemos identificado con su contenido esencial al interpretar las garantías del art. 53.1 CE), y que el legislador debe respetar, en todo caso, al concretarlo. Son de aplicación aquí los dos criterios ofrecidos por el TC para la determinación del contenido esencial de un derecho (STC 11/1981, FJ 8.).
- Los derechos del Capítulo III, aunque sean muchos de ellos de configuración legal, tienen una titularidad. Esa titularidad viene determinada por los que disponga la propia Constitución, interpretada desde los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por España (art. 10.2 CE), no queda al albur de lo que disponga la ley de desarrollo. En cambio, los mandatos a los poderes públicos tienen como destinatarios a estos últimos, sujetos pasivos (y no activos), de derechos reconocidos por la Constitución a los ciudadanos o a las personas, según el caso.

Además, la consideración de los derechos del Capítulo III como auténticos derechos y no como meros mandatos a los poderes públicos, tiene importantes implicaciones sistemáticas en el conjunto del texto constitucional. Podemos señalar, al menos, las siguientes:

- Implicaciones en la interpretación de los derechos fundamentales. A la interpretación de los derechos del Capítulo III se le debe aplicar el art. 10.2 CE: “Las normas relativas a los *derechos fundamentales*

⁵¹ En este sentido, sin distinguir entre principios rectores y derechos: G. PISARELLO, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, cit., pp. 83-85; L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”, cit. p. 45, y en *El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica*, Editorial Trotta, Madrid, 2013, esp. p. 15. Sin embargo, para este autor el derecho subjetivo no nace hasta que el legislador regula la prestación concreta en que consiste el derecho (L. PRIETO SANCHÍS, “Los derechos sociales como derechos fundamentales”, cit., p. 17), lo cual es diferente de lo que aquí venimos sosteniendo.

- y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”. Este artículo ha sido aplicado por la doctrina y por la jurisprudencia constitucional a derechos del Capítulo III (como el derecho a la protección de la salud, STC 139/2016, FJ. 10), lo cual no sería posible si no estuviéramos ante auténticos derechos fundamentales, y no ante meros principios rectores o mandatos a los poderes públicos.
- Implicaciones en relación con los derechos de los extranjeros. A los derechos del Capítulo III, se les aplica el art 13.1 CE, según el cual “los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas [*derechos* según la jurisprudencia constitucional, STC 107/1984, FJ. 3] que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley”. El TC no ha dudado en aplicar este precepto, llegado el caso, por ejemplo, al derecho de la protección de la salud del art. 43.1 CE (Véase, entre otras, STC 139/2016, FFJJ 8 y 10).
 - Implicaciones en relación con la garantía institucional del Defensor del Pueblo que, según el art. 54 CE, se extiende a todos los derechos del Título I, sin distinción (también a los del Capítulo III), y así es, en efecto, en la práctica de esta institución.
 - Implicaciones en el sistema de fuentes del derecho. Sin necesidad de realizar un análisis más exhaustivo del sistema de fuentes, basta señalar que a los derechos del Capítulo III se les debe aplicar el artículo 86.1 CE: los Decretos-leyes “no podrán afectar (...) a los *derechos*, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I”. Por el contrario, es criticable, por incoherente y regresiva, la Sentencia 139/2016, de 15 de agosto, en la que el Tribunal Constitucional ha llegado a declarar, en relación con el derecho a la protección de la salud que: “Atendiendo, por tanto, a su ubicación sistemática, el art. 43 CE se configura como un principio rector, razón por la que carece de contenido constitucionalmente esencial, que pueda ser afectado por la legislación de urgencia. // Debe partirse, en consecuencia, de que el art. 43 no ostenta las características de derecho cuya regulación por decreto-ley impide el art. 86.1 CE” (FJ 6, letra a). Sin embargo, en la misma Sentencia se califica el derecho a la protección de la salud como “derecho de configuración legal”, llegando a examinarse su titularidad en relación con los extranjeros (FFJJ 8 y

10), lo cual se contradice con la primera consideración como mero principio rector a efectos de su afectación por Decreto ley⁵².

Este cambio de línea jurisprudencial del TC en la Sentencia 139/2016 ha sido especialmente criticado, en un voto particular, por el magistrado Fernando Valdés Dal-Ré por su carácter inmotivado y regresivo para los derechos sociales⁵³.

- También se debe aplicar a los derechos del Capítulo III, dentro del sistema de fuentes, lo dispuesto en el artículo 94.1, letra c), que exige previa autorización por las Cortes Generales para la conclusión de

⁵² Para un comentario crítico de esta Sentencia, en especial en relación con el derecho a la asistencia sanitaria de los inmigrantes en situación irregular, véase: L. E. DELGADO DEL RINCÓN, “El derecho a la protección de la salud de los inmigrantes en situación administrativa irregular: reflexiones críticas sobre la reciente jurisprudencia constitucional acerca de las restricciones introducidas por el Decreto Ley 16/2012, de 20 de abril”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 112, 2018, pp. 287-314. Por el contrario, Rey Martínez considera que el derecho a la protección de la salud es un mero principio rector, y propone una reforma constitucional para convertirlo en un derecho constitucional de configuración legal -F. REY MARTÍNEZ, “Protección de la salud, atención primaria y derechos fundamentales”, *Teoría y realidad constitucional*, núm. 41, 2018, pp. 281-296, esp. p. 295-. Sobre el retroceso de la reciente jurisprudencia del TC relativa a la incidencia de los decretos leyes en los derechos sociales, véase: M. HERNÁNDEZ RAMOS, “La respuesta del Tribunal Constitucional a los Decretos-Leyes en materia de derechos sociales. El criticable retroceso de la jurisprudencia constitucional”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 109-II, 2017, pp. 119-143.

⁵³ En concreto, en el voto particular de la Sentencia 139/2016, el magistrado Valdés Dal-Ré dirá: “(...) es obligado dejar constancia de que, hasta la actualidad, ninguna resolución de este Tribunal ha procedido a excluir del ámbito de aplicación de la cláusula de “no afectación” los principios rectores enunciados en el capítulo III, título I, CE; o, por expresar la misma idea desde la otra vertiente, este Tribunal, en su ya dilatada trayectoria jurisdiccional, no ha limitado la operatividad de dicha cláusula a los derechos, deberes y libertades consagrados -parece ser ese el alcance de la Sentencia de mi discrepancia- en el capítulo II, de ese mismo título I./Una modificación de tanta intensidad como la ahora defendida en la presente resolución hubiera demandado, de seguro, un relevante desarrollo argumentativo. Y no solo ni tanto por llevar asociada un cambio o, al menos, una reinterpretación en la doctrina hasta ahora mantenida por este Tribunal. Esa exigencia viene fundada, además y señaladamente, por los efectos restrictivos que ese cambio o reinterpretación producen en la protección de los derechos y principios constitucionales o, lo que es igual, por los efectos expansivos de un poder normativo de carácter excepcional. La preferencia expresada por la Sentencia a favor de la eliminación de trabas al ejercicio de este poder, pretiriendo la opción enderezada a salvaguardar las posiciones jurídicas de los ciudadanos, se distancia, sin justificación alguna, de la tutela y preservación de la cláusula social (art. 1.1 CE), debilitando la calidad democrática de nuestro sistema de monarquía parlamentaria.”

- tratados internacionales que afecten a “los *derechos* y deberes fundamentales establecidos en el Título I”.
- Implicaciones en el sistema de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Se debe aplicar a los derechos del Capítulo III, a reserva de título competencial más específico, lo dispuesto en el artículo 149.1.1 CE, que reconoce competencia exclusiva al Estado sobre la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los *derechos* y en el cumplimiento de los deberes constitucionales⁵⁴.

Hemos, pues, abierto una importante brecha en la segunda capa del muro que supone el art. 53.3 CE, distinguiendo entre derechos expresamente reconocidos en el Capítulo III, a los que no se les aplica lo dispuesto en el art. 53.3 CE, y principios rectores en sentido estricto o mandatos a los poderes públicos, a los que sí se les aplicaría.

Podemos ampliar la brecha, de modo que algunas normas del Capítulo III contienen mandatos explícitos a los poderes públicos para proteger y hacer efectivos derechos *implícitos* en la propia norma. Por ejemplo, el art. 50 CE dispone que: “Los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas, la suficiencia económica a los ciudadanos durante la tercera edad”. Aquí el derecho constitucional *implícito* reconocido a los ciudadanos es el derecho a la suficiencia económica durante la tercera edad, y el mandato explícito a los poderes públicos mediante el que se pretende proteger y hacer efectivo el derecho, es que éstos la garanticen “mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”.

En definitiva, en ocasiones (habría que verlo caso por caso), los mandatos a los poderes públicos no son más que garantías de derechos previamente reconocidos por la Constitución, ya sea de manera explícita (literalmente), ya sea de manera implícita.

De este modo, podemos seguir ampliando la brecha en el muro que contiene los derechos fundamentales en el Capítulo II del Título I CE, no solo mediante la aplicación de la regla R2, sino mediante otras reglas interpretativas, como son las reglas R3 y R4, que veremos a continuación.

⁵⁴ La mayoría de la doctrina considera que el artículo 149.1.1 CE es aplicable a los derechos del Capítulo III. En cambio, la STC 247/2007 (FJ 13) restringe la aplicación de dicho precepto a los derechos del Capítulo II. Al respecto véase: J. M. CASTELLÀ ANDREU, “La Constitución territorial”, en G. ESCOBAR ROCA (ed.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2012, pp. 376-402, esp. p. 396, y los autores allí citados.

4. REGLA TRES: LA ATRIBUCIÓN DE UN PODER A LOS PARTICULARES POR LA CONSTITUCIÓN IMPLICA EL RECONOCIMIENTO DE UN DERECHO

Los derechos fundamentales son derechos subjetivos constitucionalizados. Aunque el concepto de derecho subjetivo es polémico, y puede revestir diversas formas (una pretensión, un privilegio, una potestad o una inmunidad, en la clasificación de Hohfeld⁵⁵; o un “derecho a algo”, una libertad o una competencia, en la de Alexy⁵⁶) podemos decir que lo relevante es que una norma (en nuestro caso, de rango constitucional) confiere a una persona un *poder-hacer* o un *poder-no-hacer* algo (o un conjunto de *poderes*). Se diferencia de un *no-poder-hacer* (una prohibición de hacer) y de un *no-poder-no-hacer* (una obligación de hacer). A ese *poder-hacer* o *poder-no-hacer* algo se le llama, en lógica jurídica, *permisión*. Se le llama *permisión fuerte* (o positiva) cuando es la norma la que lo atribuye expresamente, y *permisión débil* (o negativa), cuando la norma no lo atribuye expresamente, sino que se infiere de la ausencia de una prohibición expresa de hacer algo⁵⁷. La *permisión débil* se expresa en el dicho: “Lo que no está jurídicamente prohibido, está jurídicamente permitido”⁵⁸, que encierra una tautología⁵⁹.

Por su parte, una facultad consiste en un *poder-hacer* y, al mismo tiempo, en un *poder-no-hacer* algo (expresarse y no expresarse, reunirse y no reunirse, asociarse y no asociarse)⁶⁰. Es lo que solemos llamar *libertad* (de expresión, de reunión, de asociación, etc)⁶¹.

⁵⁵ W. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, Traducción de G. Carrió, Fontamara, México DF, 1991.

⁵⁶ R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit. pp. 186 y ss.

⁵⁷ Para la distinción entre *permisión fuerte* y *débil*, véase entre otros: C. E. ALCHOURRÓN, “Lógica de las normas y lógica de las proposiciones normativas”, en C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Análisis lógico y Derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 25-49, esp., pp. 31-32.

⁵⁸ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 252.

⁵⁹ Véase al respecto: C. E. ALCHOURRÓN y E. BULYGIN, *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1987, pp. 172-178.

⁶⁰ En lógica jurídica, se dice que algo es facultativo cuando está permitido hacerlo y no hacerlo. Es decir, no está prohibido hacerlo ni no hacerlo. La definición de facultativo es: $F = Pa \wedge P \sim a$. Véase: C. E. ALCHOURRÓN, “Lógica de las normas y lógica de las proposiciones normativas”, cit., p. 27.

⁶¹ Así es definida la libertad jurídica por Alexy, en relación, por ejemplo, con la libertad de expresión: “Le está (jurídicamente) permitido a *a* expresar su opinión y a *a* le está (jurídica-

Podemos decir entonces que: *si algo es un poder (una permisión o una facultad) [Px] atribuido por una norma a los particulares, entonces ese algo es un derecho [Dx].*

R3: $Px \rightarrow Dx$.

En efecto, en la clasificación general de las normas, las que atribuyen derechos pueden incluirse dentro de las normas permisivas⁶².

Si añadimos a R3 la regla R1, entonces deducimos la siguiente regla derivada.

RD3.1: $(Px \wedge Cx) \rightarrow Fx$.

Es decir, *si 'x' es un poder (permisión o facultad) atribuido a los particulares [Px] y 'x' está constitucionalizado [Cx], entonces 'x' es un derecho fundamental [Fx].*

Como se aprecia en esta regla, sólo se tienen en cuenta las permisiones fuertes, esto es, las previstas en la Constitución. No se tienen en cuenta las permisiones débiles o negativas, definidas como ausencias de prohibiciones expresas, pues deben ser deducidas del conjunto del ordenamiento jurídico, lo que rebasa ampliamente el texto constitucional, y por ello no tienen carácter fundamental.

Hemos encontrado algunos ejemplos a lo largo de la Constitución española en que se reconoce a los particulares un poder *explícito* de hacer y/o no hacer algo. El artículo 11.3 CE dispone que: “En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un *derecho* recíproco, *podrán* naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen”. Aquí hay dos criterios de reconocimiento de derechos, la expresión literal “derecho” y el reconocimiento explícito de un *poder-hacer*: “podrán”. Este doble criterio se sigue también en el artículo 13.4 CE: “La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas *podrán* gozar del *derecho* de asilo en España” (art. 13.4). En cambio, en el artículo 125 CE se establece un solo criterio, el uso de la expresión “podrán” para reconocer derechos: “Los ciudadanos *podrán* ejercer la acción popular y participar en la Administración de Justicia mediante la ins-

mente) permitido no expresar su opinión” (R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., p. 218).

⁶² Véase al respecto: J. LÓPEZ HERNÁNDEZ: *Lenguaje, normas y sistema jurídico*, Tecnos, Madrid, 2012, pp. 150 y ss.

titución del Jurado, en la forma y con respeto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los Tribunales consuetudinarios y tradicionales". También el artículo 53.2 CE reconoce el derecho a accionar por la vía del amparo judicial y del recurso de amparo en los supuestos allí previstos: "Cualquier ciudadano *podrá* recabar la tutela (...)".

Hay supuestos en los que la CE reconoce a los particulares o ciudadanos un poder *implícito* de hacer y/o no hacer algo. Suelen ir acompañados de un mandato a los poderes públicos, mandato que debe ser entendido como una garantía para el ejercicio del derecho. Así, el mandato de regulación por ley del derecho no debe entenderse como una desconstitucionalización del mismo, sino como una garantía (reserva de ley), pues no tiene sentido mencionar algo en la Constitución para desconstitucionalizarlo. Un ejemplo son los supuestos de las letras a), b) y c) del artículo 105 CE. "La ley regulará": la *audiencia* de los ciudadanos en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten; el *acceso* de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos; la *audiencia* del interesado en el procedimiento administrativo.

En otros supuestos ese poder implícito consiste en participar: la participación de los ciudadanos "en la vida política, económica, cultural y social" (art. 9.2 CE); de la juventud "en el desarrollo político, social, económico y cultural" (art. 48 CE); de los interesados "en la Seguridad Social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecte directamente a la calidad de vida o al bienestar general" (art. 129.1 CE); de los trabajadores en la empresa (art. 129.2 CE).

A veces ese poder implícito consiste en formas específicas de participación, como la audiencia del art. 105 a) CE, o la de las organizaciones de consumidores y usuarios (art. 51. 2 CE), como la iniciativa legislativa popular (art. 87.3 CE), o el referéndum consultivo (art. 92 CE). Estas dos últimas formas han sido incluidas por el Tribunal Constitucional en el derecho a participar en los asuntos públicos del artículo 23.1 CE (STC 119/1995).

5. REGLA CUATRO: ALLÍ DONDE HAY UN DEBER HACIA UN PARTICULAR, HAY UN CORRELATIVO DERECHO DE ÉSTE

Dentro de las modalidades de derecho subjetivo, Hohfeld incluye la pretensión (*claim*), o derecho subjetivo "en sentido limitado y propio"⁶³. El derecho de

⁶³ W. HOHFELD, *Conceptos jurídicos fundamentales*, cit., p. 53.

uno implica el correlativo deber de otro, de modo que: “si X tiene el derecho de excluir a Y de un inmueble del primero, la situación correlativa (y equivalente) es que Y tiene frente a X el deber de permanecer fuera de aquel lugar”⁶⁴.

De hecho, cuando el derecho consiste en un permiso o facultad, o en un conjunto de permisos o facultades, entraña también la obligación por parte de los otros (particulares y poderes públicos) de no impedir ni dificultar el libre ejercicio del derecho. Hay que tener presente que el significado de un enunciado normativo no es asertivo sino prescriptivo⁶⁵. Cuando el texto de la Constitución (o de una “declaración” internacional de derechos) dice: “se reconoce el derecho”, su significado es “se debe reconocer”, es decir, “es obligatorio que se reconozca”. La cuestión no es meramente lingüística. En ocasiones, se ha realizado una lectura en clave asertiva o indicativa de enunciados normativos (prescriptivos) y se ha deducido que los términos “se reconoce”, “se garantiza”, referidos a derechos constitucionales, hacen referencia a derechos preexistentes al Estado y a la Constitución misma: ésta “reconoce” un derecho preexistente. Pero el artículo 43.1 CE dispone que: “Se reconoce el derecho a la protección de la salud”. ¿También estaríamos dispuestos a admitir que este derecho de carácter prestacional es anterior al Estado? No se puede realizar una lectura indicativa de enunciados prescriptivos.

Precisamente, del carácter prescriptivo de las normas que reconocen derechos se puede deducir que, con carácter general, todos los derechos fundamentales vinculen de forma negativa a los poderes públicos y a los particulares (deben abstenerse de dificultar o impedir el ejercicio del derecho) y, además, de forma positiva a los poderes públicos, que deben protegerlos⁶⁶. Esta última vinculación positiva se ve claramente en expresiones como “se garantiza”, es decir, “es obligatorio que se garantice”.

La correlación entre el deber u obligación de uno y el derecho de otro es explicada por García Máyne⁶⁷ mediante la lógica relacional, distinguiendo relaciones entre dos personas (x e y) a través de los conceptos de deber u

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Sobre los actos de habla y su tipología, véase: J. SEARLE, *Actos de habla. Ensayo de filosofía del lenguaje*. Traducción de L. M. Valdés Villanueva, Editorial Planeta-De Agostini, Barcelona, 1994.

⁶⁶ Sobre la doble vinculación de los derechos fundamentales, véase: J. C. GAVARA DE CARA, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 20, 2007, pp. 277-320.

⁶⁷ E. GARCÍA MÁYNEZ, *Lógica del juicio jurídico*, Fondo de Cultura Económica, México, 1955, pp. 46-47.

obligación (que designaremos como *O*) y de facultad o derecho (que designaremos como *D*). La relación se explica así: $xOy \leftrightarrow yDx$. Es decir, “si y solo si ‘*x*’ tiene un deber (u obligación) respecto de ‘*y*’, entonces ‘*y*’ tiene un derecho o facultad respecto de ‘*x*’”.

Podemos establecer la regla R4: $(Py \wedge Ry) \wedge Rx \wedge yOx \rightarrow xDy$.

Es decir, “Si ‘*y*’ es un poder público [*Py*] o es un particular [*Ry*], y ‘*x*’ es un particular [*Rx*] e ‘*y*’ tiene una obligación (constitucional) hacia ‘*x*’ [*yOx*], entonces ‘*x*’ tiene un derecho (fundamental) contra ‘*y*’ [*xDy*]”.

La relación entre derecho y deber es recíproca. Del derecho de uno (un particular) nace el deber de otro (un poder público o un particular) y viceversa. Por tanto, basta con identificar, en el texto constitucional, obligaciones de los poderes públicos y/o de los particulares *hacia* particulares, para deducir de ahí un derecho *reflejo*⁶⁸.

Hay que matizar que no siempre un deber u obligación implica un correlativo derecho. Por ejemplo, un deber de un particular respecto del Estado (como el deber de pagar tributos) no conlleva, en sentido propio, un derecho de este último respecto de aquél. Por ello hemos circunscrito la regla a supuestos de deberes de los poderes públicos y/o de los particulares *hacia* particulares⁶⁹.

En todos los supuestos de obligaciones positivas impuestas por la Constitución a los poderes públicos, los particulares también tienen un deber, el deber negativo (pues consiste en una omisión) de abstenerse de interferir o de impedir el ejercicio del correlativo derecho contra el Estado.

No hemos hallado en el texto constitucional muchos supuestos explícitos de obligaciones positivas de unos particulares hacia otros. Un ejemplo lo encontramos en el artículo 39.3 CE: “Los padres *deben* prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en los que legalmente proceda”. De este deber de los padres se infiere el correlativo derecho de los hijos.

⁶⁸ En efecto, respecto de estos casos, dice Kelsen que: “Si se designa la relación de un individuo, que se encuentra obligado con respecto de otro a determinada conducta, como “derecho”, entonces ese derecho no es sino un reflejo de esa obligación” –H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, traducción de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 140.

⁶⁹ Para un análisis de la relación entre el “derecho contra” y la correlativa “obligación hacia” véase: M. J. ZIMMERMAN, *The Concept of Moral Obligation*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996, pp. 176-180.

Sin embargo, son mucho más frecuentes los supuestos de obligaciones impuestas con carácter genérico (aunque sus principales sujetos obligados son los poderes públicos), o como expresos mandatos a estos últimos.

Ejemplos en la Constitución española son: “Los españoles son [es decir, deben ser] iguales ante la ley (...)” (art. 14 CE). Este precepto establece una obligación positiva dirigida a los poderes públicos, especialmente los poderes ejecutivo y judicial, en relación con los particulares, y, por consiguiente, un derecho correlativo de éstos. Incluso un enunciado aparentemente anodino como el del artículo 5 CE –“La capital del Estado es [debe ser] la villa de Madrid”– daría derecho, en caso de incumplimiento, a los vecinos de dicha ciudad, a reclamar ante los tribunales la capitalidad. Otros supuestos son: art. 17.2 CE: “El detenido deberá ser puesto en libertad...”; art. 17. 3: “Toda persona detenida deberá ser informada (...)”; art. 18.2: “el domicilio es inviolable”; art. 27.4: “la enseñanza básica es obligatoria y gratuita” (art. 27.4); en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, “la justicia será gratuita (...) (art. 119 CE); las actuaciones judiciales serán públicas (...) (art. 120.1); “el procedimiento será predominantemente oral” (art. 120.2); “las sentencias serán siempre motivadas y se pronunciarán en audiencia pública” (art. 120.3). Todas estas obligaciones van dirigidas a los poderes públicos, son mandatos *implícitos* a los poderes públicos.

Pero también hay en la Constitución mandatos *explícitos* a los poderes públicos, incluidos muchos de ellos dentro del Capítulo III del Título I, sobre “Los principios rectores de política social y económica”. Al menos algunos de estos mandatos pueden ser interpretados como *deberes* de los poderes públicos *hacia* los ciudadanos o particulares, deberes de los que dimanar auténticos derechos constitucionales, y por tanto, derechos fundamentales, que consisten en la pretensión de exigir que los poderes públicos hagan algo (lo que estipule el precepto constitucional) para proteger a –o en beneficio de– determinadas personas o grupos de personas.

Cuando la Constitución establece mandatos explícitos a los poderes públicos en general, o al legislador, en relación con derechos fundamentales ya identificados en virtud de reglas anteriores, puede entenderse que tales mandatos entrañan obligaciones por parte de los poderes públicos, y forman parte de las garantías o incluso del contenido de los derechos⁷⁰.

⁷⁰ En este sentido, G. ESCOBAR ROCA, “Presupuestos estructurales”, cit., 306. Sin embargo, no siempre el TC ha interpretado tales mandatos como formando parte del contenido,

Ejemplos de estos supuestos son los artículos: 13.4 (“la ley establecerá” en relación con el derecho de asilo); 16.3 (obligaciones de los poderes públicos en relación con la libertad religiosa); 17.4 (la ley regulará (en relación con el procedimiento de *habeas corpus*); 17.4 (“por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional”); 18.4 (“la ley limitará el uso de la informática para garantizar (...)”⁷¹); 18.3: (la ley “garantizará el acceso a dichos medios (medios de comunicación social públicos) de los grupos sociales y políticos significativos”, en relación con las libertades de expresión y de información); 32.2 CE: (“la ley regulará”, en relación con el derecho a contraer matrimonio); 30.2 (la ley regulará la objeción de conciencia...). Otros ejemplos de mandatos a los poderes públicos que van referidos a derechos fundamentales ya previamente identificados en la Constitución de acuerdo con otras reglas interpretativas son los contenidos en los artículos 27, 43, 44, 45 y 47. También los mandatos relacionados con poderes *implícitos* reconocidos a los particulares en los artículos 9.2 (en relación con la libertad e igualdad efectivas y con la participación), 48 (en relación con el derecho a la participación de la juventud), 51.2 (en relación con los derechos de los consumidores y usuarios), 87.3 (en relación con el derecho participación mediante iniciativa legislativa popular), 92 (en relación con el derecho de participación en el referéndum consultivo), 105 (letras a, b y c), 129.1 (en relación con el derecho de participación de los interesados en la Seguridad Social y en los organismos públicos) y 129.2 (en relación con el derecho de los trabajadores a participar en la empresa).

Más dificultades se plantean cuando la Constitución establece mandatos a los poderes públicos en enunciados en los que no se han identificado derechos con arreglo a reglas anteriores. Los principales obligados por tales mandatos son los poderes legislativos del Estado y/o de las Comunidades autónomas⁷², de acuerdo con el sistema constitucional de reparto de competencias; y en segundo lugar, los poderes ejecutivos de los distintos entes territoriales, según sus competencias y atribuciones.

Podríamos entender que dichos mandatos a los poderes públicos, *en relación con particulares o en beneficio de particulares*, cuando no son mandatos excesivamente genéricos (como el del primer enunciado del art. 40.1 CE), son

o de las garantías del derecho. Así, el TC no considera como derecho fundamental las ayudas a los centros docentes (STC 86/1985, de 10 de julio, FJ. 3).

⁷¹ En este precepto el TC ha visto un derecho: STC 254/1993, de 20 de julio, FJ 6.

⁷² En este sentido, J. R. COSSÍO DÍAZ, *Estado social y derechos de prestación*, cit., p. 270.

deberes de los poderes públicos hacia los particulares e implican, en consecuencia, correspondientes derechos constitucionales de éstos. Pero, al menos en relación con los mandatos contenidos en el Capítulo III, esta interpretación choca con el artículo 53.3 CE, que impide que los mandatos (principios rectores) puedan ser alegados directamente ante los tribunales, sin ley de desarrollo, como derechos constitucionales.

Para salvar este escollo, otra opción es entender, como hemos hecho al interpretar el artículo 53.3 CE, que los mandatos a los poderes públicos del Capítulo III, cuando tienen por finalidad hacer efectivos o garantizar derechos de los ciudadanos (es decir, son mandatos en relación con particulares o en beneficio de particulares), aunque no son en sí mismos derechos, *presuponen la existencia del derecho constitucional que tratan de hacer efectivo*. Dicho derecho (normalmente de prestación) es mencionado en la Constitución, aunque no se utilice explícitamente la palabra derecho (es un derecho implícito). Estos derechos podríamos incluirlos también en la Regla R3, aunque, al tener un carácter prestacional, no consisten en un derecho a *hacer*, sino a que otros (los poderes públicos) *hagan*⁷³. El *poder* que reconocen es el de exigir que otros hagan.

Aunque habría que examinarlo caso por caso, podemos poner algunos ejemplos. El art. 39.2 CE dispone que: “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”. Aquí podríamos reconocer un derecho a “la investigación de la paternidad”. Respecto del mismo, la ley tiene la obligación de facilitar tal investigación. El art 40.2 CE establece que los poderes públicos “velarán por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizarán el descanso necesario, mediante la limitación de la jornada laboral, las vacaciones periódicas retribuidas y la promoción de centros adecuados”. Aquí los derechos constitucionales que se pretenden garantizar son la seguridad e higiene en el trabajo y el descanso laboral. Aunque el artículo 41 se ha entendido por el TC como una garantía institucional, en él es identificable un derecho de

⁷³ Alexy incluye los derechos de prestación en sentido estricto dentro de la categoría más amplia de derechos a acciones positivas del Estado, que incluye también los derechos a protección y los derechos a organización y procedimiento –R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, cit., pp. 419 y ss-. Para Alexy, “los derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que –si el individuo poseyera medios financieros suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente– podría obtenerlo también de particulares. Cuando se habla de derechos sociales fundamentales, por ejemplo, del derecho a la previsión, al trabajo, la vivienda y la educación, se hace primariamente referencia a derechos a prestaciones en sentido estricto” (cit., p. 482).

los ciudadanos a “la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, especialmente en caso de desempleo”, que los poderes públicos deben garantizar manteniendo un “régimen público de Seguridad Social”. En el artículo 49 puede verse un derecho de “los disminuidos físicos, psíquicos y sensoriales” a la “atención especializada que requieran”, la cual deberá ser prestada por los poderes públicos, así como a su “tratamiento, rehabilitación e integración”. En el artículo 50 se identifica un derecho a “la suficiencia económica” de los ciudadanos durante la tercera edad, que “los poderes públicos garantizarán, mediante pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas”. En el artículo 51.1 CE es identificable un derecho de los consumidores y usuarios a su defensa, que debe ser garantizado por los poderes públicos.

Fuera del Capítulo III, el artículo 129 CE dispone que los poderes públicos “también establecerán los medios que faciliten el acceso de los trabajadores a la propiedad de los medios de producción”. Si se observa, aquí se trata de un derecho ya previamente reconocido por la Constitución: la propiedad (art. 33.1 CE), solo que sobre un bien concreto: “los medios de producción”. Sin embargo, el artículo 129.2 CE obliga a los poderes públicos (incluyendo al legislador) *hacia* los trabajadores, y por tanto, reconoce un correlativo derecho (fundamental) de éstos *contra* los poderes públicos competentes, a que establezcan los medios que les faciliten el acceso a ese tipo de propiedad⁷⁴.

Salvo lo que hemos señalado más arriba, sobre las dificultades, en defecto de ley reguladora, de la tutela judicial efectiva de los derechos de prestación, o de configuración legal en general, no es objeto de este estudio la exigibilidad de tales derechos en caso de incumplimiento de los correlativos deberes constitucionales por omisión del poder legislativo o del poder ejecutivo⁷⁵.

⁷⁴ Sobre este último enunciado del artículo 129 CE, véase: A. COLOMER VIADEL, “Regulación constitucional de la participación de los trabajadores en la economía y en la empresa”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 100, 2017, pp. 831-848, esp., pp. 842 y ss.

⁷⁵ Sobre este asunto, véase: M. GÓMEZ PUENTE, *La inactividad del legislador: una realidad susceptible de control*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*, McGraw-Hill, Madrid, 1997; J. J. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *La inconstitucionalidad por omisión*. Civitas, Madrid, 1998; J. C. GAVARA DE CARA, “La vinculación positiva de los poderes públicos a los derechos fundamentales”, cit., p. 280 y ss.; G. ESCOBAR ROCA, “Presupuestos estructurales”, cit., pp. 693-711.

6. REGLA DERIVADA 4.1: LA DEDUCCIÓN DE UN DERECHO A PARTIR DE UNA PROHIBICIÓN

La regla R4 es perfectamente aplicable a las prohibiciones constitucionales. Esto es así porque la prohibición de hacer algo es equivalente a la obligación de no hacerlo, lo cual se puede expresar del siguiente modo: $Vp \leftrightarrow O \sim P$. Es decir, p está vetado (prohibido) si y solo si es obligatorio no p .

La regla R4 puede ser reformulada para las prohibiciones del siguiente modo:

$$\text{RD 4.1: } (Py \text{ w } Ry) \wedge Rx \wedge yOx (y (\sim p)) \rightarrow xDy (y (\sim p)).$$

Es decir, “Si ‘ y ’ es un poder público [Py] o un particular [Ry], y ‘ x ’ es un particular [Rx] e ‘ y ’ está obligado frente a ‘ x ’ a que ‘ y ’ no haga ‘ p ’ [$yOx (y (\sim p))$], entonces ‘ x ’ tiene el derecho frente a ‘ y ’ a que ‘ y ’ no haga ‘ p ’ [$xDy (y (\sim p))$].”

Son numerosas las prohibiciones constitucionales de las que se deducen derechos fundamentales. Por ejemplo, tienen significado de prohibiciones de las que se deducen derechos las expresiones contenidas en los siguientes preceptos: 11.2 CE (prohibición de privación de nacionalidad a los españoles de origen); 14 (prohibición de discriminación); art. 15 (prohibición de tortura y de penas o tratos inhumanos o degradantes); 15 (prohibición de la pena de muerte); 16.2 (prohibición de ser obligado a declarar sobre la ideología, religión o creencias); 16.3 (prohibición del carácter confesional del Estado); 17.1 (prohibición de privación de libertad); 17.2 (prohibición de duración de la detención preventiva más allá de lo indicado en el precepto); 18.2 (prohibición de entrada o registro en domicilio); 19, último inciso (prohibición de limitar por motivos ideológicos o políticos el derecho a entrar y salir libremente de España); 20.2 (prohibición de censura previa); 20.5, *a contrario sensu* (prohibición de secuestro administrativo de publicaciones); 21.2, respecto de la prohibición de reuniones, *a contrario sensu*; 22.2 (prohibición de asociaciones que persigan fines o utilizan medios tipificados como delitos); 22.4, *a contrario sensu* (prohibición de suspensión o de disolución administrativa de asociaciones); 22.5 (prohibición de las asociaciones secretas y de carácter paramilitar); 25.1 (principio de legalidad penal); art. 25.2 (prohibición de trabajos forzados); 25.3 (prohibición a la administración civil de imponer sanciones que impliquen privación de libertad); 26 (prohibición de los tribunales de honor); art. 31.3 (prohibición de establecer prestaciones personales

o patrimoniales de carácter público por normas de rango inferior a la ley); 33.3 (prohibición de privación de bienes y derechos, salvo que se reúnan los requisitos previstos en el precepto); y 117.6 (prohibición de los tribunales de excepción).

7. CONCLUSIONES

En este estudio hemos pretendido, más que identificar todos y cada uno de los derechos fundamentales existentes en la Constitución española, ofrecer unas pocas reglas interpretativas que permitan contribuir a su identificación, mostrando numerosos ejemplos de aplicación de cada regla.

Lo primero era, pues, fijar un concepto formal de derecho fundamental. Así, mediante la primera regla interpretativa (R1) hemos establecido una ecuación entre derecho constitucional y derecho fundamental.

A partir de ese momento sólo quedaba identificar los derechos fundamentales en la Constitución española. La identificación de los derechos fundamentales es una cuestión lógicamente previa a la de su clasificación, o al examen de sus garantías. En cambio, en gran parte de la doctrina se ha partido del sistema de garantías diseñado en la Constitución, en especial en el artículo 53, para determinar si algo es un derecho fundamental o no. Esta subversión del orden lógico de las cuestiones sobre derechos fundamentales conduce a conclusiones contradictorias con la regla R1, como la afirmación de que existen derechos constitucionales no fundamentales. La identificación de los derechos fundamentales es incluso previa al examen de otros aspectos como su naturaleza jurídica, titularidad, contenido y límites.

Para proceder a dicha identificación, hemos partido de la regla interpretativa R2, que viene a decir que “si la Constitución califica algo como derecho, entonces es un derecho constitucional”, y por tanto, conforme a la regla R1, fundamental. La regla R2, basada en una interpretación literal de los términos usados por la Constitución, es una base sólida para identificar derechos fundamentales a lo largo de todo el texto constitucional, no sólo en el Capítulo II del Título I, sino también en los Capítulos I y III, e incluso fuera del Título I. Cualquier enunciado constitucional que aparentemente se oponga a esta regla debe ser interpretado conforme a la misma.

En concreto, se ha argumentado que no existen derechos fundamentales en el Capítulo III del Título I, sobre los “principios rectores de la política

social y económica”, en contra de la evidente expresión literal de algunos de los enunciados de ese capítulo, y en base a determinada interpretación de los enunciados de los artículos 53.1 y 53.3 CE. Así, se ha sostenido que solo los derechos del Capítulo II disponen de un contenido esencial que el legislador debe respetar, y, por tanto, sólo esos derechos son fundamentales. Pero esta interpretación del artículo 53.1 CE entra en abierta contradicción con las reglas interpretativas R1 y R2. Por el contrario, hemos sostenido, en base a argumentos que no es preciso reproducir ahora, que el contenido esencial de un derecho es lo mismo que su contenido constitucional, y que, por tanto, todos los derechos constitucionales poseen un contenido esencial a respetar por el legislador, sea cual sea su ubicación en el texto de la Constitución.

Hemos interpretado de forma restrictiva el obstáculo que representa el artículo 53.3 CE, en concreto el enunciado que dice que los principios reconocidos en el Capítulo III “sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen”. Tal precepto debe aplicarse solo a los principios rectores (mandatos a los poderes públicos), pero no a los derechos reconocidos literalmente en dicho Capítulo. De este modo, hemos removido los obstáculos que representan algunas interpretaciones de los artículos 53.1 y 53.3 CE para afirmar la existencia de derechos fundamentales en el Capítulo III, y en general, fuera del Capítulo II del Título I.

Pero las reglas R1 y R2, aunque importantes, no son suficientes para identificar todos los posibles derechos fundamentales del texto constitucional. Era preciso aportar otras reglas. Para ello nos hemos basado en la lógica jurídica y en el concepto de derecho subjetivo.

La regla R3 se basa en el concepto de permisión, como poder de hacer o no hacer algo, que se contrapone, en lógica deóntica, a la prohibición de hacer o no hacer algo. Las normas que atribuyen derechos se incluyen dentro de las normas permisivas. Así pues, si hay una norma constitucional que atribuye, de forma explícita o implícita, un poder o facultad a un particular entonces le está atribuyendo un derecho. Esto viene a decir la regla R3, que nos ha permitido identificar otros derechos fundamentales a lo largo del texto constitucional.

Para la regla interpretativa R4 (la regla R4.1 no es más que una derivación de la regla R4, aplicada a las prohibiciones), hemos partido de la correlación lógica entre derechos y deberes, de modo que, si existe en el texto cons-

titucional un deber hacia un particular (ya sea un deber de un poder público o de otros particulares), allí existe un derecho fundamental.

En este sentido, los mandatos explícitos a los poderes públicos en relación con los particulares (o en beneficio de particulares), cuando no son excesivamente genéricos, pueden ser interpretados como deberes de los poderes públicos hacia los particulares, y, en consecuencia, presuponen correlativos derechos de éstos. De este modo, se da la vuelta a la interpretación habitual de los “principios rectores” del Capítulo III, según la cual la calificación de algo como “principio rector” (usualmente un mandato a los poderes públicos) se ha usado para negar la existencia un derecho subjetivo y no para reconocer un derecho fundamental preexistente que el mandato a los poderes públicos pretende hacer efectivo.

En definitiva, de acuerdo con las reglas que hemos visto, hay derechos fundamentales no sólo en el Capítulo II del Título I de la Constitución, sino también en el Capítulo III, en el Capítulo I, e incluso fuera del Título I. Como hemos dicho, el carácter fundamental de los derechos identificados tiene importantes consecuencias normativas: vinculan a todos los poderes públicos, incluidos el legislador y el poder judicial. En teoría, todos ellos pueden ser alegados directamente ante los tribunales, pero los derechos de configuración legal, para su efectividad, precisan de desarrollo legislativo.

Las reglas interpretativas seleccionadas en este trabajo tienen especial importancia para identificar derechos sociales de carácter fundamental sin necesidad de proceder a reformar la Constitución, salvo que el objeto de la reforma sea mejorar su nivel de protección constitucional. Aunque las hemos aplicado solamente al texto de la Constitución, las referidas reglas de identificación de derechos, en especial las reglas R2, R3, R4 y R4.1 pueden ser aplicadas a cualquier texto constitucional, legislativo o convencional.

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS
Universidad de Cádiz
Facultad de Derecho
Campus Universitario de Jerez
Avda. de la Universidad, núm. 4,
11406, Jerez de la Frontera, Cádiz.
e-mail: antonio.ibaniez@uca.es

**LOS DELITOS
CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DE MENORES
COMETIDOS POR MIEMBROS DE CONFESIONES RELIGIOSAS**

*CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM OF MINORS COMMITTED BY
MEMBERS OF RELIGIOUS CONFESSIONS*

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS
Universidad de Valladolid

Fecha de recepción: 22-3-19
Fecha de aceptación: 17-12-19

Resumen: *Estudiamos la responsabilidad que surge de la comisión de delitos contra la libertad sexual, en especial de menores, por miembros de Confesiones religiosas, tanto en el ordenamiento del Estado como en el ordenamiento confesional –centrándonos en el canónico–, que es el que tiene un marco jurídico completamente definido, poniendo de manifiesto los límites a la autonomía de las confesiones religiosas a la hora de poder llegar a depurar las responsabilidades, tanto canónicas, como seculares, por los actos ilícitos cometidos por los clérigos o similares, de modo que se impida que esa autonomía de las confesiones religiosas se pervierta y se constituya en un obstáculo al castigo de los culpables. Para ello es necesario profundizar en la colaboración entre los ordenamientos seculares y los confesionales.*

Abstract: *We study the responsibility that arises from the commission of crimes against sexual freedom, especially of minors, by members of religious Confessions, both in the order of the State and in the confessional order –centering us in the canonical–, which is the one that has a framework a completely defined juridical law, highlighting the limits to the autonomy of religious confessions when it comes to purging responsibilities, both canonical and secular, for unlawful acts committed by clerics or the like, in a way that prevents that autonomy of religious confessions is perverted and constitutes an obstacle to the punishment of the guilty. For this, it is necessary to deepen the collaboration between secular and confessional orders.*

Palabras claves: delitos, libertad sexual, confesión, límites autonomía interna
Keywords: crimes, sexual freedom, confession, limits internal autonomy

1. PLANTEAMIENTO GENERAL

El hilo conductor de este trabajo, respecto a los delitos cometidos en materia de libertad sexual, por miembros de Confesiones religiosas (Confesiones), que pretendan servir de cauce a las convicciones personales o de conciencia del individuo, se sitúa en analizar la cuestión desde la perspectiva de los límites a la autonomía interna de que gozan las confesiones, así como la colaboración entre el mundo religioso y el civil con el objetivo de sancionar a los culpables y que se haga justicia. Queremos aclarar que no se pretende realizar un estudio de Derecho penal, sino que éste es mero instrumento de comprobación del estado de la protección del derecho de libertad sexual en la legislación. Estos delitos execrables han generado daño y dolor, tanto en las personas atacadas como en su entorno más cercano –familias–, entorno al que se acercaron, generando lazos de confianza, sacerdotes católicos y asimilados de otras confesiones, catequistas, profesores, etc. Los escándalos sexuales del clero católico en diversos países –Alemania¹, Australia²,

¹ Vid. sobre Alemania: U. BROCKHAUS – M. KOLSHORN, Die Ursachen sexueller Gewalt, en C. MANN Y R. WIPPLINGER (eds.), *Sexueller Mißbrauch. Überblick zu Forschung, Beratung und Therapie*, Tubinga 1998, S.89-105. R. DECKERS, *Verteidigung in Verfahren wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern*, NJW München, 1996. K. LAUBENTHAL, *Handbuch Sexualstrafaten. Die Delikte gegen die sexuelle Selbstbestimmung*, Springer, 2012, 425 S. T. FISCHER, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze. Straftaten gegen die körperliche Unversehrtheit*. 57. Aufl. Beck, München, 2010, S 1463–1512. M. PARZELLER, R. DETTMAYER, H. BRATZKE, B. ZEDLER, Körperliche Misshandlung und sexueller Mißbrauch von Kindern und Jugendlichen –Rechtliche Vorgaben im Zivil- und Sozialrecht. *Rechtsmedizin* 20, 2010, S.155-166. M. PARZELLER, R. DETTMAYER, H. BRATZKE, B. ZEDLER, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und gegen die persönliche Freiheit von Kindern und Jugendlichen, 2010, S.188-199. Disponible en: <https://link.springer.com/content/pdf/10.1007/s00194-010-0671-7.pdf> (última consulta 28.11.2019). W. PFISTER, Aus der Rechtsprechung des BGH zu materiellrechtlichen Fragen des Sexualstrafrechts 2017/2018-3. Teil Hinweis zum Aufsatz von Wolfgang Pfister In: *Neue Zeitschrift für Strafrecht* 23, 2018, 12, S. 361-364. J. RATZINGER, “Stellungnahme”, *Stimmen der Zeit* 124, 1999. Sexueller Mißbrauch an Minderjährigen durch katholische Priester, Diakone und männliche Ordensangehörige im Bereich der Deutschen Bischofskonferenz, Mannheim, Heidelberg, Gießen, 24. September 2018, S. 356. G. WOLTERS, Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung. In: Satzger H, Schmitt B, Widmaier G (Hrsg) *Strafgesetzbuch Kommentar*. Heymanns, Köln, 2009.

² Vid. sobre Australia: Australian Catholic Bishops Conference and Catholic Religious Australia, “Towards Healing. Principles and Procedures in Responding to Complaints of Abuse against Personnel of the Catholic Church in Australia”. Disponible en: <https://www.catholic.org.au/professional-standards/towards-healing> y en <https://ncps.org.au/public/public/41-towards-healing/file> (última visita 26.11.2019). “A guide to the Church’s response to child sexual abuse”. Disponible en: <https://www.catholic.org.au/responseandprevention> (última visita 26.11.2019). BBC

España, Estados Unidos³, Irlanda⁴, entre otros-, han provocado una alarma social y han propiciado un cambio de actitud en la Iglesia católica (IC).

News, Australian archbishop Philip Wilson guilty of concealing child sex abuses. Disponible en: <https://www.bbc.com/news/world-australia-44205985> (última visita 26.11.2019). BBC News, "Más de 4 000 víctimas y cientos de curas involucrados: la enorme magnitud de los abusos sexuales a menores dentro de la Iglesia católica en Australia". Disponible en: <http://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38887798> (última visita 26.11.2019). Final Report. Volume 16. Religious Institutions. Book 2, Commonwealth of Australia 2017. Disponible en: <https://www.childabuseroyalcommission.gov.au/final-report> (última visita 26.11.2019). Child Sexual Abuse in the Catholic Church: An Interpretive Review of the Literature and Public Inquiry Reports Desmond Cahill Peter Wilkinson Centre for Global Research School of Global, Urban and Social Studies RMIT UNIVERSITY, MELBOURNE August 2017, 384 pp. Disponible en:

http://www.bishop-accountability.org/reports/2017_09_12_Cahill_and_Wilkinson_RMIT_Child_Sexual_Abuse.pdf

(última visita 28.11.2019). A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, "La responsabilidad penal del clero en casos de abusos: una aproximación a la cuestión en Australia, Chile y Estados Unidos", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 50, 2019, 18 pp. N. FOSTER, "The Bathurst Diocese Decision in Australia and its Implications for the Civil Liability of Churches", *Ecclesiastical Law Journal*, vol. 1, 2017, pp.14-34.

³ Vid. sobre Estados Unidos: D.E. DE COSSE, "Freedom of the press and catholic social thought: reflections on the sexual abuse scandal in the Catholic Church in the United States", *Theological Studies*, vol. 68, 2007, pp.865-899. J. BERNAL, "Las 'Essential Norms' de la Conferencia Episcopal de los Estados Unidos sobre abusos sexuales cometidos por clérigos. Intento de solución de una crisis", *Ius canonicum*, vol. 47, núm. 94, 2007, pp. 685-723. K.E. BOCCAFOLA, "Le norme penali degli USA e la loro applicazione", en D. CITO (a cura di), *Processo penale e tutela dei diritti nell'ordinamento canonico*, Milano 2005. J.P. KIMES, "Le Essential Norms della Conferenza Episcopale degli Stati Uniti d'America", *Corso intensivo sui delitti riservati alla Congregazione per la Dottrina della Fede*, PUU, 24-25 de Marzo de 2014. A. LÓPEZ-SIDRO LÓPEZ, "La responsabilidad penal del clero en casos de abusos: una aproximación a la cuestión en Australia, Chile y Estados Unidos", *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 50, 2019, Disponible en: https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=421560 (última visita 28.11.2019). NATIONAL REVIEW BOARD, A report on the Crisis in the Catholic Church in the United States, Washington D. C. 2004. The Causes and Context of Sexual Abuse of Minors by Catholic Priests in the United States, 1950-2010 A Report Presented to the United States Conference of Catholic Bishops by the John Jay College Research Team.

⁴ Vid. algunas aportaciones doctrinales sobre Irlanda: 26.11.2019). BENEDICTO XVI, Carta Pastoral a los católicos de Irlanda de 19 de marzo de 2010. Goode H., McGee H., O'Boyle, C. Time to Listen: Confronting Child Sexual Abuse by Catholic Clergy in Ireland. Dublin: The Liffey Press, 2003. Residential Institutions Redress Board' (Junta de Instituciones Residenciales para la Reparación) Disponible en: <http://www.rirb.ie> (última visita 26.11.2019). BBC Mundo Disponible en: http://news.bbc.co.uk/hi/spanish/international/newsid_4376000/4376940.stm BBC (última visita 26.11.2019). TERRY, Karen J. 2015. Child sexual abuse within the Catholic Church: A review of global perspectives, *International Journal of Comparative and Applied Criminal Justice*, núm. 39, vol. 2, 2015. VV.AA. Adult adjustment of survivors of institutional child abuse in Ireland, *Child Abuse and Neglect*, vol. 34, 2010.

Recientemente ha sido noticia que la Compañía de Jesús, conocidos como Jesuitas, han sido los primeros que se han comprometido a investigar en su seno los casos habidos desde 1960, de abusos a menores en sus colegios⁵ y de nuevo aparecen otros casos de abusos sexuales como el de la abadía de Monserrat⁶. La condena del Vaticano a un sacerdote a cinco años de cárcel por posesión de pornografía infantil⁷ y la condena del cardenal George Pell⁸ a seis años de prisión por pederastia⁹. El cambio de actitud de la IC se ve en la declaración de culpabilidad de la CDF del ex cardenal McCarrick por sollicitación y violaciones del Sexto Mandamiento del Decálogo con menores y adultos, con el agravante de abuso de poder, habiendo reconocido el Papa el carácter definitivo de esta decisión¹⁰. Se ha celebrado el Encuentro “La Protección de los menores en la Iglesia”, de los días 21 a 24 de febrero de 2019 en el Vaticano, con los presidentes de las Conferencias episcopales (CCEE) del mundo. El día 21 el Papa se reunió con los presidentes de las CCEE y ha habido reuniones con víctimas de pederastia. El punto de partida lo fijó el Papa con veintiún puntos¹¹ sobre los que reflexionar, quien señaló el día 24 que la Iglesia se centrará en una serie de dimensiones¹² para continuar los trabajos. Hay campo de estudio más allá de las confesiones tradicionales, porque las personas buscan respuestas de conciencia, en grupos cada vez más diversos y con conexiones no solo religiosas, sino también filosóficas, éticas, ideológicas, etc. Pero nuestro estudio se circunscribe a los delitos cometidos por personas físicas y jurídicas en el ámbito de las Confesiones. Tamayo se plantea lo difícil que resulta pensar que el Vaticano y demás autoridades

⁵ Vid. de: https://elpais.com/sociedad/2018/12/13/actualidad/1544707856_523062.html (última visita 14.12.2018).

⁶ Vid. en https://elpais.com/elpais/2019/01/27/opinion/1548606273_445902.html (última visita 30.01.2019).

⁷ Vid. en: https://elpais.com/internacional/2018/06/23/actualidad/1529776672_910200.html (última visita 14.12.2018).

⁸ Vid. en https://elpais.com/sociedad/2019/02/26/actualidad/1551167135_440678.html (última visita 26.02.2019) y en https://elpais.com/sociedad/2019/03/13/actualidad/1552437196_257656.html (última visita 13-03-2019).

⁹ Vid. en https://elpais.com/sociedad/2019/03/13/actualidad/1552437196_257656.html (última visita 18.03.2019).

¹⁰ Vid. <https://www.vaticannews.va/es/vaticano/news/2019-02/ex-cardenal-theodore-mccarrick-dimitido-estado-clerical.html> (última visita 18.02.2019).

¹¹ Vid. en: <https://www.vaticannews.va/es/papa/news/2019-02/papa-francisco-21-puntos-reflexion-proteccion-menores-vatiab.html> (última visita 25.02.2019).

¹² Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2019/february/documents/papa-francesco_20190224_incontro-protezioneminori-chiusura.html (última visita 25.02.2019).

eclesiásticas desconociesen las situaciones de comisión delitos, considerando que lo que se ha venido produciendo hasta ahora ha sido “permisividad del delito, el silencio, la falta de castigo, el encubrimiento, la complicidad y la negativa a colaborar con la justicia (...)”¹³. La pregunta que debemos hacernos es: ¿Cuáles son los límites en el Derecho español y hasta donde pueden llegar las Confesiones en el marco de su autonomía, cuando se ha cometido un delito sexual en la persona de un menor? En España, frente a los privilegios eclesiales de épocas anteriores, tras la CE¹⁴ de 1978 y en cumplimiento del principio de igualdad de su art.14, se asume que el castigo debe ser igual con independencia de quien sea el sujeto activo del delito, aunque entendemos que haya todavía un mayor reproche social si quien se prevale de su posición es un clérigo o una persona perteneciente a un grupo conectado con las convicciones de la persona.

2. CASOS JURISPRUDENCIALES SOBRE DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL EN LOS CASOS QUE INTERVIENEN CLÉRIGOS O ASIMILADOS EN DERECHO¹⁵

2.1. Jurisprudencia sobre responsabilidad penal

A través de las sentencias de AAPP y del TS, se conocen los casos relacionados con varias Confesiones y otros grupos, que son asociaciones¹⁶, en que se comenten delitos contra la libertad sexual, tanto menores como mayores de edad. IC: Hay rasgos comunes en las sentencias, tanto de víctimas mayo-

¹³ J.J. TAMAYO,, “El perverso juego de la pederastia”. Poder-violencia sobre las conciencias, poder sobre los cuerpos”, *Bajo Palabra. Revista de Filosofía*, núm. 15, 2017, p.17.

¹⁴ Los preceptos de la CE se pueden ver en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1978-31229(última consulta 12.03.2019).

¹⁵ Las sentencias han sido consultadas en las bases de datos de La Ley y Aranzadi. Vid. en: http://laleydigital.laley.es/Content/Jurisprudencia.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAEsuyLTNzA0oMlQ1TgTTaskFKXARp9Li5MQi7dQ8ba_SoszigqLSINS85MxEAKKLv2M2AAAAWKE(última visita 14.12.2018). Vid. en: <http://aranzadi.aranzadigital.es/maf/app/search/template?stnew=true&stid=jurisprudencia> (última visita 14.12.2018).

¹⁶ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, Principios, técnicas y modelos de relación entre Estado y grupos ideológicos religiosos (confesiones religiosas) y no religiosos, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época) Núm.88, abril-junio 1995, pp. 29-61. Vid. en https://scholar.google.es/scholar?hl=es&as_sdt=0%2C5&q=Principios%2C+t%3%A9nicas+y+modelos+de+relaci%C3%B3n+entre+Estado+y+grupos+ideol%C3%B3gicos+religiosos+%28confesiones+religiosas%29+y+no+religiosos&btnG=33 pp. (última visita 17.07.2018).

res como menores de edad; y, en unos casos con condena y en otros con absolución. La mayoría sentencias de las AAPP, siendo las víctimas menores, son de condena¹⁷. Como excepción una es de absolución¹⁸. Cuando las víctimas son mayores de edad, una es de condena a un sacerdote por abusos deshonestos y otra de absolución a un sacerdote de acoso sexual, abuso sexual y agresión sexual. Creo necesario destacar la importancia del respeto a la ley, a la labor de los jueces y al funcionamiento de la justicia con los correspondientes recursos (apelación, casación). Por ello, es imprescindible la defensa de la división de poderes, no siendo aceptable la injerencia política en la actuación de los jueces. Siempre será posible proponer por los cauces de la legalidad, las reformas si se considera que se no protegen adecuadamente los derechos y libertades de los ciudadanos. *Iglesia evangélica*: Se han pronunciado varias sentencias condenatorias¹⁹ de Pastores evangélicos por abusos sexuales a menores y una con condena a un líder espiritual²⁰ de Iglesia evangélica. También hay una sentencia absolutoria²¹ del Pastor evangélico. Los casos resueltos por el TS son de inadmisión²² de los recursos de casación. *Comunidad*

¹⁷ Ya sea por agresión sexual, por un delito de exhibicionismo sexual y otro delito de exhibicionismo y provocación sexual, por un delito de exhibicionismo sexual. SAP de Jaén (Sección 2ª) 30/2001, de 19 de noviembre. SAP de Madrid (Sección 1ª) 221/2003, de 6 de mayo. SAP de Barcelona (Sección 5ª) 527/2007, de 21 de julio. SAP de Navarra (Sección 1ª) 18/2010, de 1 de febrero. SAP de Soria 95/2014, de 9 de diciembre. SAP de Toledo (Sección 1ª) 115/2015, de 29 de septiembre. SAP de Las Islas Baleares (Sección 2ª) 80/2016, de 7 de julio. SAP de Cáceres (Sección 2ª) 257/2017, de 15 de septiembre. SAP de Córdoba 263/2017, de 13 de junio. SAP de Badajoz (Sección 3ª) 224/2017, de 14 de noviembre.

¹⁸ SAP de Granada 188/2017, de 11 de abril.

¹⁹ SAP de Valencia (Sección 2ª) 764/2010 condena a pastor de Iglesia evangélica por abusar sexualmente de menor de edad. SAP Asturias (Sección 8ª) 2016, de 14 de mayo de condena a Pastor protestante por abusos sexuales a menores de 13 años y prevalencia de superioridad. SAP Asturias (Sección 8ª) 2016, de 14 de mayo de condena a Pastor protestante por abusos sexuales a menores de 13 años y prevalencia de superioridad. SAP Madrid (Sección 4ª) 55/2016, de 2 de marzo de condena a Pastor protestante por abusos sexuales prevaliéndose de superioridad. SAP Álava (Sala de lo penal - Sección 2ª) 137/2019, de 3 de junio: condena a un Pastor protestante por un delito de abuso sexual a menor de 16 años, con carácter continuado, concurriendo las agravantes de reincidencia y abuso de confianza.

²⁰ SAP Barcelona (Sección 21ª) 145/2013, de 27 de abril, condena por abusos sexuales sobre menores de 13 años al líder espiritual de grupos de jóvenes de la Iglesia evangelista.

²¹ SAP Albacete (Sección 1ª) 35/2015 de 6 de febrero, en la que se absuelve al Pastor evangélico. La sentencia considera que no hubo prevalimiento pues la iniciativa del encuentro sexual la tuvo la menor, la cual ya venía manteniendo relaciones completas con el hijo del acusado desde hacía meses.

²² ATS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 1685/2011, de 10 de noviembre. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 855/2016, de 11 de diciembre.

islámica: Los casos relacionados con Imanes pertenecientes a la comunidad islámica han sido noticia en los medios de comunicación que recogen denuncias por delitos contra la libertad sexual²³ y, con arreglo a la presunción de inocencia habrá que esperar al pronunciamiento de las sentencias sobre los distintos casos. En la actualidad, la titular del Juzgado de Instrucción número 2, en funciones de guardia, ha decretado la prisión preventiva para el imán A.B. por su presunta imputación en al menos dos delitos de abusos sexuales a menores²⁴ y la Fiscalía pide 12 años de cárcel a un imán por abusar sexualmente de un menor. Los hechos ocurrieron en 2017 en una mezquita de Barcelona²⁵. *Santería*: En los casos estudiados las víctimas son tanto menores²⁶, como mayores de edad²⁷, ambos con condena. *Otros entornos de sectas o de ambiente sectario*: Incluimos dos supuestos en los que la voluntad de la víctima se doblega amparándose en la fuerza en conciencia de ciertas prácticas esotéricas, con fuerte ascendencia sobre los menores. El primero, “El círculo de la media luna”²⁸ y, el segundo, “El autor calificado como -santo-”²⁹.

²³ Se detuvo a varios imanes acusados de abusos sexuales mientras daban clases de Corán. En la mezquita de Cartagena en 2010. Se investigó a un imán de Vitoria en 2017 y se detuvo a un imán en Barcelona en 2017 y el Fiscal pide 12 años de cárcel por los hechos acaecidos en una mezquita aquel año.

²⁴ Vid en: <https://www.diariodeleon.es/articulo/sociedad/prision-iman-algar-abuso-sexual/201002190406001084863.html> (última visita 19.11.2019).

²⁵ Vid. en: https://elpais.com/sociedad/2019/09/15/actualidad/1568568598_491968.html (última visita 19.11.2019).

²⁶ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) 707/2009, de 18 de diciembre, condena, sobre un caso en que la víctima es menor de edad, al que realiza los ritos de “brujería” y “santería”, como autor de un delito de abuso sexual.

²⁷ SAP de Valencia (Sección 4ª) 157/2011, de 8 de marzo, condenó por dos delitos de agresión sexual y otros dos de abuso sexual al procesado que practica la santería cubana, siendo babalao del Oráculo de Ifa, lo que le hace tener ascendiente y respeto de los adeptos y pupilos.

²⁸ SAP Alicante (Sección 7ª) 62/2003, de 17 de diciembre, condena al autor, monitor de deportes infantil, por un delito continuado de agresión sexual, por trece delitos continuados de agresión sexual con intimidación, por cuatro delitos de agresión sexual con intimidación y, por un delito de corrupción de menores.

²⁹ SAP de las Islas Baleares 119/2010 de 22 de diciembre, condena al procesado que se presentaba socialmente como “Santo”, con capacidad de conocer y curar enfermedades de los demás o problemas psicológicos o de cualquier otro orden, por once delitos continuados de abuso sexual con penetración y prevalimiento, dos delitos de abuso sexual sobre menor de trece años con penetración y prevalimiento y un delito sexual con penetración y prevalimiento, apreciando la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

2.2. Jurisprudencia sobre la responsabilidad civil “*ex delicto*”

IC: Hay numerosas sentencias condenatorias³⁰ y algunas otras absolutorias³¹, siendo la víctima menor de edad. Y, con la víctima, mayor de edad, hay una sentencia condenatoria³² y otra absolutoria³³. Al comentar OTADUY³⁴ la SAP de Madrid (Sección 5ª) 103/2006, de 11 de octubre, reflexiona sobre la aplicabilidad de la responsabilidad civil subsidiaria del art.120 CP y concluye que ante la condena del secretario de una Vicaría como autor de un delito continuado de abusos sexuales, lo importante para la indemnización es saber si el Obispado cuenta con personalidad jurídica para poder hacerse cargo de una condena civil. Es la responsabilidad vicaria³⁵, por hechos ajenos que no admite excusa y es, por ello, objetiva. Se responde de hechos ajenos como si fueran propios, como si hubieran sido ejecutados en nuestro nombre. La responsabilidad objetiva utiliza diferente perspectiva del hecho dañoso que la subjetiva. En el caso de la responsabilidad objetiva se trata de averiguar si en relación al delito cometido ciertos sujetos han incurrido en algún error en la dirección, preparación o control del responsable penal. La responsabilidad objetiva tiende a recaer sobre aquel que puede modificar las

³⁰ Varias sentencias contienen la condena a indemnización: SAP de Jaén (Sección 2ª) 30/2001, de 19 de noviembre. SAP de Madrid (Sección 1ª) 221/2003, de 6 de mayo. SAP de Barcelona (Sección 5ª) 527/2007, de 21 de julio. El 24.2.2006, se dictó auto de aclaración de sentencia corrigiendo el error en la indemnización. SAP de Las Islas Baleares (Sección 2ª) 80/2016, de 7 de julio, la responsabilidad civil se satisfizo antes del juicio oral. SAP de Badajoz (Sección 3ª) 224/2017, de 14 de noviembre. SAP de Cáceres (Sección 2ª) 257/2017, de 15 de septiembre. SAP de Córdoba 263/2017, de 13 de junio. Otras sentencias no condenan a indemnización: SAP de Navarra (Sección 1ª) 18/2010, de 1 de febrero. SAP de Soria 95/2014, de 9 de diciembre. SAP de Toledo (Sección 1ª) 115/2015, de 29 de septiembre.

³¹ SAP de Las Islas Baleares (Sección 1ª) 9/2018, de 25 de enero. Se absuelve a un sacerdote del delito de abusos sexuales en grado de tentativa y se le condena por abusos sexuales y a indemnizar y en su defecto hará frente a la indemnización, como responsable civil subsidiario, el Arzobispado de Madrid.

³² AAP de Madrid 530/2004, de 21 de diciembre, desestima el recurso de apelación formulado por don Benedicto contra el Auto de 14 de septiembre de 2004 del Juzgado de Instrucción nº 40 de Madrid.

³³ SAP de Madrid (Sección 30ª) 8/2018, de 15 de enero.

³⁴ J. OTADUY, “Crónica jurisprudencial 2006. Derecho Eclesiástico español”, en *Ius Canonicum*, XLVII, N. 93, 2007, pp.303-304. Vid. en <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/22652/1/17.Otaduy2Cron.%28IC93%29.pdf> (última visita 31.01.2019).

³⁵ S. CAVANILLAS MÚGICA, “Responsabilidad por hechos ajenos”, en *Responsabilidad civil “ex delicto”*, Consejo General del Poder judicial, pp.103-145.

grandes cifras del riesgo cadente o accidentabilidad. Destacamos una STS³⁶ reciente sobre responsabilidad civil del centro concertado por abusos sexuales cometidos por un trabajador del centro, contra menor de edad, en suelo propiedad de orden religiosa. *Iglesia evangélica*: Varias sentencias condenan a una indemnización³⁷ al Pastor de la Iglesia evangélica. *Comunidad islámica*: Los casos son de denuncias y ya ha actuado el Ministerio Fiscal, pero todavía no hay sentencia. *Santería*: Cuando la víctima es menor encontramos varias sentencias³⁸ y cuando es mayor encontramos una sentencia³⁹. *Otros entornos de sectas o de ambiente sectario*: Incluimos supuestos en que la voluntad de la víctima se doblaba amparándose en la fuerza en conciencia de ciertas prácticas esotéricas, por la fuerte ascendencia sobre los menores que tiene dicha actividad. Los casos son “El círculo de la media luna” y El caso del autor calificado como “santo”⁴⁰.

3. LÍMITES A LA AUTONOMÍA DE LAS CONFESIONES RELIGIOSAS

Las confesiones son asociaciones, cauce e instrumento de realización y ejercicio de un derecho fundamental (por ejemplo, libertad religiosa) y el Estado mantiene doble valoración; una positiva en cuanto al derecho fundamental especial de libertad religiosa y otra no reconociéndose competente en cuanto a lo segundo (objetivos y actividades). En principio, se prohíbe la intervención de control estatal en relación con una confesión religiosa para preservar la identidad que supone la unidad de fe en aras del principio de

³⁶ STS (Sala Segunda de lo Penal) 298/2019, de 7 de junio.

³⁷ Con condena a indemnización: SAP de Valencia (Sección 2ª) 764/2010, de 25 de noviembre. SAP de Albacete (Sección 1ª) 35/2015, de 6 de febrero. SAP de Asturias (Sección 8ª) 23/2016, de 4 de mayo. SAP de Madrid SAP Madrid (Sección 4ª) 55/2016, de 2 de marzo. SAP Álava (Sala de lo penal - Sección 2ª) 137/2019, de 3 de junio.

³⁸ SAP de Santa Cruz de Tenerife (Sección 2ª) 707/2009, de 18 de diciembre, condena a indemnizar en los gastos médicos o farmacéuticos que acredite la víctima ya que ha renunciado a cualquier otra indemnización. Con condena a indemnización: SAP de Las Palmas (Sección 2ª) 7/2014 de febrero y SAP de Valencia (Sección 4ª) 157/2011 de 8 de marzo.

³⁹ Condena a indemnizar: SAP de Valencia (Sección 4ª) 157/2011, de 8 de marzo.

⁴⁰ SAP de las Islas Baleares 119/2010 de 22 de diciembre, condena al procesado que se presentaba socialmente como “Santo”, con capacidad de conocer y curar enfermedades de los demás o problemas psicológicos o de cualquier otro orden, por once delitos continuados de abuso sexual con penetración y prevalimiento, dos delitos de abuso sexual sobre menor de trece años con penetración y prevalimiento y un delito sexual con penetración y prevalimiento, apreciando la atenuante analógica de dilaciones indebidas.

laicidad como garantía de la libertad de conciencia, con lo que no cabe que el poder público entre en los contenidos ideológicos de la confesión, salvo que lesionen el orden público entendido como el orden constitucional. Cómo debe ser esa entrada, si se percibe una vulneración de derechos fundamentales amparados por el ordenamiento secular, sobre todo cuando el ordenamiento confesional prohíbe a su personal realizar esa conducta o impone una sanción muy grave por realizarlo. De un análisis conjunto de los artículos 3.1 y 6.1 LOLR⁴¹, se deduce que el derecho de libertad religiosa y el derecho de autonomía interna de las confesiones tienen límites. En cuanto al grado de autonomía de las confesiones estamos ante Organizaciones que son instrumento del ejercicio del derecho de libertad religiosa, pero cuyos objetivos prevalentes son, no contradictorios, pero sí diferentes de los del Estado⁴². El orden público democrático limita el campo de actuación de las confesiones. ¿Qué supone que sean juzgados por el sistema judicial secular? Conlleva que no pueden aplicar normas propias de su ordenamiento que lesionen el orden público de una sociedad democrática, como, por ejemplo, la lesión de derechos fundamentales. Si se produce una violación de cualquier valor constitucional el ordenamiento estatal está, no solo legitimado, sino obligado a intervenir en su defensa. Esa autonomía cedería en el supuesto de que algunas de las actividades o fines de la confesión fueran ilícitas, en cuyo caso sería obligada la intervención de la jurisdicción estatal que podría decidir la cancelación de su inscripción registral. Como señala mi maestro, profesor Llamazares⁴³, cuando dice “el principio de prevalencia en todo caso, (...) del fuero interno sobre el externo, de la conciencia sobre la ley, aunque ello suponga el sacrificio del principio de seguridad jurídica (...)”. Esa prevalencia de la conciencia supone que puesta de manifiesto la tensión dialéctica que se configura entre la autonomía interna de las confesiones y los límites a esa autonomía, cuando la persona actúa en conciencia, está aceptando las posibles sanciones que los ordenamientos secular y confesional le pueden acarrear. Exponemos algunas de las situaciones que reflejan esa tensión, sin olvidar esa prevalencia de la libertad de conciencia. En el ámbito del ordenamiento canónico y de la jerarquía eclesiástica, en caso de que el eclesiástico considere en conciencia que debe acudir al Derecho secular, se expone a tener que

⁴¹ Vid. LOLR en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955> (última visita 12.03.2019).

⁴² D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Estatuto jurídico (...)”, cit., pp.549-598.

⁴³ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, “Conciencia, libertad y Derecho”, en *Bandue. Revista de la Sociedad española de las Ciencias de las Religiones*, número IV / 2010, pp.172-173.

aceptar las sanciones canónicas correspondientes, si el Derecho canónico lo prevé. Todas las situaciones descritas a pie de página plantean problemas de la tensión señalada *supra* así como con la libertad de conciencia de la persona. Exponemos algunas de las situaciones⁴⁴ que reflejan esa tensión, sin olvidar la prevalencia de la libertad de conciencia⁴⁵. En el ámbito estatal, la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, conlleva una mayor responsabilidad cuando se da la condición de Obispo, sacerdote o superior responsable religioso que no denuncie ante las autoridades civiles y donde el hecho contra un menor se conozca y realice en territorio español. En delitos contra la libertad sexual, el Derecho canónico⁴⁶ y el secular, contienen tipos distintos y las sanciones son diferentes, pero lo que no puede hacer el ordenamiento canónico –como cualquier otro ordenamiento– es obstaculizar su resolución, amparándose en la autonomía confesional, que tiene como límite el orden público constitucional. Ni puede una confesión parapetarse en sus normas internas, como ocurre con el Derecho canónico, que no obliga a denunciar ante la autoridad civil la comisión de un acto delictivo y permite vías internas canónicas, que no solo ocultan los delitos, con lo que no sólo no resuelven el problema, sino que permiten que se puedan volver a producir, como ocurre en los supuestos en que los que ante la comisión de un delito contra la libertad sexual por un sacerdote en una

⁴⁴ Señalamos algunos supuestos: a) Que las leyes del Estado obliguen a los eclesiásticos a realizar actos como ciudadanos del Estado que el ordenamiento confesional no exige o incluso prohíbe. b) La idea de que desde el Derecho canónico había que resolver dentro de la Iglesia. c) La prohibición canónica de dar a conocer las causas penales, con carácter general. d) La situación que se plantea dentro del proceso penal canónico en el cual hay ocasiones en que el Ordinario en ejercicio de la discrecionalidad acude a la negociación con el reo. e) En la IC falta un mecanismo que obligue a los obispos a perseguir administrativamente estos graves delitos. f) Como novedad, las líneas-guía deben tener en cuenta la legislación del Estado en el que la Conferencia episcopal se encuentra la eventual obligación de dar aviso a las autoridades, lo que supone un giro contra el inmovilismo, la ocultación y falta de transparencia anterior.

⁴⁵ Sobre libertad de conciencia y objeción de conciencia vid. CASTRO JOVER, A., “La libertad de conciencia y la objeción de conciencia individual en la jurisprudencia constitucional española”, en J. MARTÍNEZ-TORRÓN (coord.), *La libertad religiosa y de conciencia ante la justicia constitucional*, pp. 133-186.

⁴⁶ Vid. Sobre la responsabilidad de la jerarquía eclesiástica en los abusos sexuales cometidos por clérigos, Vid. P. CONSORTI, en “La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali”, en *Stato, Chiese e pluralismo confessionale. Rivista telematica (www.statochiese.it)*, n.17/2013 (última visita 17.07.2018).

diócesis, la IC, en muchos casos, no solo no lo denuncia, sino que traslada al sacerdote a otra diócesis o a otro lugar dentro de la misma, generalmente con un ascenso incluido, con lo que el problema persiste, siendo fácil que ese sacerdote pueda volver a cometer el delito en la nueva ubicación. Parte de la doctrina ha sugerido la posibilidad de tratar a algunos obispos como cooperadores en el delito de abuso de menores. Estos comportamientos encajarían dentro de las figuras de ocultamiento o encubrimiento (art.451 CP), si se demostrase un acuerdo previo entre el obispo y el sacerdote delincuente. Por lo tanto, En el ámbito del Derecho estatal, como siempre ocurre en Derecho penal hay un problema de prueba que consiga destruir la presunción de inocencia. La doctrina se pronuncia sobre los requisitos⁴⁷ exigidos para considerar las conductas merecedoras de ser consideradas como encubridoras. En Derecho canónico los más probable que se acuda al canon (c.) c.2209.6, sobre los cooperadores negligentes”⁴⁸.

4. DERECHO DEL ESTADO ESPAÑOL SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL DE MENORES

Durante los siglos XIX y XX⁴⁹, los códigos penales españoles⁵⁰ castigaban los delitos cometidos por los eclesiásticos en el ejercicio de sus funciones y otros delitos, sin tener conexión aquellas. Cuando los ataques son contra la libertad sexual de los menores⁵¹, en los códigos penales del S.XX, las figuras delictivas son los tipos de estupro y corrupción de menores. Durante el S.XIX y hasta mediados del XX, se ha regulado expresamente la inclusión del “sacerdote”, como sujeto activo de esos delitos. Aparece en los códigos penales de 1822, 1848, 1870, 1928, 1932 y 1944. Con la CE del 78 y en aras del principio de igualdad, el “eclesiástico” va desapareciendo de los tipos, quedando esas

⁴⁷ Vid. C. SALAS, “El iter criminis y los sujetos activos del delito”, en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, núm. 19, 2007. Vid. los requisitos en https://www.uv.es/ajv/art_jcos/art_jcos/num19/RIPJ_19/EX/19-11.pdf(última visita 31.01.2019). O. GARCÍA PÉREZ, *El encubrimiento y su problemática en el Código penal*, Atelier Libros, 2009.

⁴⁸ SAP de las Islas Baleares 119/2010 de 22 de diciembre, condena a indemnización.

⁴⁹ Para una aproximación histórica Vid. SÁEZ MARTÍNEZ GIL, J., “Aproximación histórica a los abusos sexuales a menores”, *Eguizkilore*, número 29, 2015, pp.137-170.

⁵⁰ Vid. F. SANTAMARÍA LAMBÁS, *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia*, Universidad de Valladolid, 2002, 435 pp.

⁵¹ Entendiendo que la libertad sexual, como bien jurídico protegido se introduce en el año y, que anteriormente el bien jurídico protegido era la honestidad o moral.

conductas dentro de la cláusula general de prevalimiento, cualquiera que sea el sujeto activo. Hay que acudir a las circunstancias agravantes del art.22 CP⁵². Las conductas abusivas sobre menores pueden englobarse en dos grandes campos; uno, ataques con carácter general, cuando el ataque es contra la libertad del menor y; dos, los ataques relacionados con el ataque al bien jurídico "libertad sexual"⁵³. En la España nacional católica eran frecuentes conductas que podrían haber sido constitutivas de delito de coacciones, pero eran amparadas por la Iglesia y el Estado, como, por ejemplo, el atormentar a un menor con las penas del infierno y otras lesiones, amparadas por los dos poderes, como el ejercicio de la violencia física a través de castigos corporales. Cuando estamos en presencia de delitos sexuales y las víctimas son menores, debemos precisar algunos aspectos: 1) Al tratarse de un derecho personalísimo, el derecho de libertad sexual, los titulares del derecho son los menores. 2) Estamos ante delitos contra la libertad sexual y siguiendo el principio de intervención mínima, el Derecho penal se tiene que ocupar de proteger el derecho de los ciudadanos a rechazar conductas sexuales no consentidas (vertiente negativa del derecho). 3) En consonancia con esto, el menor de edad tiene en el ejercicio de la vertiente negativa del derecho de libertad sexual del que es titular, derecho a rechazar cualquier tipo de conducta sexual de cualquier tercero frente a él. 4) El menor no solo tiene capacidad jurídica, sino que en materia de derechos personalísimos⁵⁴ tiene capacidad de obrar, que irá de menor a mayor en grado de desarrollo en función de la madurez del menor. Pero entendemos fuera de toda duda que esa capacidad de obrar alcanza a todo menor en el ejercicio de la vertiente negativa del derecho de libertad sexual.

⁵² En su número 7 "Prevalerse del carácter público que tenga el culpable".

⁵³ La doctrina penalista mantiene dos posiciones respecto al bien jurídico protegido en los delitos sexuales. Una parte de la doctrina (Tamarit, Díez Ripolles, Orts, etc.) sostienen que, el bien jurídico protegido es la libertad sexual; y, otro sector doctrinal (Muñoz Conde, etc.) defienden que el en los delitos sexuales se defienden otros bienes. Vid. J.J. TAMARIT SUMALLA, "Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales: introducción y aspectos generales", en *Estudios de la parte especial del Derecho penal (I)*, coord. AA.VV., pp.131-143. Vid. J.L. DIEZ RIPOLLÉS, "El objeto de protección del nuevo Derecho penal sexual", *Revista de Derecho penal y Criminología*, núm. 6, 2000, pp. 69-101.

⁵⁴ C. SERRANO POSTIGO, "Libertad religiosa y minoría de edad en el ordenamiento jurídico español", *Estudios de Derecho canónico y Derecho eclesiástico del Estado en homenaje al profesor Maldonado*, Madrid, 1983, pp.803-828. L.M. CUBILLAS RECIO, *Enseñanza confesional y cultura religiosa. Estudio jurisprudencial*, Universidad de Valladolid, 1997.

4.1. La responsabilidad penal en delitos contra la libertad sexual de personas físicas

Interesa diferenciar dos momentos, el antes y el después, del cambio en el bien jurídico protegido en los ataques contra la libertad sexual, que hasta ese momento quedaban incluidos en otros bienes jurídicos protegidos, como la honestidad o la moral. En la reforma de 1983 del CP se mantenía el bien jurídico protegido –honestidad o moral– y, ya en la reforma de 1989⁵⁵, se da el paso al nuevo bien jurídico protegido, la libertad sexual⁵⁶, que también lo es en el CP de 1995⁵⁷ con sus reformas⁵⁸ de 1999, 2003, 2010 y 2015. Ya desde la reforma de 1989 y con el CP de 1995 se apuntaba en dos direcciones de cara a dos finalidades: por un lado, se pretende adecuar la tipificación al bien jurídico protegido y, por otro lado, se introdujo un sistema de tipificación nuevo. La redacción original del Título VIII CP de 1995 incluye: agresiones sexuales; abusos sexuales; acoso sexual; exhibicionismo y provocación sexual; y delitos relativos a la prostitución. Se establece una graduación por la gravedad de las conductas, distinguiendo, por un lado, agresiones sexuales cuando los ataques contra la libertad sexual se realizan con violencia o intimidación; los abusos sexuales, cuando los ataques contra la libertad sexual se realizan sin violencia o intimidación, pero sin consentimiento; y el acoso sexual, cuando las conductas conllevan la solicitud de favores sexuales prevaliéndose de superioridad. Se abandona la terminología tradicional en este campo (violación, estupro, etc.), pretendiendo evitar el lastre que suponía saberse “mujer violada”. La LO 11/1999 modifica el CP, endureciendo su regulación y junto con la LO 15/2003 que introduce modificaciones importantes, con idas y venidas en la dirección a seguir. Se despenalizan algunos supuestos periféricos al bien jurídico (aunque, en algunos casos, con un péndulo de re-penalización de rápida oscilación en las modificaciones a partir de 1999). Se constata que las dos finalidades a las que nos hemos referido *supra*, se han traducido

⁵⁵ R. GOENAGA OLAIZOLA, “Delitos contra la libertad sexual”, *Eguizkilore*. Número extraordinario 10. Octubre 1997, pp. 95-120.

⁵⁶ J.Mª., TAMARIT SUMALLA, *La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual: análisis de las reformas penales de 1999 en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 204 pp.

⁵⁷ Vid. El CP de 1995 en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1980-15955> (última visita 12.03.2019).

⁵⁸ M. CANCIO MELIÁ, “Una nueva reforma de los delitos contra la libertad sexual”, *La Ley Penal*, núm. 80, marzo 2011, pp. 6-20.

en dos consecuencias opuestas⁵⁹ en las reformas del CP: despenalización de algunos supuestos periféricos al bien jurídico y aumento del ámbito de incriminación, sobre todo en delitos cometidos contra menores. En cuanto a la despenalización, se eliminan progresivamente figuras de las regulaciones anteriores cuyo objeto de protección no era esencialmente la libertad (indemnidad) sexual, suprimiendo por ejemplo figuras en el ámbito de la prostitución y del delito de rapto. Se desanda parcialmente el camino de despenalización, reintroduciendo el delito de corrupción de menores. Y en cuanto a la reordenación de la regulación, las infracciones se encuentran ordenadas en función de su gravedad, de mayor a menor. La reforma por la LO 5/2010 supuso la introducción de la nueva medida de libertad vigilada (art.192.1) y la pena de privación de la patria potestad (art.192.3). Se incrementa la pena del tipo básico del art.178 y la mínima para los supuestos agravados del art.180. En los delitos de abusos del régimen común –sujetos pasivos mayores de trece años–, se introduce en el art.181 una nueva modalidad de anulación de la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otras sustancia natural o química idónea a tal efecto. Se modifica la redacción de abuso fraudulento, frente a víctimas entre trece y dieciséis años. Aparece un nuevo Capítulo II bis y se introduce un nuevo delito de preparación que podría denominarse acoso por medio de tecnologías de la información (art.183 bis), con un incremento de las penas. Se reforman los delitos de prostitución y pornografía infantil, incriminándose expresamente la conducta del cliente de menores prostituidos (art.187.1 II), con agravación de penas si no alcanzan la edad de trece años y se incluyen nuevas conductas típicas en relación con la pornografía de menores. En el art.189 bis se introduce la responsabilidad de las personas jurídicas con arreglo a las reglas del art.31 bis CP. La reforma de 2015 a través de la LO se concreta la responsabilidad penal de las personas jurídicas (Artículos 31 bis, ter, quater y quinquies). Se limita la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en el caso de delitos cometidos por sus dependientes, sólo a los supuestos en los que el incumplimiento del deber de vigilancia haya tenido carácter “grave” y se introduce como causa de exención de la responsabilidad penal de la persona jurídica la existencia de un programa de prevención, que conlleve una reducción significativa del

⁵⁹ Vid. LO 11/1999, de 30 de abril, de modificación del Título VIII del Libro II del Código penal de 1995, aprobado por LO 10/1995, de 23 de noviembre; LO 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros; LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

riesgo de comisión de delitos. Se incluye el “género” como motivo de discriminación en la agravante del artículo 22.4 CP. Se podrá imponer la medida de libertad vigilada en todos los delitos contra la vida, y en los delitos de malos tratos y lesiones cuando se trate de víctimas de violencia de género y doméstica. Se introducen nuevos delitos contra la libertad, la libertad sexual y la intimidad. La detención ilegal sin dar razón del paradero de la víctima se castigará con una pena similar a la del homicidio (de 10 a 15 años de prisión). En caso de secuestro se elevará, entre 15 y 20 años (art. 166 CP). Se introduce un nuevo delito de acoso, acecho u hostigamiento (*stalking*) mediante llamadas telefónicas continuas, seguimientos o cualquier otra fórmula que pueda lesionar gravemente la libertad y el sentimiento de seguridad de la víctima, aunque no se produzca violencia (Art. 172 ter CP). Se eleva la edad mínima de consentimiento sexual de los 13 a los 16 años. Se tipifica como nuevo delito, la divulgación no autorizada de grabaciones o imágenes íntimas obtenidas con el consentimiento de la víctima, pero luego divulgadas sin que ésta lo sepa, cuando afecten gravemente a su intimidad (*sexting*). Se redefinen las conductas de incitación al odio y a la violencia (Artículo 510 CP). Se acoge el dictado de la STC 235/2007, de 7.10.2007, que impone una interpretación del delito de negación del genocidio que limite su aplicación a los supuestos en los que esta conducta constituya una incitación al odio u hostilidad contra minorías. Estos delitos pueden dar lugar a responsabilidad penal de las personas jurídicas.

4.2. La responsabilidad penal en delitos contra la libertad sexual de las personas jurídicas

En la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁶⁰, hay que acudir a las reformas legales de 2003, 2010 y 2015 del art.129 CP⁶¹, ya que en la redac-

⁶⁰ Vid. J.L. DÍEZ RIPOLLÉS, “La responsabilidad penal de las personas jurídicas”, *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, 1/2012, 33 pp. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/InDret/article/view/260787/347969> (última visita 28.11.2019). B. ROSAL DEL BLASCO, “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: títulos de imputación y requisitos para la exención” en L. MORILLAS CUEVA (dir.), *Estudios sobre el Código Penal reformado: (Leyes Orgánicas 1/2015 Y 2/2/2015 2015*, pp.81-125. A. URRUELA MORA, “La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español en virtud de la LO 5/2010: perspectivas de *lege data*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXII, 2012, pp. 413-468.

⁶¹ LO 15/2003, de 25 de noviembre. LO 5/2010, de 22 de junio. LO 1/2015, de 30 de marzo. Vid. S. MIR PUIG, “Una tercera vía en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, pp.1-17. Vid. en:

ción original del CP de 1995 solo se contemplaba que pudiesen delinquir las personas físicas. El Título VI del Libro I del CP dedicado a “consecuencias accesorias”, contiene el art. 129 CP que ha introducido entre las “consecuencias accesorias” un catálogo de medidas que el Juez o Tribunal puede imponer a personas jurídicas o empresas, aunque sólo en los casos expresamente previstos por el CP. Las medidas⁶² que se contemplan en el art.129 CP y una en el art.128 CP. La doctrina dominante ha interpretado la previsión diferenciada de estas consecuencias accesorias en el sentido de que para el CP no son penas, ni medidas de seguridad, ni tampoco responsabilidad civil derivada de delito, pero algún autor defiende que, a pesar de su distinta denominación, son verdaderas penas, y últimamente Silva Sánchez⁶³ las concibe como propias medidas de seguridad. Hay que ver si el Derecho penal español ha admitido la responsabilidad penal, en sentido estricto, de las personas jurídicas y empresas, o si, por el contrario, mantiene en vigor el principio tradicional *societas delinquere non potest* y se ha limitado a prever determinadas medidas no punitivas, sino únicamente tendentes a impedir la peligrosidad que puedan tener determinadas personas jurídicas o empresas.

4.3. La responsabilidad civil “*ex delicto*”

Cuando se comete un delito puede también surgir la responsabilidad civil “*ex delicto*”⁶⁴. Con ella, se pretende reparar o compensar los efectos que el delito ha tenido sobre la víctima o los perjudicados por el mismo. La responsabilidad civil es transmisible a terceros, no proporcionada a la gravedad del delito y disponible por el perjudicado, lo que permite afirmar su natura-

<http://anticorrupcion00.tripod.com/sitebuildercontent/sitebuilderfiles/tercera.pdf> (última visita 14.02.2018).

⁶² Medidas: 1) la suspensión de actividades por un máximo de cinco años, 2) la prohibición de realizar en el futuro actividades mercantiles o negocios, 3) la intervención de la empresa, 4) la disolución de la persona jurídica o la clausura temporal o definitiva de la empresa y 5) el comiso de los efectos e instrumentos del delito, así como de las ganancias obtenidas con el mismo (art. 128).

⁶³ Vid. la crítica de Silva Sánchez, sobre las medidas de seguridad en E. RAMÓN RIBAS, “La persona jurídica en el derecho penal. Responsabilidad civil y criminal de la empresa”. *Estudios en Derecho penal y criminología*, 2009, pp.204-208.

⁶⁴ F.R. AZNAR GIL, “Abusos sexuales a menores cometidos por clérigos y religiosos”, *Revista Española de Derecho canónico (REDC)*, núm. 67, 2010, pp. 838-839. J. FERRER ORTIZ, “La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos”, *Ius Canonicum*, vol. XLV, núm. 90, 2005, pp. 557-608.

leza civil. Así, el art.109 CP señala que: “la obligación de reparar los daños y perjuicios nace con la ejecución de un hecho típico penalmente, de manera objetiva y con independencia de si existe o no responsable penal”. La naturaleza civil de esta clase de reprobabilidad, además queda conformada por el art.1092 CC, pese a que remita su desarrollo al CP. Además, hay que tener en cuenta los arts.100 y 107 a 117 LECr. En el ordenamiento jurídico español, frente a otros sistemas jurídicos, la acción penal y la acción civil se ejercen conjuntamente en el mismo proceso penal en el que se enjuicia el delito y son resueltas por el mismo juez o tribunal, en la misma sentencia (art.742 LECr); esa unidad conlleva beneficios para los perjudicados por el delito, ya que en los sistemas donde se ejercen y resuelven separadamente, concluido el proceso penal, el perjudicado debe incoar un nuevo proceso civil para obtener la declaración de esta naturaleza y el resarcimiento. Ello no obsta que en el sistema español en ocasiones se haya desvirtuado la cuestión con la única finalidad real de obtener el resarcimiento civil. En todo caso, el art.109.2 CP faculta al perjudicado para exigir la responsabilidad civil ante la jurisdicción civil, pero teniendo en cuenta que se dice que podrá “optar” por hacerlo y optar significa elegir entre varias alternativas, con ello renunciar al ejercicio de la acción de responsabilidad civil en el proceso penal por el delito. El principio general en esta materia es que la responsabilidad civil sigue a la responsabilidad penal y depende de ella. El art.116.1 CP une responsabilidad penal con la civil si del hecho se derivaren daños o perjuicios. Pero no siempre van unidas, hay casos en que hay responsabilidad penal y no civil, por ejemplo en delitos no consumados que no llegan a causar perjuicio, en delitos de peligro, que tampoco lo producen, y en la mayoría de los delitos contra el Estado; también se dan supuestos en que no existe responsabilidad penal, pero se exige responsabilidad civil, en relación a determinadas eximentes (art.118 CP); y por último, el CP regula supuestos de responsabilidad civil subsidiaria, en los que, existiendo un responsable civil recae sobre persona distinta (art.120 CP). El concepto de perjudicado no siempre coincide con el de víctima del delito, ni siquiera con el de sujeto pasivo del mismo. Si el sujeto pasivo es el titular del bien jurídico lesionado por el delito, el perjudicado es todo aquel a quien se extienden sus efectos y está legitimado para ejercer la acción civil correspondiente; esta distinción es apreciable, por ejemplo, en el art.113 CP donde se precisa que la indemnización de perjuicios no solo comprende los causados “al agraviado”, sino también “a sus familiares o a tercero”. En el Código penal español, la responsabilidad penal de las personas jurídicas llevará consigo la responsabilidad civil de forma solidaria con

las personas físicas que fueren condenadas por los mismos hechos (art.116.3 CP). En los casos estudiados de sentencias del Tribunal Supremo, podemos señalar dos bloques de sentencias: uno, el de aquellas sentencias en que se admite la casación⁶⁵, al menos en parte; y otro, el de las sentencias en que no se admite la casación⁶⁶.

5. DERECHO CANÓNICO

5.1. Breve *iter* histórico

Las modificaciones habidas, tanto en aspectos sustantivos como procesales, surgen a raíz de los escándalos sexuales del clero católico en diversos

⁶⁵ STS (Sala de lo Penal) 140/2004, de 9 de febrero, en la que se hacen precisiones sobre los hechos probados y sobre que el delito debe ser calificado en grado de tentativa. STS (Sala de lo Penal) 299/2004, de 4 de marzo, absolvió a un sacerdote del delito continuado de agresión sexual y le condenó por delito continuado de abuso sexual. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 153/2018, de 3 de abril, estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Córdoba Sección Segunda, de 13 de junio de 2017, condenatoria por abusos sexuales continuados a menor de 13 años, y la revoca en el único sentido de minorar la indemnización concedida debido a que el Tribunal acordó una indemnización de 6.000 euros, cuando en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal se solicitó una indemnización de 3.000 euros, siendo el límite máximo que el Tribunal puede acordar lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

⁶⁶ STS (Sala de lo Penal) 140/2004, de 9 de febrero, en la que se hacen precisiones sobre los hechos probados y sobre que el delito debe ser calificado en grado de tentativa. STS (Sala de lo Penal) 299/2004, de 4 de marzo. Caso en que se absolvió al acusado sacerdote del delito continuado de agresión sexual y se le condenó al acusado como autor criminal y civilmente responsable de un delito continuado de abuso sexual. STS (Sala de lo Penal, Sección 1ª) 153/2018, de 3 de abril. Caso en que el TS estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Córdoba Sección Segunda, de 13 de junio de 2017, condenatoria por abusos sexuales continuados a menor de 13 años, y la revoca en el único sentido de minorar la indemnización concedida en concepto de responsabilidad civil *ex delicto*, debido a que el Tribunal acordó una indemnización de 6.000 euros, cuando en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal se solicitó una indemnización de 3.000 euros, siendo el límite máximo que el Tribunal puede acordar lo solicitado por el Ministerio Fiscal. Caso en que se estima parcialmente el recurso de casación interpuesto contra la SAP de Córdoba, condenatoria por abusos sexuales continuados a menor de 13 años, y la revoca en el único sentido de minorar la indemnización concedida en concepto de responsabilidad civil "*ex delicto*". El límite máximo que el Tribunal puede acordar como indemnización es lo solicitado por el Ministerio Fiscal.

países⁶⁷ (Alemania, Australia, Chile, España, Estados Unidos, Irlanda, entre otros) que han provocado un cambio de actitud en la IC respecto a cómo venía tratándolo. Con anterioridad al S.XVIII, los delitos de pederastia y homosexualidad, se conocían como crímenes contra la naturaleza o “*contra naturam*” y, a partir del siglo XVIII, la doctrina y la jurisprudencia canónica los denominan delitos de la carne o delitos contra el sexto mandamiento⁶⁸. El CIC de 1917 en los cánones 2359.2 y 2357.1 tipifica por primera vez en un Código, aunque sea de modo somero, el delito de abuso sexual de un menor de 16 años por parte de un clérigo, religioso o laico⁶⁹. Durante la vigencia

⁶⁷ F.R. AZNAR GIL, “Abusos (...)”, cit., pp. 827-850. Vid. sobre Italia: A. CADOPPI, “Les infrarionts sexuelles en Italie. Problèmes et perspectives”, *Archives de politique criminelle*, 2012/1 núm. 34. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-archives-de-politique-criminelle-2012-1-page-167.htm> (última visita 15.11.2019). T. CAVALETTO, “Il caso di minore gravità nel diritto di atti sessuali con minorenni: Linee evolutive e profili critici si vent’anni di Giurisprudenza”, *Cassazione penale*, n° 07/08-2017, Giuffrè Editore, pp. 2979-2991. Disponible en: https://boa.unimib.it/retrieve/handle/10281/168456/242476/Tommaso_Cavaletto.pdf (última visita 28.11.2019). P. CONSORTI, “La responsabilità della gerarchia ecclesiastica nel caso degli abusi sessuali commessi dai chierici, fra diritto canonico e diritti statuali”, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), núm. 17/2013, 30 pp. F. LOMBARDI, “Nota sulla lettera circolare della Congregazione per la Dottrina della Fede alle Conferenze Episcopali”, *La Civiltà Cattolica*, núm. 3864, 2011, pp. 594-597. F. LOMBARDI, “La risposta della Santa Sede al Governo irlandese riguardo al ‘Cloyne Report’. Una sintesi del testo indirizzato al vice primo ministro Eamon Gilmore”, *La Civiltà Cattolica*, núm. 3873, 2010, pp. 274-284. S.P. LOIACONO, *Le nuove norme sui delicta graviora tra esercizio della potestà punitiva e tutela del diritto di difesa, in Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. 2, 2011, pp. 409-438. S. LORUSSO – A. MANNA, *L’abuso sessuale sui minori: Prasi giudiziarie e novità normative introdotte dalla Legge 38/2006 sulla pedopornografia*, Milano-Giuffrè Editore, 2007. B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano 2007, 133 pp. D. MILANI, *Delicta reservata seu delicta graviora: la disciplina dei crimini rimessi alla competenza della Congregazione per la Dottrina della Fede*, in *Stato, Chiesa e pluralismo confessionale*, Rivista telematica (www.statoe_chiese.it), núm. 32/2013, 25 pp. D. MILANI, “Gli abusi sui minori: elementi di responsabilità canonica”, en N. MARCHEI, D. MILANI, J. PASQUALI CERIOLI (a cura di), *Davanti a Dio e davanti agli uomini. La responsabilità fra diritto della Chiesa e diritto dello Stato*, Il Mulino, Bologna, 2014, pp. 123-142. C. PAPAIE, *I delitti contro la morale*, en AA.VV., *Questioni attuali di diritto penale canonico*, Città del Vaticano, LEV, 2012, 288 pp. B. ROMANO, *Delitti contro la sfera sessuale della persona*, terza edizione, Giuffrè Editore, Milano 2007, 133 pp.

⁶⁸ G. CADAVID RIVERA, *Formas de prepararse la iglesia católica para prevenir, intervenir y reparar el delito de abuso sexual de menores perpetrado por clérigos y religiosos contemplado en el artículo sexto de los Delicta graviora*, pp. 13-14. Vid. en: <https://repository.javeriana.edu.co:8443/bitstream/handle/10554/16828/CadavidRiveraGonzalo2014.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita 25.07.2018).

⁶⁹ *Ibidem*, pp.15-16.

del CIC 1917⁷⁰ se regula esta materia en el Libro V, siendo numerosos los comportamientos allí señalados con gran severidad en los castigos. El tratamiento de los delitos era similar en la legislación canónica y en los ordenamientos estatales. Por el privilegio del fuero, la Iglesia se reservaba el juicio y castigo de tales delitos cometidos por un clérigo⁷¹. Había una serie de delitos reservados al Santo Oficio. De acuerdo con el canon 88.2 del CIC 1917, un varón era considerado impúber si aún no había cumplido los catorce años de edad, mientras que en el caso de las mujeres el límite era doce años. La autoridad competente era el Ordinario, si la víctima era un chico entre 14 y 16 años, o una chica entre 12 y 16 años. En el periodo intermedio entre el CIC 1917 y de 1983, la competencia ya estaba en la Santa Sede exclusivamente, que hoy reside en la CDF. En 16.3.1962 se promulga la Instrucción⁷² “*Crimen Sollicitationis*” de la Suprema Sagrada Congregación del Santo Oficio de la Santa Sede, la cual trata del delito de sollicitación o instigación en el sacramento de la confesión. La instrucción utiliza la expresión “*crimen pessimum*” para referirse al delito. La Santa Sede estableció un modo de proceder cuando se presentan estas situaciones en sus diócesis. Esta instrucción tenía fuerza de ley ya que era promulgada directamente por el Papa. Ese documento de carácter secreto, se distribuyó en base a la necesidad de ser conocido para su aplicación a casos concretos, de ahí que muchos canonistas y obispos lo desconociesen. El hecho de haber exigido el mismo nivel de confidencialidad para los casos de abuso sexual de menores que para los de sollicitación en confesión. Esto condujo a algunos a afirmar que la Iglesia había adoptado un procedimiento que podía dar lugar al encubrimiento de los abusos sexuales⁷³. Conviene tener en cuenta que el “secreto pontificio”⁷⁴, que incluye la

⁷⁰ J. BERNAL, “Regulación de los “delitos contra el sexto mandamiento El c.1395”, *Fidelium Iura*, núm. 13, 2003, pp.49-70. J. BERNAL, “Cuestiones canónicas sobre los delitos más graves contra el sexto mandamiento del Decálogo”, *Ius Canonicum*, vol.54, 2014, pp.145-183. pp.55-70.

⁷¹ J. CANOSA, “El privilegio en el contexto de los derechos de los fieles”, *Fidelium Iura*, núm. 12, 2002, p. 72.

⁷² G. CADAVID RIVERA, *Formas (...)*, cit., pp.16-17. BERNAL, J., “Cuestiones (...), cit., pp.145-183. Se realizó una pregunta escrita en el Parlamento europeo a la Comisión europea sobre dicha Instrucción. Vid. en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+WQ+E-2003-2613+0+DOC+XML+V0//ES> (última visita 15.02.2019).

⁷³ J. COUGHLIN, *Canon Law*, OUP, New York 2011, p. 61. Vid. al respecto J. BERNAL, “Cuestiones (...), cit., p. 156.

⁷⁴ Vid. sobre el secreto pontificio J. ARIAS, Las normas sobre el secreto pontificio. Sistema de defensa, Vid. en <https://core.ac.uk/download/pdf/83566323.pdf>

falta de transparencia acerca de determinados procedimientos, además de no comunicar las denuncias y acusaciones acerca de delitos, así como de los procedimientos canónicos que se siguen al respecto. En el CIC 1983 se establece una nueva regulación que resultó mitigada en comparación con la anterior, tanto en los tipos delictivos como en las penas⁷⁵. Se abandona la enumeración del c.2359.2 y ahora, en el c.1395 se toman en consideración una serie de circunstancias más acordes con la sensibilidad moderna, como el escándalo, la violencia, las amenazas o la publicidad de la acción. Las modificaciones legales han venido por el *m.p. Sacramentorum sanctitatis tutela*⁷⁶ –en adelante *mp.S.S.T.*–, en sus versiones de 2001 y la modificada de 2010. Juan Pablo II en 2001 ante la gravedad de los escándalos de pedofilia promulgó una Carta Apostólica en forma de *Motu Proprio “Sacramentorum sanctitatis tutela”*, sobre las normas a seguir en los delitos más graves reservados a la CDF. Incluyó el abuso sexual de un menor de 18 años, modificando así el CIC, cometido por un clérigo en el nuevo listado de delitos canónicos reservados a la CDF y, estableció la prescripción para estos casos en diez años a partir de los 18 años de la víctima. Con el Papa Benedicto XVI en 2010, la CDF publica una guía para comprender los procedimientos fundamentales cuando se trata de acusaciones de abusos sexuales y adapta las normas sobre los “*delicta graviora*”⁷⁷, cuyas normas se modifican tanto en aspectos sustantivos

⁷⁵ Vid. en http://www.vatican.va/resources/resources_introd-storica_it.html. Somos conscientes de que las penas en la legislación civil son de carácter temporal –privativas de libertad, multa, etc.– y las penas en la legislación canónica son de orden espiritual –medicinales y expiatorias–. Pero ello no debe la IC. Vid. el c.1344.1 y 2.

⁷⁶ Vid. la versión de 2001 en http://www.vatican.va/resources/resources_introd-storica_it.html y la versión de 2010 en http://www.vatican.va/resources/resources_rel-modifiche_sp.html (última visita 10.01.2019).

⁷⁷ El tratamiento judicial de los delitos gravísimos está regulado por el Código de Derecho Canónico y, por una serie de normas específicas: JUAN PABLO II, *Motu Proprio Sacramentorum sanctitatis tutela*, 30 de abril de 2001, por el que se promulgan las *Normae de gravioribus delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis*, que están compuestas por dos partes: una sustancia y otra procesal; CONGREGACIÓN PARA EL CLERO, Carta circular Prot. 2009-0556, de 18 de abril de 2009, sobre las Facultades especiales recibidas del Sumo Pontífice el 30 de enero de 2009; Id., Carta circular Prot. 2010-0823, de 17 de marzo de 2010, sobre las Líneas procesales y los Documentos necesarios y el Modo de complementar el procedimiento en su fase local, relativos a las facultades especiales recibidas del Sumo Pontífice el 30 de enero de 2009; CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, *Normae de delictis Congregationi pro Doctrina Fidei reservatis seu Normae de delictis contra fidem necnon de gravioribus delictis*, 21 de mayo de 2010; y la carta circular de la misma CONGREGACIÓN PARA LA DOCTRINA DE LA FE, Subsidio para las Conferencias Episcopales en la preparación de

como procesales por indicación del Papa. En el documento base de la guía se afirma que se debe seguir el derecho civil en materia de información de los delitos a las autoridades competentes. Algunas de las modificaciones introducidas en 2010, ya habían sido incorporadas con anterioridad en Estados Unidos. En las modificaciones de 2010 de Benedicto XVI, se tipifica explícitamente como delito, “la adquisición, retención o divulgación con fines libidinosos en cualquier forma y modo, de imágenes pornográficas de menores de catorce años”⁷⁸. Las modificaciones a las normas sustanciales fueron las siguientes: La prescripción del delito pasa de 10 a 20 años. Se incluye una nueva cuestión, llamada para efectos legales canónicos, “pedopornografía” y que, según el mismo párrafo segundo del artículo sexto, consiste en la adquisición, posesión, o distribución por parte de un clérigo de imágenes pornográficas de menores de catorce años para fines de gratificación sexual, mediante cualquier medio o tecnología. Las modificaciones respecto al ámbito procesal, con la finalidad de agilizar los procesos conllevan la posibilidad de proceder por decreto extrajudicial, o la de presentar al Sumo Pontífice, en circunstancias particulares, los casos más graves en vista de la dimisión del estado clerical. Además, la CDF envió en 2011 a todas las CCEE del mundo una carta circular para que las iglesias particulares elaboraran guías de actuación contra los abusos sexuales cometidos por clérigos⁷⁹.

5.2. *Iter* del proceso canónico

En el derecho procesal canónico el proceso consta de una investigación previa, entre las decisiones que puede tomar la CDF que es la competente, son: la imposición de medidas administrativas no penales, el proceso extrajudicial o administrativo penal y el proceso judicial penal⁸⁰. Todo proceso

“Líneas Guía” para tratar los casos de abuso sexual de menores por parte del clero, fe 3 de mayo de 2011.

⁷⁸ Vid. la versión de 2010 en http://www.vatican.va/resources/resources_rel-modifich_sp.html (última visita 10.01.2019).

⁷⁹ Vid. S. BUENO SALINAS, *Tratado general de Derecho Canónico*, Atelier, Barcelona 2004, 423-473 pp. Vid. en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_abuso-minori_sp.html (última visita 18.02.2019).

⁸⁰ G. NUÑEZ, “Abusos sexuales de menores. Consideraciones sobre el derecho de defensa y la colaboración con la autoridad civil”, *Scripta Theologica*. vol. 46, 2014, pp.741-761. El autor hace referencia a la investigación previa con la denominación de investigación preliminar.

penal⁸¹, ya sea judicial o administrativo, debe estar precedido por una investigación previa, que es la primera fase del procedimiento. Su principal función es recoger evidencias, ya sean testimonios o documentos relevantes que sirvan de instrucción en el proceso y que se utilizarán en la fase del juicio, con el fin de determinar si existen indicios de que el delito realmente se cometió y debe iniciarse un proceso penal canónico. La investigación previa debe realizarse según los cánones 1717-1719 del CIC 1983 y el art. 16 del m.p.S.S.T. El CIC 1983 proclama de modo tan contundente los derechos fundamentales de los fieles que no parece pueda aplicarse en la IC. Si nos centramos en el derecho penal, lo dicho hace exigir acudir al proceso penal para las causas criminales, dejando la vía administrativa solo para los casos que no quede otro remedio en virtud de una causa justa. De modo que si esa actuación, por vía administrativa que carece de las garantías del proceso judicial, se convierte en habitual se producirán abusos⁸². La CDF puede decidir iniciar un procedimiento administrativo o, por decreto extrajudicial penal por ella misma o, autorizar al ordinario para que lo inicie y adelante. En los dos supuestos, dicho procedimiento se rige por lo establecido en el art.21 del m.p S.S.T (2010) y por el c. 1720 CIC que exige que se garantice el derecho de defensa del acusado, salvo que una vez legítimamente llamado no quiera comparecer para su defensa; sopesar cuidadosamente con dos asesores las pruebas y argumentos; una vez tenga certeza moral de la ejecución o no del delito y que no se ha extinguido la acción criminal se dictará decreto motivado de conformidad con los cánones 1342-1350. Antes de proceder en esta clase de asuntos para imponer penas⁸³ mediante decreto extrajudicial, ha de

⁸¹ R. ROMÁN SÁNCHEZ, "La investigación previa al proceso penal canónico y la defensa del acusado", en *Revista española de Derecho canónico* núm. 74, 2017, pp. 217-236. Vid. en: <https://summa.upsa.es/viewer.om?id=0000047091> (última visita 26.02.2019).

⁸² J.M. CABEZAS CAÑAVETE, "Consideraciones ante la anunciada reforma del Derecho penal canónico", *Ius Communio*, 2013, pp. 245-278.

⁸³ El CIC 1917 redujo bastante el sistema penal canónico, concentrándose en las penas espirituales quedando solo algunas penas menores de inhabilitación, de privación de libertad o pecuniarias. Esa misma línea ha seguido el CIC 1983, de manera que el Derecho penal canónico vigente contempla todas las finalidades que históricamente se han contemplado en el Derecho canónico -la pena como retribución, la pena como prevención del daño social y la pena como recuperación del delincuente-, pero con una clara graduación, distinguiéndose entre finalidades principales y finalidades secundarias. Históricamente esa finalidad ha ido desde postulados retributivos hacia finalidades medicinales, atendiendo a la finalidad pastoral que debe configurarlo. Vid. en este sentido S. BUENO SALINAS, *Tratado general (...)*, cit. pp.448-454. En cambio, en un Estado social y democrático de Derecho, En cambio, la finalidad de la pena en un Estado social y democrático de Derecho contiene una "necesidad de confe-

tenerse en cuenta lo establecido por el c.1342.1 y 2⁸⁴. De los cánones 1718.1.3 y 1342 se desprende que el decreto extrajudicial para imponer una pena, ha de ser por vía excepcional y con fundamento en “Justa Causa”. El proceso judicial es garantía de una mayor equidad y justicia cuando se trata de imponer penas. No es posible aplicar penas perpetuas por esta vía, por ejemplo, las expiatorias perpetuas del c.1336. Los recursos a imponer contra los actos administrativos están regulados por los cánones 1732-1739. En caso de que el ordinario sea quien adelante el proceso administrativo, por recomendación de la CDF, y éste decida que el clérigo es culpable y merece ser expulsado del estado clerical, tiene que decírselo a la CDF, única competente para determinar si esa pena puede ser impuesta, ya que la Santa Sede es la única competente para decidir sobre este asunto. Teniendo en cuenta que la expulsión del estado clerical es de extrema gravedad⁸⁵, y al ser el proceso judicial el cauce que mejor protege los derechos del acusado, es preferido frente al proceso administrativo. Con las facultades que se conceden a la Congregación para el clero en 2009, cobra especial relevancia por poderse imponer la plena de expulsión sin que sea a través de un juicio penal. En la Circular de la CDF se indica que los Ordinarios deben asegurarse de que las denuncias sean tratadas según la disciplina canónica y también según la civil. Por ello, se llama a la colaboración⁸⁶ con el mundo civil. Ahora bien, va a depender de las normas de cada Estado el tipo de colaboración. Por ello puede darse conflicto entre ambos ordenamientos (canónico y civil), como sucede en el caso de que existiendo prohibición canónica de dar a conocer lo relativo a la investigación previa, así como de las causas penales, podemos encontrarnos con que

rir a la pena la función de prevención de los hechos que atenten a estos bienes, y no basar su cometido en una hipotética necesidad ético-jurídica de no dejar sin respuesta, sin retribución, la infracción del orden jurídico. Ahora bien, para que el Estado social no se convierta en autoritario, sino que sea democrático y de Derecho, deberá respetar una serie de límites que garanticen que la prevención se ejercerá en beneficio y bajo control de todos los ciudadanos”. Vid. en MIR PUIG, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de derecho*, 2ª edición, Bosch, Barcelona, 1982, p. 40.

⁸⁴ Vid. el c.1342. 1 y 2 en http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P4Y.HTM

⁸⁵ J.L. SÁNCHEZ-GIRÓN RENEDE, S.J, “Novedades en el tratamiento de algunos delitos cometidos por clérigos”, en *Retos del Derecho Canónico en la sociedad actual. Actas de las XXXI Jornadas de Actualidad Canónica*, Madrid, 2012, pp. 55-57.

⁸⁶ J. RODRÍGUEZ TORRENTE, “Proceso penal canónico y colaboración con la justicia estatal en los delitos de abusos sexuales”, en *Reforma de los procesos de nulidad y otras novedades legislativas de Derecho canónico y Eclesiástico del Estado. Actas de las XXXVI Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas y celebradas en Madrid, los días 30 y 31 de marzo y 1 de abril de 2016*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 52-61.

el sacerdote se encuentra con la obligación estatal de cumplir la petición de la autoridad judicial del Estado de declarar o de entregar las actas conocidas o redactadas en el ámbito interno canónico; ordenamiento éste que no le permite hacer uso de ellas. Ello plantea un conflicto entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma. Existen dos Protocolos vigentes⁸⁷ en la Iglesia católica española relacionados con el asunto de abusos a menores: Por un lado, el Protocolo de actuación de la Iglesia en España para tratar los casos de los delitos más graves cometidos contra la moral por parte de clérigo⁸⁸, que ha modificado el *Motu proprio* de 2001 y, por otro, el Protocolo de actuación según la Legislación Civil⁸⁹ publicado por el Servicio Jurídico Civil de la Secretaría general de la Conferencia Episcopal española –en adelante CEE– en junio de 2010.

6. COLABORACIÓN DE LA AUTORIDAD CANÓNICA CON LA AUTORIDAD CIVIL

Cuando un miembro de la IC comete un delito caben dos situaciones⁹⁰: 1) Que la autoridad canónica inicie la investigación: La IC prefiere que sea la propia víctima quien denuncie ante las autoridades civiles, en vez de hacerlo el Ordinario o los sacerdotes. Si las leyes estatales obligan al Ordinario a denunciar judicialmente hasta que las víctimas alcancen la mayoría de edad, considera la autoridad canónica que es mejor no hacerlo personalmente, sino por medio de la oficina de la Curia diocesana. Hay un problema entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma. 2) Que la inicie el

⁸⁷ Vid. en <https://www.siguenza-guadalajara.org/images/publicaciones/protocolo-abusos-p.pdf> (última visita 25.01.2019).

⁸⁸ El Protocolo de Actuación de la Iglesia en España para tratar los casos de los delitos más graves cometidos contra la moral por parte de clérigo es un documento genérico publicado por la Junta Episcopal de Asuntos Jurídicos de la CEE en 2010.

⁸⁹ El Protocolo de actuación según la Legislación Civil del Estado publicado por el Servicio Jurídico Civil de la Secretaría general de la CEE en junio de 2010, es un documento de referencia que pretende ayudar a los Obispos, clérigos, religiosos e Instituciones eclesiales, a actuar en los casos que se puedan presentar de clérigos, religiosos o personas que trabajan en la pastoral de la IC y que impliquen supuestas agresiones, abusos sexuales a menores o posesión de pornografía infantil, entre otros supuestos. En este documento se tiene en cuenta la legislación española concordada, la doctrina científica y la jurisprudencia sobre estos casos. En cuanto las actuaciones Vid. en https://www.conferenciaepiscopal.es/wpcontent/uploads/2015/02/Imagenes_2015_Protocolo_Civil.pdf (última visita 15.02.2019).

⁹⁰ G. NUÑEZ, “Abusos sexuales (...), cit., pp.741-761.

Estado, parece conveniente no iniciar la canónica para evitar interferencias: Si de la investigación estatal se deduce que hay juicio, se investigará canónicamente, pudiendo acudir a las actas de dicha investigación, de poder tener acceso a las mismas, algo que no resulta fácil. Hasta fechas recientes el Ordinario del lugar trasladaba a las instituciones civiles, aunque el hecho constituyese un delito civil. Y, aunque, canónicamente no existe la obligación jurídica de denunciar estos delitos a la autoridad civil, recientemente la IC, variando su posición anterior, ha comenzado a colaborar con las autoridades civiles, facilitando esas denuncias⁹¹. Anteriormente la IC defendía que desde el Derecho canónico había que resolver dentro de la Iglesia, atendiendo al c.1344.2, lo que plantea un problema entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma. Las posibilidades eran dos: 1) no imponer pena canónica⁹² si ya ha habido castigo desde el Derecho secular; o 2) imponer una más benigna o una penitencia. Podía ocurrir que no hubiese vacante del mismo nivel eclesial y sólo alguna de nivel superior, planteándose la necesidad de promover al eclesiástico o religioso ascendiendo. Ello propiciaba el que si un sacerdote cometía un delito contra la libertad sexual de alguien, era trasladado⁹³ a otro lugar dentro de la Iglesia e incluso ascen-

⁹¹ Según señala R.F. FREIJE, *Respuesta eclesial y canónica a los abusos sexuales de menores bajo el impulso de J. Ratzinger, Prefecto y Papa*, tesis doctoral, Madrid, 2018, pp.204-205. Vid. en <https://repositorio.comillas.edu/xmlui/bitstream/handle/11531/33653/TD00344.pdf?sequence=1&isAllowed=y> (última visita 24.01.2109). Refiriéndose a la colaboración del ordenamiento canónico con el civil dice “esta colaboración con el ámbito civil genera algunas problemáticas especialmente de matiz interno (...). Se pregunta “¿cómo hacer compatible la información a la autoridad civil y la paternidad que define la relación entre un sacerdote y su Obispo? (...)”. Considera que la solución puede venir de las normas de Filipinas, donde debe distinguirse entre lo que se entiende como un deber ciudadano (denunciar...) y el deber que corresponde a la relación pastoral existente entre Obispo y sacerdote.

⁹² Sobre el diferente sentido que da el Derecho canónico al concepto de pena, HUIZING, P., S. J., Conferencia pronunciada en la Facultad de Derecho Canónico de la Universidad de Navarra el 18 de abril de 1968, Cfr. en: <https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/14195/1/ICVIII04.pdf> (última visita 30.01.2019).

⁹³ Como indica J. BERNAL, “Sentido y régimen jurídico de las penas expiatorias”, *Ius Canonicum* XXXVIII, núm. 76, 1998, p.613. El autor señala que: “c) El traslado penal a otro oficio. Ciertamente estamos hablando de una pena y, por lo tanto, se requiere la comisión previa de un delito. La autoridad puede imponer su traslado a otro oficio sin que haya existido delito alguno, pero en tal caso dicha medida no tendrá naturaleza penal, sino administrativa o pastoral (vid. cc. 190-191). Aunque el canon no lo explicita, es lógico pensar que el nuevo oficio al que uno es trasladado sea de menor o, como mucho, de igual categoría que el oficio anterior. En otro caso, el carácter penal de la medida quedaría muy debilitado”. Sobre las penas canónicas Vid. S. BUENO SALINAS, *Tratado general (...)*, cit., pp.448-460.

dido⁹⁴, conductas que más allá de no colaborar podían ser constitutivas de presuntos delitos. Esto ha cambiado recientemente en el seno de la IC. Del c.22 se deduce que el Derecho canónico debe observar las leyes civiles a que remite el Derecho de la IC, aunque se reserva el no observarlas si son contrarias al derecho divino o se dispone de otro modo el Derecho canónico. Es necesaria la colaboración⁹⁵ entre ambas instancias para que se pueda hacer justicia, lo que parece que defiende el Papa. Dentro del proceso penal canónico, hay ocasiones en que el Ordinario en ejercicio de la discrecionalidad acude a la negociación con el reo⁹⁶, lo que plantea un problema entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma. La doctrina cree conveniente cuando el delito canónico es al mismo tiempo un delito civil y hay un proceso civil iniciado o que va a serlo. En esos casos, el Ordinario, antes de que se inicie el proceso penal canónico, y a tenor del c.1718, puede dirimir, con el consentimiento de las partes, el resarcimiento de daños, asegurándose de que ello consta por escrito en un documento con eficacia civil. Pero también, el Ordinario debe poner los medios para que se cumplan los fines de la pena canónica, y sólo podrá aplicarse cuando el comportamiento delictivo no haya producido escándalo. En las nuevas normas sobre los “*delicta graviora*” de 2010, no se hace referencia a la colaboración con las autoridades civiles, pero se da una remisión a la guía⁹⁷ publicada por la Santa Sede, donde sí se dice que deben seguirse siempre las disposiciones de la ley civil en materia de información de delitos a las autoridades competentes. En 2011 el Cardenal Levada escribe una carta⁹⁸ de presentación a las CCEE sobre las

⁹⁴ “Una de las acusaciones más frecuentes contra los obispos fue que, conociendo que algunos sacerdotes habían abusado de menores, no los apartaron del ministerio público y no los acusaron a la policía, sino que los cambiaron a otra parroquia, donde continuaron con sus abusos.” Según señala P. PEÑA ANGEL, *La Iglesia Católica y el abuso sexual de menores*, Lima Perú, p.46, Cfr. en https://www.libroscatolicos.org/libros/defensa/iglesia_abuso_sexual_menores.pdf(última visita 24.01.2019).

⁹⁵ Vid. en: https://elpais.com/sociedad/2018/09/12/actualidad/1536758082_900720.html (última visita 14.12.2018) y sobre el Comunicado de prensa de la Santa Sede sobre el encuentro que tendrá lugar en el Vaticano del 21 al 24 de febrero de 2019, vid. <http://press.vatican.va/content/salastampa/es/bollettino/pubblico/2018/12/18/pres.html> (última visita 18.02.2019).

⁹⁶ M.J. ROCA FERNÁNDEZ, “En la discrecionalidad del ordinario y del juez en el proceso penal y en la imposición de la pena”, En *El código de derecho canónico de 1983: balance y perspectivas a los 30 años de su promulgación*, Universidad Pontificia de Comillas, 2014, p.419.

⁹⁷ Vid. en http://www.vatican.va/resources/resources_guide-CDF-procedures_sp.html(última visita 18.02.2019).

⁹⁸ Vid. en http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20110503_levada-abuso-minori_sp.html(última visita 18.02.2019).

líneas-guía que se deben aplicar. Carta que va acompañada de un *Subsidio* para ayudar a preparar, por cada Conferencia Episcopal, según sus circunstancias y sus leyes civiles, las normas de aplicación de estas líneas-guía sugerida por la Santa Sede, debiéndose presentar en 2012. En el *Subsidio* se manifiesta la cooperación con la autoridad civil. Ya no se habla de secreto, sino de confidencialidad y, se sitúa al obispo y superior mayor como responsable de toda la acción y de la relación con la persona acusada. Las líneas-guía deben tener en cuenta la legislación de cada Estado, en particular en lo que se refiere a la eventual obligación de dar aviso a las autoridades civiles, cuestión que plantea un problema entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma. La Santa Sede está de acuerdo en una mayor colaboración⁹⁹ con los Estados, pero no siempre ha sido así en relación con las Iglesias particulares. La ley 26/2015¹⁰⁰ conlleva una mayor responsabilidad cuando se da la condición de Obispo, sacerdote, o superior responsable religioso o religioso, que no denuncie ante las autoridades civiles y, donde el hecho contra un menor se conozca y realice en territorio español. Desde esa ley están obligados a comunicar a la autoridad civil competente, si tiene conocimiento de que alguien ha realizado esos abusos y, si pueden auxiliar al menor, afectando a catequistas, monitores de jóvenes o personas relacionadas con cualquier actividad con menores de 16 años, ya que se requiere que haya certificación del Ministerio de Justicia, del Registro central de delincuentes sexuales, en la que se afirme que no hay vinculación por condena por delitos de abuso sexual o materia sexual con menores. Será necesario crear en cada diócesis un archivo en el que conste dicho certificado. De esa ley se deduce el establecimiento de límites a la autonomía interna de las confesiones. Cada vez se normaliza más la aplicación en materia de abusos de la subsidiariedad económica o responsabilidad civil subsidiaria a las diócesis. Junto con sus antecesores –Juan Pablo II y Benedicto XVI– el Papa Francisco condena los abusos sexua-

⁹⁹ En favor de un compromiso entre ordenamientos secular y canónico G. HANS-JURGEN, “El abuso sexual como delito en el Derecho Canónico”, *Concilium*, núm. 3, pp. 461-462.

¹⁰⁰ Vid. artículos 11, 12 y 13 de la ley 26/2015. Vid. sobre la incidencia en la Iglesia de la LO de protección jurídica de menores. J. RODRÍGUEZ TORRENTE, “Proceso penal canónico y colaboración con la justicia estatal en los delitos de abusos sexuales”, *Reforma de los procesos de nulidad y otras novedades legislativas de Derecho canónico y eclesiástico del Estado. Actas de las XXXVI Jornadas de Actualidad Canónica, organizadas por la Asociación Española de Canonistas y celebradas en Madrid, los días 30 y 31 de marzo y 1 de abril de 2016*, Dykinson, Madrid, 2017 pp.34-47.

les a menores. El Papa instituyó la Comisión pontificia para la protección¹⁰¹ de los menores el 22.3.2014, comisión permanente para promover la dignidad de los menores y de los adultos vulnerables, que tiene personalidad jurídica según el c.116 y cuyos Estatutos¹⁰² son de 21.4.2015. En febrero de 2015 el Papa escribió una carta¹⁰³ a los presidentes de las CCEE y a los superiores de los institutos de vida consagrada y las sociedades de vida apostólica acerca de la creación de la Pontífica Comisión para la Tutela de Menores, en la que se recuerda el *iter* de la Comisión, indicando que no cabrá invocar, por ejemplo, el fin de evitar el escándalo en relación con los abusos a menores. En 2016 el presidente de dicha Comisión junto a otros miembros, emitió una declaración¹⁰⁴ sobre la obligación de denunciar a las autoridades civiles cualquier sospecha de abuso sexual. El Vaticano en 2016 reitera que los obispos tienen la obligación de denunciar los abusos a menores, e incluso se señala más allá de lo que exijan las leyes civiles, hay una obligación moral y ética¹⁰⁵ de denunciar el supuesto abuso a las autoridades civiles que tienen la obligación de proteger a la sociedad. Es una realidad que la Iglesia no cuenta, en la práctica, con un mecanismo que obligue a los obispos a perseguir administrativamente estos graves delitos, lo que facilita el que pueda darse la complicidad y el encubrimiento, poniendo de manifiesto un problema en relación con la autonomía interna de las confesiones. En el discurso de 21.9.2017 del Papa a los miembros de la Comisión pontificia para la protección de los menores condena el abuso sexual a menores y se muestra partidario de que la IC aplique el principio de “tolerancia cero”¹⁰⁶. En una Carta¹⁰⁷ dirigida a los chilenos el 31.6.2018, el Papa se muestra contrario al abuso sexual y de

¹⁰¹ Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2014/documents/papa-francesco_20140322_chirografo-pontificia-commissione-tutela-minori.html (última visita 18.02.2019).

¹⁰² Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2014/documents/papa-francesco_20140322_chirografo-pontificia-commissione-tutela-minori.html - Estatuto (última visita 18.02.2019).

¹⁰³ Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2015/documents/papa-francesco_20150202_lettera-pontificia-commissione-tutela-minori.html (última visita 18.02.2019).

¹⁰⁴ Vid. en <https://www.lastampa.it/2016/02/15/vaticaninsider/comisin-pontificia-obligacion-de-denunciar-la-pederastia-a-autoridades-civiles-nACfTomeWx8aSdGYwNgQA/pagina.html> (última visita 18.02.2019).

¹⁰⁵ Vid. en <https://gaceta.es/noticias/los-obispos-obligacion-denunciar-abusos-menores-16022016-2040/> (última visita 18.02.2019).

¹⁰⁶ Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2017/september/documents/papa-francesco_20170921_pontcommissione-tutela-minori.html (última visita 18.02.2019).

¹⁰⁷ Vid. en http://w2.vatican.va/content/francesco/es/letters/2018/documents/papafrancesco_20180531_lettera-popolididio-cile.pdf (última visita 18.02.2019).

poder en general, y al encubrimiento. El discurso papal de 24.2.2019 enumera las dimensiones sobre las que se centrará la IC en abusos sexuales a menores. La colaboración no debería ceñirse a la denuncia, sino extenderse al testimonio en los procesos penales, con dificultades, si se reveló bajo secreto de confesión, que se regula en los Acuerdos de 1976 con la IC y de 1992 con judíos, musulmanes y evangélicos, que expresamente tutelan el secreto de confesión y el más amplio que proviene de la relación confidencial entre fieles y ministros de culto. El c.983.1 establece la inviolabilidad del secreto sacramental y el c.984 prohíbe al confesor usar lo conocido en confesión. No hay excepciones que permitan revelar tal secreto, ya que sólo puede ser el feligrés quien autorice al confesor a revelar dicho contenido. El c.1388 establece que el confesor que viola directamente el secreto de la confesión incurre en excomunión automática. En el ordenamiento secular el art.24 CE reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y se alude a que la ley regulará los casos en que, por razón del secreto profesional, no será obligatorio declarar sobre hechos presuntamente delictivos. Tras la LO 26/2015, no hay obstáculo si el conocimiento se da fuera del secreto de confesión¹⁰⁸. El CP 1995 tipifica en su art.199 la vulneración del secreto profesional en todas las profesiones en las que el mismo sea un deber. La STS de 14.9.2000, declara que: “el secreto no debe interpretarse en sentido legal estricto de “confidencial”, sino en su aspecto relacionado con la intimidad o privacidad de las personas, ya que tal derecho constitucional protege la norma penal”. La cuestión es si dentro de la categoría “profesional” en el art.199.2 CP se incluye o no a los ministros de culto, lo cual plantea problema entre la autonomía interna de las Confesiones y los límites a la misma y en la protección de la libertad de conciencia del fiel a que no se revele lo que ha confiado bajo la condición de secreto. El deber de secreto religioso encuentra sus raíces en el “*sigillum confessionis*”, instaurado en el Concilio de Letrán en 1215, que aparece como mecanismo de defensa del sacramento de la confesión frente a los peligros de absentismo religioso de los fieles, temerosos de que el contenido de sus de-

¹⁰⁸ Sobre el secreto de confesión vid. R. PALOMINO LOZANO, “Una aproximación al secreto religioso”, en *Acuerdos del Estado español con confesiones religiosas minoritarias Actas del VII Congreso Internacional de Derecho Eclesiástico del Estado*, Barcelona, 1994, pp. 733-743. R. PALOMINO LOZANO, *Derecho a la intimidad y religión: la protección jurídica del secreto religioso*, Comares, 1999. R. PALOMINO LOZANO, “Objeción de Conciencia y Religión: una perspectiva comparada”, *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, vol. 10. 2009, pp. 435-476. R. NAVARRO-VALLS y J. MARTÍNEZ-TORRÓN, *Conflictos entre conciencia y ley. Las objeciones de conciencia*, Iustel, Madrid, 2011, pp.489-502.

claraciones pudiese ser desvelado de forma discrecional. Posteriormente, ese deber de sigilo se extiende a hechos confidenciales, conocidos por el sacerdote fuera de la confesión. Con posterioridad, se extiende a los ministros de las restantes religiones. Los eclesiásticos y los ministros de cultos religiosos no encajan dentro del concepto estricto de profesión, y se incluyen en el concepto de personas que actúan investidas de “estado”, pero no cabe excluirlos del art.199 CP¹⁰⁹. Esa laguna del CP la resuelve el art.417.1 LECr que incluye como exonerados de testificar a los ministros de otros cultos cuando conocen a través de las funciones de su ministerio¹¹⁰. Por tanto, no puede ceder el secreto de confesión, no pudiendo castigar al ministro de culto que no revela datos sobre quien ha cometido delitos contra la libertad sexual, aunque surgen algunos movimientos que piden esa reforma. En Australia¹¹¹, hay recomendaciones al Gobierno de la Comisión Real de Respuestas Institucionales al Abuso Sexual Infantil, incluidas en su informe sobre que los sacerdotes que no informen a la policía sobre sospechas de abusos sexuales a menores podrían enfrentarse a cargos penales en Australia, aunque conozcan los hechos bajo secreto de confesión. Si tal ley se impusiera, los sacerdotes tendrían que elegir entre seguir el derecho penal o el derecho canónico, que les prohíbe revelar lo que escuchen durante la confesión¹¹². Se aprueba en 2018 una ley en Australia¹¹³, que entró en vigor en 2019, que obliga a los sacerdotes a no observar el secreto de confesión cuando se trate de un abuso sexual. Esto plantea el problema de la autonomía interna de las confesiones, del límite a

¹⁰⁹ La no mención expresa puede deberse a un olvido del legislador, que no ha reparado en la regulación del derecho comparado. El art.622 del *Codice Penale italiano* o el par.203 del *StGB*, al incriminar el quebrantamiento del deber de sigilo, aluden, junto a determinadas profesiones, a las personas que revelan secretos, conocidos “por razón de su estado”.

¹¹⁰ R. GARCÍA ALBERO, *Comentarios al Código Penal (Tomo II)*. BIB 2008\3116. Editorial Aranzadi, S.A.U., diciembre de 2008. Vid. en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/naif/app/document?t?docguid=Ia1dbcf40ccf711df9d5f01000000000&srguid=i0ad82d9a0000016436421d484e0f271b&src=withinResuts&spos=5&epos=5&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomu n=&numeropub-tiponum> (última visita 14.12.2018).

¹¹¹ Vid. en: http://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=419316&d=1 (última visita 14.12.2018).

¹¹² El Papa ha ordenado la excomunión de un sacerdote nigeriano en Australia por haber vulnerado el secreto de confesión. Vid. en <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/62370/santa-sede-excomulga-sacerdote-australia-tras-haber.html> y en <https://es.gaudiumpress.org/content/93114-Santa-Sede-ratifica-excomunion-de-sacerdote-en-Australia-por-quebrantar-secreto-de-confesion> (última visita 18-3-2019).

¹¹³ Vid. en <https://www.religionenlibertad.com/polemicas/64965/aprueban-australia-una-ley-que-elimina-secreto-confesion.html> (última visita 18.03.2019).

la misma y de la propia libertad de conciencia de la persona. En su informe, la comisión reconoce la importancia otorgada de confidencialidad del secreto de confesión, sobre todo para la IC, pero sostiene que hubo reincidencia, antes de volver a buscar el perdón de nuevo.

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBAS
Universidad de Valladolid
Plaza de la Universidad, 1, 40005, Segovia
e-mail:fernando.santamaria@uva.es

RECENSIONES

Rafael DE LORENZO GARCÍA y Luis Cayo PÉREZ BUENO
Fundamentos del Derecho de la Discapacidad
Aranzadi, Pamplona 2020, 503 pp.

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: discapacidad, Derecho, metodología, ramas jurídicas
Keywords: disability, Law, methodology, legal branch

Como señalan Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno, directores de *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad* (Aranzadi, 2020), la presente obra pretende “consolidar un cambio de paradigma en el tratamiento jurídico de la discapacidad: reivindicar el Derecho de la discapacidad como una rama propia del derecho”. Se trata de una pretensión que comenzó en el año 2009, con la publicación del capítulo de Rafael de Lorenzo, “Los contornos del Derecho de la discapacidad”, en el libro *Hacia un Derecho de la Discapacidad* (Aranzadi), y que luego se ha ido concretando y sistematizando.

Tengo que reconocer que la primera vez que leí sobre esta consideración (la del Derecho de la discapacidad como rama jurídica), tuve serias dudas de que se tratara de una idea oportuna.

No cabe duda que existe una muy amplia normativa sobre la discapacidad, con presencia en todas las ramas jurídicas, que trasciende las fronteras estatales y que posee un recorrido histórico singular. Esta amplia normativa está coronada por una serie de principios que concretan aquellos que presiden buena parte de los sistemas jurídicos en el mundo contemporáneo: los derechos humanos. Se trata, además, de una normativa acompañada de una importante obra doctrinal y de una no menos importante jurisprudencia. Su amplio ámbito material tiene trascendencia, actualidad y permanencia en el tiempo. Todo ello son razones que justifican esta consideración.

Mis dudas venían del enfoque que se quisiera dar a esa nueva rama. En el fondo se me planteaba un problema siempre presente en las cuestiones de discapacidad y que tenía que ver con la definición o, si se quiere, con el punto de partida de la construcción. Se trataba de la dicotomía entre una visión de la discapacidad como condición o como situación.

Construir un Derecho de la discapacidad centrado en la discapacidad como condición personal no es lo mismo que construir un Derecho de la discapacidad centrado en la discapacidad como situación. El primer enfoque perpetua una consideración de la discapacidad como algo que tiene que ver con personas especiales, fuera de lo normal; por el contrario, el segundo abandona esa perspectiva personal y objetiviza una situación en la que toda persona puede estar.

Este segundo enfoque, que no implica desatender completamente la cuestión de la condición, es para mi el adecuado y permite, junto a las razones que señalaba antes, dar sentido a la propuesta de construir una nueva rama jurídica: el Derecho de la discapacidad.

En cuanto al futuro de esta propuesta habrá que esperar a su acogida por parte de la Comunidad jurídica pero, en todo caso, no será una tarea fácil porque, para su aceptación, se necesita concienciar sobre su importancia y extender su conocimiento.

Por otro lado, conviene subrayar que el Derecho de la discapacidad no es cualquier Derecho sobre discapacidad. El Derecho de la discapacidad, tal y como se configura en esta obra, es un Derecho basado en una serie de principios y derechos que se corresponden con la propuesta ética, jurídica y política de los derechos humanos.

La obra esta dividida en dos partes. La primera está dedicada al análisis crítico de la propuesta del Derecho de la discapacidad, mientras que la segunda se refiere a su contenido.

Así, dentro de la primera parte titulada “Metodología”, nos encontramos con dos capítulos, ambos escritos por Rafael de Lorenzo y Luis Cayo Pérez Bueno. El primero explica el origen, objetivo, estructura y contenido de la obra; el segundo, la delimitación, definición, método y fuentes del Derecho de la discapacidad.

La segunda parte de la obra, mucho más extensa, lleva por título “Alcance y contenido material”, y se divide en tres grandes secciones: “Sustrato social, principios y valores”, “Contenido material del Derecho de la Discapacidad” y

“Políticas, mecanismos y estructuras”. A lo largo de sus páginas, se abordan las principales cuestiones que comprenden el Derecho de la discapacidad.

La sección “Sustrato social, principios y valores”, toda ella escrita por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez, está compuesta de tres capítulos que coinciden con los referentes del título de la sección. El capítulo sobre el sustrato social aborda la definición de discapacidad, centrándose en sus dos grandes referentes, la condición y la situación, prestando una atención especial a las mujeres y los mayores. Los dos siguientes capítulos, versan sobre los principios y los valores, y en ellos se aborda los referentes básicos que presiden el Derecho de la Discapacidad, y que son la dignidad humana, el respeto a la diversidad, la inclusión social, la igualdad formal y material, la autonomía personal y la vida independiente, la solidaridad, la responsabilidad, y la accesibilidad universal.

La sección segunda “Contenido material del Derecho de la Discapacidad”, se expone en términos de derechos, si bien comienza con un importante capítulo, teniendo en cuenta el principal objeto de la obra, escrito por Rafael de Lorenzo y Miguel Loya del Río, sobre concepto y sistema de fuentes del Derecho de la discapacidad. El resto de capítulos abordan derechos autonomía (como el capítulo “De las personas”, escrito por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez, y el capítulo “Libertad”, escrito por Miguel Loya, Isabel Enríquez y Mariana Samaniego); la igualdad y la no discriminación (capítulo escrito, de nuevo, por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez); la accesibilidad (capítulo escrito por Rafael de Asís, M. Carmen Barranco y Patricia Cuenca); prestaciones y obligaciones de los poderes públicos (por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez); la garantía y tutela de los derechos (capítulo escrito por Rafael de Lorenzo, Miguel Loya, Isabel Enríquez y Mariana Samaniego); y los deberes (capítulo escrito por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez).

La tercera y última de las secciones “Políticas, mecanismos y estructuras”, consta de tres capítulos que vuelven a coincidir con los temas a los que se refiere el título. Políticas públicas con especial atención a la transversalidad, las acciones positivas, la cooperación y los objetivos de desarrollo sostenible; mecanismos de conocimiento de la discapacidad; y estructuras en las que se apoya este Derecho. Como ocurría con la sección primera, la tercera está toda ella escrita por Luis Cayo Pérez Bueno y Gloria Álvarez Ramírez.

Fundamentos del Derecho de la Discapacidad posee una relevancia esencial en el ámbito jurídico ya que recoge de manera integral y sistemática, como

su propio nombre indica, los fundamentos del Derecho de la discapacidad. Además, el libro contiene una propuesta sensible para la ciencia jurídica que, sin duda, será objeto de discusión y análisis. Se trata, por otro lado, de un estudio que colaborará en esa tarea tan relevante y necesaria como es la dar a conocer la normativa en materia de discapacidad a la comunidad jurídica.

Una publicación como esta tiene muchos destinatarios. Los principales son los juristas interesados en la discapacidad, las organizaciones y las propias personas con discapacidad. Ahora bien, se trata de una obra imprescindible para los operadores jurídicos y los estudiosos del Derecho en general, dada la importancia que la discapacidad tiene en este campo.

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: rarfid@inst.uc3m.es

José María ALONSO SECO,
La política social como realización de derechos sociales,
Editorial Tirant Humanidades, Valencia, 2019, 750 pp.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Palabras clave: derechos sociales, políticas públicas, políticas sociales
Keywords: social rights, public policy, social policy

El autor de este volumen, José María Alonso Seco, es probablemente una de las personas que mejor conoce los sistemas de política social con los que cuenta este país, no solo por las publicaciones con las que cuenta, sino también por su experiencia profesional como funcionario de la Seguridad Social. Además, es docente en la Facultad de Derecho en la UNED.

Pero este libro, que tiene su origen en la tesis doctoral del autor, es algo más y de ahí la conveniencia de su lectura para todo aquel que quiera estar familiarizado y entender tanto el origen como el concepto y el fundamento de los derechos sociales, para luego pasar a comprender cómo funcionan las garantías a estos derechos en España. Se trata, por tanto, de una obra ambiciosa, porque va desde lo más general a lo más particular, desde lo que son los derechos sociales y cómo estos se fundamentan en la libertad y la igualdad, haciendo un repaso exhaustivo por su historia, hasta llegar al ordenamiento jurídico español y el análisis detallado de algunos derechos sociales como el derecho a la educación, la protección social de la familia, protección de la salud y a la Seguridad Social, así como el derecho a los servicios sociales y a la asistencia social. El lector de esta obra, que además está escrita con una enorme claridad y con un estilo directo donde es capaz de resumir posturas doctrinales que no siempre son fáciles de entender, acabará teniendo una visión completa y clara de lo que son los derechos sociales y de cuál ha sido su evolución en su reconocimiento y en la puesta en marcha de sus garantías, así como del funcionamiento de algunos de ellos en nuestro ordenamiento jurídico. Quizá se echa en

falta que el autor hubiese incorporado algún otro derecho, como el derecho a la vivienda, que viene siendo también objeto de discusión en España ya desde hace décadas, pero sobre todo desde la época de la especulación y del boom inmobiliario, problema que no está resuelto y que con la especulación en el precio de los alquileres como consecuencia de los alquileres turísticos es también uno de los retos que tenía España antes de la pandemia del SARS-Cov2 y que seguirá teniendo acentuado por los destrozos económicos que esta crisis sanitaria está ocasionando en nuestra estructuralmente maltrecha economía.

El autor entiende que la política social es la forma de concretar y garantizar los derechos sociales que son derechos humanos al mismo nivel que los derechos civiles y políticos, por mucho que desde posiciones liberales se haya incidido en que solo los segundos podrían configurarse como derechos. Alonso Seco analiza todas las posiciones doctrinales en esta discusión tradicional entre derechos civiles y políticos y derechos sociales para concluir, de acuerdo con los documentos hoy vigentes de Naciones Unidas, que los derechos “forman un todo indivisible” (p. 81) que tienen como base y fundamento la protección de dos valores que conforman la ética pública como son la libertad y la igualdad. Así, la política social tiene como objetivo también la realización de esa libertad e igualdad, pero no de forma abstracta, sino concretándolo en las situaciones particulares en las que vive un individuo: sus condiciones económicas, sociales, familiares, etc. Por ello el autor señala, en mi opinión con mucho acierto, “que el verdadero sentido de la libertad como realización de la persona solo puede tener lugar cuando esta se concibe en su contexto social, de que aquella no se puede escindir” (p. 66). Y precisamente, como las circunstancias son cambiantes, aunque los derechos sociales permanezcan en el tiempo, las políticas sociales que tratan de hacerlos efectivos cambian y se modifican a lo largo del tiempo para adecuarse a las condiciones sociales, económicas, tecnológicas y laborales de cada momento. La política social tiene como objetivo, por tanto, alcanzar la justicia social, y aunque lo hace de una forma predominantemente redistributiva, el autor no se olvida de la otra dimensión de la justicia que es el reconocimiento. No se adentra en este debate entre justicia como distribución y reconocimiento que protagonizaron a principios de este siglo Nancy Fraser y Axel Honneth, porque no es el objeto de la materia, pero creo que el autor coincide como mi apreciación de que las instituciones que tratan de realizar y hacer efectiva la justicia social no deben quedarse en un plano meramente redistributivo (que ha sido tradicionalmente lo que ha venido haciendo el Estado de bienestar)

sino también en uno de reconocimiento. Y, me atrevería a decir más, las instituciones y políticas sociales que creemos deberían someterse a ese doble análisis en términos de justicia distributiva y justicia en el reconocimiento.

El autor entiende que los derechos y las políticas sociales están fundadas en la libertad principalmente. Pero en una libertad que no es meramente individual sino que es social. Rechaza con acierto ese mito ilustrado de que la libertad era autonomía, capacidad plena sin necesidad de los demás, en sus palabras “el ser humano, se le mire desde una perspectiva filosófica u otra, no es un individuo aislado, no puede vivir sin referencia a otros seres humanos; tiene una dimensión social, sea familiar, comunitaria, laboral, política, religiosa o de cualquier otro tipo” (p. 152). Por lo tanto, nuestro proyecto de vida, el ejercicio de nuestra libertad, precisa de los otros, porque el ser humano no es nada aislado, necesita a los demás para vivir. De ahí que yo entienda, y no sé si el autor estaría de acuerdo conmigo en esta apreciación, en que los derechos hoy en día deben fundarse en la vulnerabilidad que todos tenemos y sentimos. Que nuestra vulnerabilidad la vemos reflejada en los otros y a partir de ahí podemos construir un fundamento más realista de los derechos humanos. Por otra parte, cuando Alonso Seco analiza el origen de los derechos sociales haciendo un exhaustivo análisis de distintas revoluciones, como la francesa, la de 1848 o lo que se conoce como revolución industrial, entiende que la aparición de los derechos sociales no solo se puede atribuir al socialismo, sino a la confluencia de éste con otras corrientes ideológicas como puede ser el cristianismo social que se inaugura con la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII. Se llega así a un Estado cuya función no es solo la de actuar de policía sino al que se le exige intervenir para mejorar las condiciones de vida de capas de la población que sufren carencias, enfermedades o hambre.

Todas estas doctrinas preocupadas por la suerte de los menos favorecidos, al menos en Occidente, dieron lugar a la aparición no solo de los Estados constitucionales de Derecho sino de Estados sociales constitucionales que incluían los derechos sociales en las normas supremas de los ordenamientos. Quizá una de las primeras fue la Constitución de Weimar porque para el autor es de destacar “la importancia que concede a los derechos fundamentales, tanto los individuales como los sociales” (p. 261), siendo un punto intermedio entre un sistema económico liberal y uno socialista. Esto es algo que al menos todos los Estados constitucionales y sociales de Derecho comparten, como se puede apreciar en las constituciones que se aprobaron en Europa tras la II Guerra Mundial. El autor también pasa revista a la crisis

del Estado social, una crisis en la que llevamos inmersos por lo menos desde la crisis del petróleo de los años 70 y que nunca se ha solucionado del todo (en todo caso, se ha agravado) pero que no ha supuesto el dismantelamiento del Estado social. El autor apuesta por una reformulación del Estado social “para adaptar sus principios, valores y fundamento a las circunstancias del momento presente; una reformulación que debe tener en cuenta las críticas que se le han dirigido, así como las causas que originaron su crisis” (p. 283). Así, en la obra comentada se señalan 13 grandes retos que los Estados sociales tienen hoy en día, a saber, erradicar el hambre, la indigencia y reducir la pobreza, afrontar el problema de las migraciones, proporcionar asistencia médica y asistencia social básica a todos los ciudadanos, afrontar el envejecimiento progresivo de la población, preservar al ciudadano frente al poder de las nuevas tecnologías, afrontar los problemas derivados de la bioética, delimitar los servicios sociales básicos que deben ser de provisión obligatoria por los poderes públicos, estudiar fórmulas para incorporar la iniciativa privada a la gestión de los servicios sociales públicos, aprovechar la nueva sensibilidad ciudadana emergente ante los problemas sociales, analizar las tendencias individualistas de nuestros días, dar soluciones a la sostenibilidad financiera y estudiar las oportunidades que ofrece la integración en la UE (pp. 284-287). Son grandes retos sin duda que hoy tienen nuestras democracias y nuestros Estados de bienestar; quizá el más relevante es el de la sostenibilidad financiera donde el envejecimiento de la población unido a la precariedad, inestabilidad y ausencia de empleo juvenil lo hace un desafío importante. Ante este problema tengo que confesar que no soy muy optimista, porque la precariedad de hoy será pobreza el día de mañana de los mayores y solo desde un diseño nuevo de todo el sistema fiscal, un diseño que por lo menos debería hacerse a nivel de la UE, podríamos evitar esto. Algo que no parece estar en la voluntad de los políticos que nos gobiernan.

Una concepción con la que estoy muy de acuerdo con el autor es la superación de la categoría y conceptualización iusprivatista del derecho subjetivo; argumento utilizado con cierta frecuencia para negar el carácter fundamental de los derechos sociales. Como señala Alonso Seco “el concepto de derecho subjetivo es aplicable también al Derecho público” y por tanto debe extenderse a los derechos sociales; otra cosa es que muchas veces no haya deberes derivados de los derechos subjetivos sociales, pero eso es una laguna en nuestros ordenamientos que es necesario y yo diría que inmediato colmar. Nuestro texto constitucional jerarquiza los derechos pero no lo hace según una visión

generacional porque derechos sociales como el derecho a la educación aparece entre los derechos fundamentales con mayor protección. El autor apostaría por una reforma constitucional en la que al menos algunos de los derechos sociales se constitucionalicen en su contenido más básico o fundamental, de forma que su desarrollo por la vía legislativa fuera obligatoria para que terminaran configurándose como auténticos derechos subjetivos y no como principios rectores que es como están recogidos en la Constitución de 1978 gran parte de los derechos sociales y que informan la legislación, pero no obligan al legislador a respetar ese contenido mínimo o esencial, “restringir el contenido del derecho a un nivel mínimo de satisfacción de la necesidad” (p. 361). Aunque, aun siendo principios rectores, no son normas sin contenido y que deben ser desarrollados por la legislación estatal y autonómica, y por tanto normas vinculantes, su alcance queda en manos del legislador que puede o no concretarlos, puede o no realizar la norma de detalle. Sin duda, si algún día hay una reforma constitucional de gran calado, deberíamos repensar la posición de muchos de los derechos sociales en el texto constitucional. Reforma esta, sin embargo, que, al menos en el momento político actual, parece imposible de realizar y quizá apostar por un contenido mínimo puede ser una opción arriesgada que dé alas a aquellos críticos con los derechos sociales.

La obra comentada dedica su última parte a analizar cómo están regulados en España determinados derechos sociales, como el derecho a la educación, el derecho a la protección social de la familia, a la protección de la salud y a la asistencia sanitaria, a las prestaciones de la Seguridad Social, los derechos de las personas con discapacidad y los de las personas en situación de dependencia, así como la situación de los extranjeros y emigrantes españoles en relación a los derechos sociales. A continuación y como concreción de todo lo anterior, el autor se dedica al análisis de las leyes autonómicas de servicios sociales, donde algunos derechos sociales se reconocen ya sea en esa legislación o en los Estatutos de Autonomía aprobados en los años que llevamos del siglo XXI como derechos subjetivos. En esta parte de la obra el lector encontrará una comparativa de las prestaciones por Comunidades Autónomas que resulta del todo interesante por su exactitud y certero análisis. Alonso Seco se muestra optimista sobre el avance de la legislación autonómica reciente en materia de servicios sociales, lo que considera “una prometedora nueva etapa de los servicios sociales, impensable hasta hace pocos años” (p. 488). En relación a la protección de la familia, coincido con el autor en que la diversidad de modelos de familia que existen ahora en nuestro país exige un concepto de familia am-

plio y no el clásico basado en el matrimonio con hijos, de ahí que sea necesario “configurar legalmente derechos para las nuevas formas de familia emergentes” de las que el autor ofrece cifras y ejemplos. De estas las que requieren más atención y protección son las constituidas por personas mayores que viven solas, las familias monoparentales con hijos y las familias numerosas. Y es que si observamos los datos de pobreza en España que periódicamente nos ofrece el INE o el Informe FOESSA, son también aquellas en las que hay un mayor índice de pobreza y de escasez.

El autor acaba con el análisis de los servicios sociales y defiende un concepto restringido de estos, entendiendo que “son prestaciones personales de hacer; no son monetarias, materiales o tecnológicas” (p. 598) y atiende aquí a los servicios que existen para las personas con discapacidad, las personas mayores y las que están en situación de dependencia.

La obra, publicada en 2019, antes por tanto de la pandemia que estamos viviendo, no analiza los efectos que esta puede tener sobre el derecho a la asistencia sanitaria o la atención a los mayores ni cómo podremos lograr la sostenibilidad financiera de nuestro sistema en los próximos años donde los economistas prevén que la crisis sea mucho mayor que la que sufrimos en 2008. Por tanto, aunque el autor analiza los sistemas autonómicos de rentas mínimas, no ha podido analizar el ingreso mínimo vital que el Gobierno y las Cortes aprobaron el pasado mes de junio y que por los datos que se conocen no está llegando a todas las personas que tendrían derecho a él y que está sirviendo de excusa a algunas comunidades como la de Madrid para dismantelar su propia renta mínima de inserción. Sería interesante que el autor, con su experiencia y conocimiento, dedicara una futura obra al análisis del ingreso mínimo vital y su relación con las rentas de las comunidades autónomas, algo de lo que todavía es pronto para tener una opinión formada y extraer conclusiones.

En definitiva, creo que estamos ante una obra fundamental tanto para juristas como para trabajadores sociales que quieran conocer en detalle nuestras políticas sociales. El lector encontrará un libro riguroso, acertado y escrito con un estilo brillante accesible a cualquier persona aunque no se haya dedicado al estudio de estas cuestiones.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas-ICADE
e-mail:jlrey@icade.comillas.edu

Fernando REY MARTÍNEZ,
Derecho antidiscriminatorio,
Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2019, 573 pp.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: igualdad, no discriminación, grupos vulnerables
Keywords: equality, no discrimination, vulnerable groups

En esta obra, titulada *Derecho antidiscriminatorio*, Fernando Rey Martínez, Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad de Valladolid, nos ofrece un panorama completo y documentado sobre la temática de igualdad y no discriminación, con especial referencia a la legislación y jurisprudencia española y europea y con las inevitables referencias en esta materia al Derecho antidiscriminatorio norteamericano. Una de las mayores cualidades de esta obra, además de su pormenorizado tratamiento de los temas y actualidad de los casos y doctrina utilizados, es que no omite la toma de posición de temas muy controvertidos, siguiendo el criterio propio del autor, aunque no esté de moda o no sea popular. Es decir, es un académico que fundamenta y justifica sus posiciones y ofrece argumentos a favor y en contra para, finalmente, manifestar una toma de posición justificada.

El prólogo se inicia con la parte más personal del libro, donde el autor rememora su relación con el tema de la igualdad desde sus facetas de jurista teórico y práctico, cuando este tema no estaba tan en el *mainstream*, como ahora está. Concluye su enfoque con estas palabras: “yo confieso ser un fanático del tema de la igualdad, pero no por ello es menos sugerente y acuciante, creo, la idea de que el Derecho antidiscriminatorio debiera llegar a estudiarse más y mejor en nuestras Facultades de Derecho” (...) porque es un hecho que los operadores jurídicos, a pesar de los ímprobos esfuerzos de numerosas personas y entidades, siguen, por lo general, sin conocer los rudimentos básicos de esta materia” (p. 17).

Se puede afirmar que “la explosión del Derecho antidiscriminatorio es sintomática de la evolución social y política” (p. 22). Y que actualmente las materias de este libro son objeto de especial atención en la academia y en la agenda política. Desde hace unos años, se está dando una especial sensibilidad por los temas de igualdad y no discriminación y están evolucionando ciertos valores sociales. En este sentido, el Profesor Rey Martínez propone tres ejemplos, donde se ven el alcance y las limitaciones del Derecho antidiscriminatorio.

El primero es el caso del Alarde de Irún, se trata de un desfile con vestimenta y organización militar, dentro de una fiesta popular, que exclusivamente protagonizan hombres. Un grupo de mujeres quiso participar en el desfile. La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco da la razón a las mujeres, porque recibía fondos públicos. Pese a esta sentencia, el resultado práctico fue que el Alarde “tradicional” –mayoritario– se siguió organizando, sin ningún tipo de subvención pública y, a la vez, hubo un desfile del Alarde –minoritario– y de carácter mixto.

Un segundo ejemplo tiene que ver con el caso de los pescadores de El Palmar. Se trata de la comunidad de pescadores de El Palmar de la Albufera de Valencia, una asociación de Derecho privado, que se rige desde finales de siglo XIII por las propias costumbres. Las mujeres están excluidas y demandaron estar dentro de esta comunidad. El Tribunal Constitucional les dio la razón, basándose en que esta comunidad se encargaba “de la explotación económica en exclusiva de un dominio público, las aguas de la Albufera y su riqueza piscícola”¹ Como plantea Fernando Rey, ¿qué hubiera pasado si esta asociación fuera de un ámbito estrictamente privado? ¿se hubiera decidido el caso de forma distinta? (p. 37).

El tercer ejemplo es el famoso caso del pastelero de Denver que se negó a vender una tarta de boda a una pareja gay. Este conflicto ha sido resuelto por el Tribunal federal norteamericano en la sentencia *Masterpiece Cake Shop Ltd. v. Colorado Civil Rights Commission* (2018). El Supremo falla a favor del pastelero y en contra de la pareja gay. Se ha dado otro caso “semejante, pero no idéntico” (p. 38), fallado por el Tribunal Supremo de Reino Unido, en la Sentencia *Lee v. Ashers Baking Company*, de 10 de octubre de 2018. También en el caso británico se falla a favor de los panaderos, el matrimonio MacArthur, un par de devotos cristianos que se niegan a vender una tarta al señor Lee en Irlanda del Norte con el mensaje “Apoya el matrimonio gay”.

¹ Auto del Tribunal Constitucional de 20 de septiembre de 2001.

Fernando Rey analiza estos dos casos desde el siguiente enfoque: “el derecho a la libertad religiosa y a no sufrir discriminación por este motivo comprende el derecho a no ser obligado a manifestar públicamente opiniones que uno no comparte en absoluto. Los pasteleros tienen el derecho a rechazar un mensaje (en este caso, de apoyo al matrimonio gay) contrario a sus convicciones. Del mismo modo que unos pasteleros liberales podrían rechazar hacer una tarta con un mensaje de apoyo al matrimonio tradicional. Por eso, a mi juicio, el caso británico (el problema era el mensaje) está correctamente decidido pero el norteamericano (el problema eran los mensajeros) no” (pp. 38-39)².

A continuación, el Profesor Rey Martínez destaca los fundamentos teóricos del derecho antidiscriminatorio, en su dimensión individual, la noción de igual dignidad y en la dimensión grupal, el principio de anti-subordinación. Este último ha sido desarrollado por Owen Fiss especialmente con la perspectiva de su *group-disadvantaging principle*. Kenneth L. Karst desarrolla, por su parte, la *teoría del estigma*, donde el derecho de igual ciudadanía, basado en la idea de igualdad, garantiza a cada individuo el derecho a ser tratado por la sociedad como un miembro respetado, responsable y participante. Sandra Fredman ha sintetizado los factores de la igualdad en la siguiente forma: corregir las desventajas; contrarrestar los prejuicios, los estigmas, los estereotipos, la humillación y la violencia basada en alguno de los rasgos protegidos; mejorar la participación y la visibilidad social, compensando tanto la exclusión social como la política y, por último, reconocer las diferencias y conseguir un cambio estructural.

Catharine A. MacKinnon ha intentado replicar la visión multifactorial de Sandra Fredman. Coincide con ella en la defensa de una idea sustantiva de igualdad, pero, a diferencia de Fredman, MacKinnon considera que el principio subyacente contra el que se dirige todo el Derecho antidiscriminatorio es, en realidad, uno solo, el de jerarquía social. Concluye este panorama Fernando Rey, afirmando: “a mi juicio, ambas tienen razón y sus posturas no son, en realidad, incompatibles; son miradas válidas parcialmente distintas y complementarias de una misma realidad” (p. 46).

Como afirma el Profesor Rey Martínez, el acoso discriminatorio es una variedad de discriminación directa, reconocida expresamente como tal en

² En mi opinión, me parece útil el uso de la Regla de Oro para estos conflictos interculturales: “¿Podría un panadero homosexual negarse a hacer un pastel con mensajes de una religión, por ejemplo, con referencias a la Semana Santa o al *Yom Kippur*?”.

las directivas de igualdad, que consiste en “toda conducta no deseada en relación con el género, el origen étnico/racial, la discapacidad, etc. que se produzca con el propósito o el resultado de violar la dignidad de una persona creando un ambiente intimidante, hostil, degradante, humillante u ofensivo” (p. 59).

El acoso sexual también puede clasificarse en dos tipos, distinguiendo entre el llamado “chantaje sexual, de intercambio o *quid pro quo*, y el acoso sexual ambiental en atención al clima soez, desagradable u odioso que origina”, según la Sentencia del Tribunal Constitucional 224/1999, de 13 de diciembre, que contiene la justificación constitucional de la prohibición y de los elementos que componen el acoso sexual (p. 60).

La expresión de *lenguaje del odio* o *discurso del odio* es criticada por el Profesor Rey Martínez, en estos términos: “es una expresión que casa mejor con la gramática periodística y política que con la jurídica. Me permitiré añadir, además, que induce a una inevitable confusión conceptual” (p. 64). En cambio, propone utilizar, de forma más “útil y precisa” el término “discurso discriminator”. Esto es debido a que: “el odio es una actitud interna del sujeto que se puede traducir en una conducta discriminatoria que, a su vez, puede ser o no violenta. El odio sería, pues, la munición ideológica de la discriminación. Y la violencia es una especie del género discriminación. En otras palabras, el concepto central es el de la discriminación” (p. 64).

Sobre el tema de si el odio tiene grados, cómo se miden y cuál es el papel del Derecho Penal en su castigo, Fernando Rey en el caso de “si un alcalde llama, por ejemplo, en un discurso político a los gitanos rumanos de la propia localidad lacra o ladrones” (p. 66), afirma que las sanciones civiles o administrativas podrían ser una buena solución. En concreto, dice “la alternativa que propongo es la de transponer correctamente el modelo europeo de lucha contra la discriminación y, en consecuencia, la de sancionar por vía administrativa ese tipo de infracciones derivadas de discursos discriminatorios a través de un órgano autónomo de lucha contra la discriminación (que pudiera ser, según la experiencia europea, un órgano específico o, incluso, la propia figura de los defensores del pueblo, como en Francia, previas las reformas normativas que se requiriesen)” (p. 66).

Sobre la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, es interesante la crítica que realiza Rey Martínez ya que se ha introducido “una deriva conceptual de la noción de discurso de odio en nuestro país” (p. 75). De esta forma, “en la STC 177/2015, el Tribunal considera que quemar en

acto público la foto de los Reyes es una variedad de discurso de odio no amparada por la libertad de expresión y, en la STC 112/2016, sostiene que el tipo penal de enaltecimiento del terrorismo aplicado en un caso de homenaje público a un etarra ya fallecido es también una forma válida de lucha contra el discurso del odio” (p. 75) El lenguaje del odio, tal y como ha sido tradicionalmente concebido por la doctrina y la jurisprudencia, está compuesto por “únicamente los discursos dirigidos contra los miembros de los grupos sociales protegidos por la cláusula específica de prohibición de discriminación, es decir, las minorías étnicas, las sexuales, las religiosas, las personas con discapacidad y los inmigrantes. *Nadie más*” (pp. 64-65)³.

Es interesante el análisis de las diversas herramientas y nociones sobre igualdad y no discriminación, que han ido aumentando la complejidad y sofisticación de la materia en los últimos años. Se trata de elementos como las discriminaciones indirectas, la igualdad de oportunidades, las acciones positivas, las discriminaciones positivas e inversas, discriminaciones erróneas, ocultas y por asociación, discriminaciones institucionales y sistemáticas y las discriminaciones múltiples o interseccionales.

Entre las garantías institucionales sobre igualdad y no discriminación destacan los Organismos de igualdad. Fernando Rey propone crear “un órgano especializado en la lucha contra el racismo, la xenofobia, el antisemitismo y la intolerancia” (p. 133), basándose en los elementos que su composición refleje a la sociedad, sea independiente del Gobierno, disponga de fondos suficientes y su financiación deba someterse a la aprobación anual del Parlamento.

El autor afirma que la discriminación sufrida por las mujeres es “la más antigua y persistente en el tiempo, la más extendida en el espacio, la que más formas ha revestido (desde la simple y brutal violencia hasta los más sutiles comportamientos falsamente protectores –se trata mejor a las mujeres porque se las considera más débiles), la que afecta al mayor número de personas (las mujeres no son una minoría, sino la mayoría social) y la más primaria porque siempre se añade a las demás discriminaciones (combinando diversas formas de discriminaciones múltiples)” (p. 147).

Sobre la –a veces controvertida– cuestión de la discriminación positiva o inversa, el Profesor Rey Martínez hace un repaso de los principales argumentos a favor, en esta ocasión, las cuotas electorales de género, cuando sostiene: “las asambleas políticas deberían reflejar la presencia de los princi-

³ Énfasis añadido.

pales grupos sociales y ya que las mujeres son la mitad de la población, deberían ocupar la mitad de los escaños; la representación política no se refiere sólo a mérito y competencia, sino a representar a la gente; ¿cómo se puede justificar, si las mujeres tienen el derecho a una igual representación, que los varones dispongan de casi todos los cargos parlamentarios?; las cuotas no discriminan, más bien compensan las barreras y mecanismos de exclusión que todavía existen para las mujeres; las cuotas no discriminan a los varones, sino que limitan la tendencia de los partidos de proponer casi siempre a varones” (p. 169).

Asimismo, el autor de *Derecho antidiscriminatorio* muestra algunos de los argumentos que comúnmente se utilizan en contra de las cuotas electorales de género: “la representación política tiene por objeto ideas e intereses, no grupos sociales; la representación es cuestión de mérito (dejemos que gane el mejor candidato para el trabajo); en la medida en que las cuotas dan prioridad a un grupo, lesionan la igualdad de trato y de oportunidades para todos; son discriminatorias porque favorecen a un grupo a expensas de candidatos mejor cualificados de otro; lesionan el derecho de los partidos de elegir sus propios candidatos; son antidemocráticas porque los votantes deberían tener la última palabra sobre quién les representa” (p. 169-170).

La discriminación múltiple o interseccional suele combinar los criterios étnicos/raciales y los de género. Como afirma Rey Martínez, el concepto de discriminación múltiple, al que se refieren diversos textos normativos de la Unión Europea, apenas ha encontrado, sin embargo, por el momento, reconocimiento judicial. La demanda de María Luisa Muñoz Díaz permitía al Tribunal europeo apreciarlo por primera vez: “la demandante es tratada de modo distinto y peor que las viudas que sí han contraído matrimonio legalmente” (p. 215) porque es gitana y es mujer al mismo tiempo, es decir, porque es una mujer gitana.

Sobre la discriminación racial “como afirma R. Dworkin, la discriminación racial es la más odiosa de todas porque expresa desprecio y es profundamente injusta... es completamente destructora de las vidas de sus víctimas... no les priva simplemente de alguna oportunidad abierta a otros, sino que les daña en casi todos los proyectos y esperanzas que puedan concebir” (p. 233).

En cuanto a si se da un prejuicio discriminatorio en la visión de la persona con discapacidad como un incapaz, se argumenta en favor del tránsito del modelo médico al modelo social, cuando el autor afirma: “la persona con disca-

pacidad, que no es un discapacitado, sino alguien que tiene una discapacidad, que no es lo mismo, porque la discapacidad no es el rasgo esencial, trascendente y definitorio de una persona, no es por ello necesariamente un incapaz. De ahí que la discapacidad sea, en efecto, un constructo social, un estigma, que debe superarse para que las personas con ella no se vean reducidos a ciudadanos de segunda clase, no se sometan a un paternalismo que, en realidad, parece proteger sólo porque se considera que valen menos (minusvalía), que pueden menos, que no son seres humanos completos” (p. 276).

Sobre la orientación sexual, Rey Martínez afirma que se ha dado un auténtico “cambio de paradigma” desde las épocas de la criminalización, que aun pervive en algunos países, al actual reconocimiento jurídico del matrimonio de las personas del mismo sexo. De esta forma, el Profesor Rey Martínez sostiene: “la cuestión de la igualdad jurídica de los homosexuales ha venido a adquirir estatura constitucional y a convertirse a velocidad de vértigo en uno de los asuntos sociales y jurídicos más importantes del comienzo de siglo, tanto en España como en la mayoría de los países de nuestro entorno.” (p. 298).

Sobre la Sentencia del Tribunal Constitucional que tuvo que analizar la constitucionalidad del matrimonio homosexual, Fernando Rey realiza el siguiente análisis: “el punto crítico es si la nueva regulación del matrimonio desnaturaliza el matrimonio. El Tribunal considera que la regulación constitucional del matrimonio, que procede de 1978, se refiere al matrimonio heterosexual. Pero observa que, aunque el art. 32 CE se refiere a “hombre y mujer” como titulares del derecho (porque perseguía, sobre todo, la plena igualdad jurídica entre el casado y la casada), no prohíbe tampoco expresamente la posibilidad del matrimonio homosexual. A partir de esta falta de prohibición expresa, la Sentencia acude a la interpretación evolutiva, a la doctrina de la Constitución como un árbol vivo (según la conocida expresión de la jurisprudencia constitucional canadiense), para concluir que la nueva regulación desarrolla la institución del matrimonio conforme a la cultura jurídica actual, sin hacerla en absoluto irreconocible para la imagen que de la institución se tiene en la sociedad española contemporánea (F. Jco. 9)” (pp. 314-315).

El Profesor Rey Martínez también analiza la Ley 3/2007, de 15 de marzo, reguladora de la rectificación registral de la mención relativa al sexo de las personas, que excluye a los menores para la rectificación de la mención registral del sexo y del nombre y sobre esta complicada cuestión ha de pronunciarse el Tribunal Constitucional. De esta forma, este Tribunal considera que la prohibi-

ción de rectificar la mención registral de sexo y nombre a los menores de edad es, por un lado, un límite al principio constitucional de desarrollo de la personalidad (art. 10.1 CE), ya que, con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de derechos humanos (y también en la del Supremo español, en la del Tribunal federal alemán, en el Consejo de Europa y en la propia finalidad de la Ley 3/2017), observa que la propia identidad, dentro de la cual se inscriben aspectos como el nombre y el sexo, es una cualidad principal de la persona humana (F. Jco. 4º). Y, de otro lado, restringe el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE) porque la transexualidad es una de esas circunstancias relevantes que la persona tiene derecho a proteger frente al conocimiento ajeno. Pues bien, tratándose de un límite a un derecho fundamental del que son titulares los menores, aplica el juicio de proporcionalidad (finalidad legítima, adecuación, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto), concluyendo que, en general, la prohibición de la rectificación registral es un límite válido porque protege el interés superior del menor frente a una decisión precipitada, salvo que el menor tenga madurez suficiente y tenga una situación estable de transexualidad (F. Jco. 8º). Después de este análisis, el comentario de Fernando Rey es el siguiente: “es evidente que el legislador deberá modificar la redacción del art. 1.1 de la Ley 3/2007 para permitir la rectificación registral de sexo y nombre de los menores que cumplan estas condiciones; y deberá hacerlo precisando o concretando estas categorías tan abiertas como la madurez o la estabilidad en la transexualidad” (pp. 324-325).

Sobre cuestión del secularismo, el Profesor Rey Martínez afirma con rotundidad sobre el famoso caso *Lautsi v. Italia* resuelto por el Tribunal Europeo de derechos humanos: “la presencia del crucifijo en escuelas y sedes judiciales es un resto fósil de regímenes fuertemente confesionales y sociedades homogéneas. Son restos del naufragio confesionalista. En una sociedad crecientemente diversa, el principio de laicidad no puede colapsarse por completo por el juego de la cláusula de reconocimiento del hecho religioso o el deber de cooperación con la Iglesia del art. 16.3 de la Constitución española, y el derecho fundamental a no ser discriminado por razón de religión o convicciones degradarse a simple regla general de igualdad. No basta que exista una diferencia razonable, del tipo argumento histórico o mayoritario (que además siempre beneficia a los mismos, configurando una ciudadanía de primera y de segunda división), sino que el trato jurídico estatal diferente y más favorable a una confesión en particular deberá someterse a un escrutinio de justificación mucho más estricto. En caso contrario, se incurriría en

discriminación ideológica y religiosa, prohibida por el art. 14 CE. Es verdad que España es un país de laicidad débil, incluso de laicidad difícil, pero es muy fina la línea que le puede llegar a convertir directamente en un Estado de laicidad fallida” (p. 348).

Sobre la discriminación por motivos de edad, que aparece como un nuevo rasgo en el Derecho antidiscriminatorio, el autor plantea algunas cuestiones: “¿Realmente puede equipararse a los otros rasgos como el género o la etnia? No hay aquí una subordinación histórica de un grupo con perfiles determinados; no hay una minoría aislada y sin voz en el proceso político; estamos en presencia de un rasgo de discriminación tan reciente como peculiar. El Informe de *Equinet* observa cómo la discriminación por edad a menudo es vista como una forma “menos severa” o “ligera” de discriminación respecto de otras como la sexual o la racial. La edad no es un rasgo sospechoso “binario”, es decir, no delimita una frontera entre dos categorías cerradas de personas: blancos y negros, mujeres y hombres, etc., sino que “refleja un continuum” en la vida de todos los seres humanos. Por supuesto, la discriminación por edad se exacerba con los estereotipos y prejuicios ligados a ciertos momentos de la vida, sobre todo, la vejez. ¡Paradójicamente, en un tiempo en el que, por la mejora de las condiciones de vida, la gente tiene mayor esperanza de vida y, por tanto, hay más personas mayores en la sociedad!” (pp. 350-351).

Esta obra aborda diversas cuestiones sobre la igualdad y no discriminación desde la legislación, jurisprudencia y doctrina relevante, formando un buen panorama de utilidad para juristas teóricos y prácticos. Lejos de ser un producto aséptico, es un brillante ejercicio de argumentación en favor de las tesis que defiende el autor, de forma equilibrada dando voz a las diversas visiones enfrentadas. Al principio del libro, Fernando Rey se definía como un fanático del tema de la igualdad y considero que una de las mayores virtudes del libro es su capacidad argumentativa y pedagógica fruto del buen hacer académico y razonabilidad general de las posiciones planteadas. Cabe la duda de si los lectores se convertirán así en otros fanáticos por el tema de la igualdad, si bien, afortunadamente, estos temas ya van formando parte de la senda a transitar con la ética pública en las sociedades democráticas.

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.perez@uc3m.es

Silvia SALARDI
Lo sport come diritto umano nell'era del post-umano
G. Giappichelli Editore, Torino 2019, 112 pp.

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: deporte, derechos humanos, doping, posthumanismo
Keywords: sport, human rights, doping, posthumanism

Hace años, escribir sobre deporte desde el punto de vista jurídico no era algo habitual. Incluso, se trataba de algo poco valorado académicamente hablando. En la actualidad no hay duda de que eso ha cambiado. Sin embargo, todavía resulta extraño referirse al deporte desde el punto de vista de los derechos humanos. Obviamente existen importantes trabajos y estudios pero no podemos decir que sea un tema muy tratado. En los últimos años han proliferado los estudios sobre deporte y ética, pero en ellos la perspectiva de los derechos humanos, por lo general, no está presente. Y es extraño que esto ocurra si tenemos en cuenta que consideramos a los derechos como los referentes esenciales de la ética pública siendo el deporte una de las principales actividades sociales en el mundo contemporáneo.

Por otro lado, asistimos a un momento en el que si hay un tema de moda este es el de la aplicación de las tecnologías emergentes. Y esto ocurre también en el Derecho donde al tratamiento de cuestiones biojurídicas, se han unido importantes reflexiones sobre el papel de la inteligencia artificial, la robótica o la neurociencia.

Por eso, el libro de Silvia Salardi, *Lo sport come diritto umano nell'era del post-umano*, publicado por Giappichelli, reviste una singular importancia al unir todas estas perspectivas y al hacerlo, además, desde un campo específico como es el de la filosofía del Derecho, que, salvo contadas, pero excelentes, excepciones, no tiene al deporte como objeto de atención.

El punto de partida del libro lo constituyen, según la autora, dos hechos. Por un lado la consideración del deporte como derecho humano y, por otro, la utilización del deporte, por parte de la ciencia y la tecnología, como mecanismo para testar las prácticas de mejora humana. El libro aborda la relación entre estos dos hechos y las consecuencias que produce en el ámbito social y jurídico, y en el campo del deporte y de las profesiones que se desenvuelven en él (principalmente la profesión médica).

El trabajo está dividido en tres capítulos. El primero, titulado “*Quando la storia non si ripete: funzioni e valori dello sport nel tempo*”, parte destacando la dificultad de encontrar una definición de deporte que sirva para todas las consideradas como prácticas deportivas en la historia. Sin embargo, para la autora, todas estas prácticas tienen en común una visión del deporte caracterizada por su papel o función social. En este sentido, Salardi se refiere a la función social mínima del deporte como elemento constitutivo del mismo. Se trata de la función socializadora del deporte; de la capacidad del deporte para crear, consolidar y mantener relaciones sociales entre deportistas y espectadores. Una función que prácticamente ha acompañado a la historia de la humanidad y que la profesora Salardi describe en este capítulo, destacando su papel político, educativo y sociocultural.

En el marco de esta función social mínima, bien entrado el siglo XX, aparece, según Salardi, la concepción del deporte como derecho humano, que se manifiesta en diversos textos, entre los que destacan la Carta Internacional de la Educación Física y el Deporte adoptada por la UNESCO en 1978 y revisada en 2014, y la Carta Olímpica de 1999. Esta concepción se desenvuelve en el ámbito de un modelo de deporte con funciones socioculturales y pedagógico-educativas que promueve la promoción y la tutela de la dignidad humana, de la salud individual y colectiva, de la autonomía individual, de la igualdad y la no discriminación...

Ahora bien, como señala la profesora Salardi, este modelo de deporte desde el que se construye la idea del deporte como derecho humano, es desmentido en muchas ocasiones por la realidad de la práctica deportiva, siendo la corrupción y el doping buena prueba de ello. Muchas son las razones de esta distancia entre el modelo y la realidad, si bien a la autora del trabajo le interesa indagar sobre el papel que en ello ha desempeñado la relación entre ciencia y deporte que se manifiesta a finales del siglo XIX y se intensifica en el XX.

De esta forma, el segundo capítulo lleva por título “*Lo sport nell’era del post-umano: il ritorno del mito dell’atleta superuomo*” y en él se describe la

medicalización del deporte que tiene lugar en el siglo pasado al hilo de la medicalización de la sociedad. La polémica distinción entre terapia y mejora cobra un papel esencial y, al hilo de los avances científicos, su proyección en el deporte implica no solo ya al médico y al deportista, sino también a los farmacéuticos, el resto de deportistas y al público en general.

Precisamente la mejora es uno de los aspectos que define al movimiento posthumanista y que en el deporte se proyecta en una idea que no es nada novedosa; la del atleta superhombre. Silvia Salardi dedica parte de este segundo capítulo a señalar los problemas que este movimiento plantea en términos generales y en algunas de sus proyecciones en el Derecho, y que en el deporte se ejemplifican con el doping y la selección genética de los deportistas. Se trata de prácticas que han evolucionado y crecido al hilo de los avances tecnológicos y cuyo uso manifiesta esa brecha entre modelo deportivo y realidad deportiva.

Salardi examina los argumentos utilizados a favor de la legalización del doping subrayando que se trata de un planteamiento que sólo puede defenderse asumiendo que el deporte de élite no desempeña una función pedagógico-educativa. Y esto, según la autora, es difícil de defender ya que implica no tener en cuenta la relación circular entre el deporte como derecho humano, el deporte de élite, el deporte amateur, la educación física y la actividad física y el bienestar.

También se centra Salardi en el examen de la práctica de la identificación del talento a través de la genética y su proyección en el deporte. En este punto, diferencia entre la identificación del talento dirigida a la selección de quien posee una habilidad y la identificación del talento dirigida a seleccionar quien puede desarrollarla, todo ello a través de los test y doping genéticos. En su análisis, vuelven a aparecer los referentes desde los que se discute en la reflexión bioética, esto es, la diferenciación entre terapia y mejora que, en este punto se complica al no tenerse claro un concepto universal de talento. El capítulo termina con una llamada a la necesidad de regular jurídicamente estas cuestiones.

Como señala Silvia Salardi, el doping genético se enfrenta a dos obstáculos. Por un lado está el tema de su posibilidad o facticidad, y por otro, el de su autorización o validez ética y jurídica. El último capítulo del libro, que lleva por título "*Sport e scienza alla prova dei diritti*" está dirigido a analizar este segundo obstáculo, que reproduce una tensión clásica, la del poder y el deber, y que obliga a abordar un problema no menos clásico como es la se-

paración entre hecho y valor, desde el examen de la relación entre Ciencia y Derecho, que la autora realiza a través de una sugerente combinación de dos expresiones: El Tiempo de la Ciencia y el Tiempo de los Derechos.

Entre otros asuntos, en el capítulo se destacan tres de los problemas éticos con repercusión jurídica que acompaña a la delimitación del destino deportivo de un joven basado en su información genética. En primer lugar la falta de certezas científicas en este campo provocan que esté poco justificado tomar decisiones al respecto que se presentan como una especie de lotería del azar. En segundo lugar, esa misma falta de certeza provoca el problema de la correcta interpretación de los resultados de las pruebas científicas y su comunicación a los sujetos implicados. En tercer lugar, este tipo de práctica supone utilizar una visión reduccionista de la persona.

Termina el capítulo abordando dos cuestiones de singular relevancia. Por un lado la cuestión del comportamiento de los médicos en la práctica del doping deportivo, y por otro la cuestión del doping en el ámbito del deporte paralímpico. Se trata de dos asuntos poco tratados desde el punto de vista jurídico que reproducen los problemas de la mejora humana en el ámbito deportivo. El tratamiento del deporte paralímpico permite a Salardi abordar otro de los asuntos clave en el ámbito de la reflexión sobre las tecnologías emergentes: los ciborgs y el debate entre lo natural y lo artificial.

Para Salardi, el deporte paralímpico corre los mismos peligros que el convencional a medida que se va profesionalizando. En todo caso, para la profesora italiana, la participación de deportistas con discapacidad en pruebas dirigidas a deportistas sin discapacidad, es un gran logro del deporte como derecho humano.

Como señalaba al principio, esta consideración, la del deporte como derecho humano, constituye para Salardi un hecho y uno de los puntos de partida de su libro. Para la profesora Salardi, la consideración del derecho al deporte como derecho humano, presente, según ella, en el escenario jurídico y político contemporáneo, está estrechamente relacionada con derecho al libre desarrollo de la personalidad.

De manera general, es posible relacionar de tres maneras el deporte con los derechos humanos. Por un lado, podemos afirmar que el deporte sirve para favorecer la satisfacción de los derechos; por otro, que la práctica del deporte es un derecho; y, por último, que la práctica del deporte está regida por los derechos.

La argumentación de Silvia Salardi se desenvuelve principalmente en el primero de los sentidos, que tiene que ver con las funciones del deporte. El punto de partida de su argumentación señala que el deporte puede ser una herramienta para la satisfacción de los derechos y que su práctica en sentido amplio debe realizarse desde el respeto a los derechos. Los valores del deporte tienen que ver con los de los derechos y la práctica deportiva favorece bienes que están detrás de los derechos.

Sin embargo, sobre el segundo sentido del deporte como derecho humano, el del derecho a la práctica del deporte, existen muchas más dudas. ¿Se trata de un derecho humano?

Hace un par de años publicaba en la colección *Papeles El tiempo de los derechos* (núm. 31, 2018) unas breves reflexiones sobre esta cuestión en un trabajo titulado “Sobre la práctica del deporte como derecho humano”, en la que concluía que sí que era posible, a pesar del escaso apoyo normativo que esta pretensión tenía. En cartas internacionales sin valor jurídico si que encontramos la construcción de la práctica del deporte como derecho humano, tal y como se señala en el libro. Pero ningún Tratado Internacional se refiere expresamente al deporte como derecho. Sólo en la Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación sobre la mujer, en la Convención sobre los derechos del niño y en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, se hace referencia a la no discriminación en la práctica del deporte. Y desde el punto de vista del Derecho comparado, la mayoría de los Ordenamientos conciben al deporte como una práctica que genera obligaciones en los Estados pero no como derecho. En Europa, sólo se introduce en la Constitución de Portugal, cuyo artículo 79, afirma: “El Estado reconoce el derecho de los ciudadanos a la cultura física y al deporte como medios de promoción humana, y le corresponde promover, estimular y orientar la práctica y difusión de los mismos”. Aún así, aunque la normativa en general no da ese paso, es posible entender la práctica deportiva como derecho singular: el derecho a practicar deporte, de manera individual o colectiva, con fines recreativos o competitivos. Como derecho exige una serie de obligaciones de no prohibición y de promoción por parte del Estado. Se trata de un derecho conectado con otros derechos (libertad, salud, educación, ocio...) y que constituye un elemento esencial de la inclusión social. En este sentido, está especialmente protegido en relación con determinados colectivos tales como niñas y niños o personas en situación de discapacidad.

También resulta complejo defender el tercer sentido de la relación, esto es, afirmar que la práctica deportiva se hace respetando los derechos. Lo que Salardi denomina como realidad deportiva es una buena muestra. Pero creo que este problema va más allá y tiene que ver con la propia configuración del deporte y las reglas que rigen muchas de sus modalidades.

Lo sport come diritto umano nell'era del post-umano, es una obra que, como he señalado se adentra en buena parte de las discusiones contemporáneas en el campo de los derechos y la tecnología. Su proyección en el deporte como modelo y como realidad, convierte a esta obra en un texto novedoso y sugerente, expresión de la diversidad de campos en los que la reflexión iusfilosófica es capaz de convertirse en una herramienta socialmente útil.

RAFAEL DE ASÍS
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: rarfid@inst.uc3m.es

Eduardo C.B. Bittar,
Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça,
Saraiva, 2a ed., São Paulo, 2019, 616 pp.

MICHELE ZEZZA
Universidade de São Paulo (USP), Brasil

Palabras clave: teoría del humanismo realista, antiformalismo, concepción interdisciplinaria de la ciencia jurídica
Keywords: theory of realistic humanism, anti-formalism, interdisciplinary conception of legal science

1. EL CONTEXTO SOCIAL BRASILEÑO

Objetivo de las consideraciones siguientes es el de presentar una reciente propuesta de renovación de la teoría del derecho formulada por Eduardo C.B. Bittar – docente en el Departamento de Filosofía y Teoría general del derecho de la Facultad de Derecho de la *Universidade de São Paulo* (USP). La formulación más completa del planteamiento en cuestión se encuentra en el trabajo “*Introdução ao Estudo do Direito: humanismo, democracia e justiça*”. En los 24 capítulos de los que se compone la obra, son abordados detenidamente, con argumentaciones sistemáticamente acompañadas por casos jurídicos concretos con finalidad esencialmente didáctica, los más relevantes temas que son objeto del debate jurídico contemporáneo: por ejemplo, la teoría discursiva del derecho, el razonamiento jurídico, la interpretación y la argumentación jurídicas, la estructura formal de los enunciados normativos, la relación entre legalidad y legitimidad, o las metamorfosis de los derechos (y de sus sujetos) en el marco del constitucionalismo contemporáneo.

Al reivindicar la oportunidad de una *visión global y unitaria del derecho*, identificada con una “*teoría del humanismo realista*”, la obra se propone reaccionar ante el especialismo imperante en los estudios jurídicos, cada vez más fragmentados en una pluralidad de micro-universos del discursivo.

so¹. De esta manera, la investigación de los problemas jurídicos se inserta en una dimensión social más amplia, sin por ello traducirse en alguna forma de anarquismo metodológico que confunda los diferentes planos de análisis en un único objeto indistinto. El libro se caracteriza, de hecho, por el utilizzo de un lenguaje extremadamente claro, riguroso y analítico. En ello, la dimensión introductoria coexiste armónicamente con la formulación de tesis iusfilosóficas originales.

Aunque la validez de la perspectiva elaborada trascienda las fronteras nacionales, es innegablemente relevante la referencia al contexto socio-político brasileño, y más en general al latinoamericano, donde la legitimidad del Estado democrático de derecho aparece constantemente bajo asedio, caracterizado por una lógica de la excepción que mina de raíz cualquier exigencia de seguridad jurídica. En el marco brasileño de los últimos años se registra un claro retroceso en la protección de los derechos humanos: corrupción, xenofobia, intolerancia religiosa, esclavitud, racismo, explotación sexual de los menores, precarización de las relaciones laborales, ausencia de reglamentación del capital financiero, etc. son indudablemente fenómenos globales, pero que en Brasil contrastan de manera aún más evidente con los principios y valores proclamados por la Constitución Federal de 1988.

Al respecto, combinando estudios sociológicos y teórico-filosóficos, Bittar reporta los resultados de algunas investigaciones de carácter estadístico relativas al número de homicidios y persecuciones de ciudadanos y activistas defensores de los derechos humanos, y a las prácticas de ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerzas de policía². Asimismo, es recurrente, dentro de la obra, la referencia a minorías y grupos emarginados, no siempre en el centro de la atención de la literatura jurídica, como las personas con discapacidades, las comunidades LGBTQI, los migrantes, los ancianos, los niños, las mujeres, los indígenas y las personas sin hogar. Más en general, el enfoque utilizado defiende un concepto plural y diversificado de sujeto de

¹ “A *Teoria do Humanismo Realista* é crítica do desenraizamento que certas teorias do Direito provocaram na forma de se conceber e pensar o Direito diante dos desafios empíricos, concretos, estruturais da justiça, e, em especial, da justiça social, na vida social corrente e quotidiana. Por isso, a *Teoria do Humanismo Realista* se constitui sobre as bases de um *humanismo social, democrático e republicano*, segundo o qual a Ciência de Direito deve: [...] tomar e compreender a Ciência do Direito em sua *incompletude*, em meio às demais Ciências Humanas” (E.C.B. BITTAR, *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*, Saraiva, 2a ed., São Paulo, 2019, p. 47, énfasis en el texto).

² Id., *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*, Saraiva, 7ª ed., São Paulo, 2017.

derecho (llegando a incluir en esta categoría los animales y la naturaleza), concretamente situada dentro de su contexto social.

Se observa en este sentido un marco global de injusticias, violencias, exclusiones, desigualdades socio-económicas y vulneraciones de los derechos humanos que afecta la vida cotidiana de los ciudadanos. En este sentido, según el autor, la teoría general del derecho puede y debe contribuir a evidenciar aquel déficit de operatividad de las estructuras de la justicia que acaba creando profundas lagunas de eficacia en el derecho vigente, al comprometer su legitimidad, y al contribuir asimismo a determinar una sensación colectiva de inseguridad e impunidad. Eso en la creencia de que una etapa esencial en la superación de estas deformaciones del derecho, típicas de una *modernidad periférica e incumplida*, como la que caracteriza el contexto brasileño, consista en el estudio y en la comprensión de sus dinámicas. A tal efecto, el trabajo de Bittar insiste en la valorización del humanismo, de la democracia y de la justicia, como pilares del Estado democrático y constitucional de derecho.

2. LAS FUENTES DE LA TEORÍA

La formulación de la teoría constituye una síntesis de dos momentos anteriores de la investigación del autor: una primera fase³, de corte predominantemente analítico, dominada por el estudio de problemas que interesan especialmente la *semiótica jurídica* y la *gramática narrativa* (más en particular, los signos lingüísticos, los textos jurídicos y la interpretación jurídica), sobre la base del influjo del lingüista y semiólogo lituano Algirdas Julien Greimas y del semiólogo italiano Umberto Eco⁴; una segunda fase, de corte principalmente sociológico-jurídico, caracterizada por el estudio del problema de la *eficacia* y de la *dimensión social de las normas jurídicas*⁵.

Igualmente relevantes, a efectos de la elaboración de la perspectiva defendida por Bittar, son, por un lado, la aportación de la *Teoría Crítica* de la

³ Véase Id., *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*, Saraiva, 7ª ed., São Paulo, 2017.

⁴ Cfr. U. ECO, *I limiti dell'interpretazione*, Bompiani, Milano, 2004; Id., *Trattato di semiótica generale*, La nave di Teseo, Milano, 2016; A.J. GREIMAS, *Sémiotique et sciences sociales*, le Seuil, Paris, 1976; ID., J. COURTÉS, *Sémiotique: dictionnaire raisonné de la théorie du langage*, Hachette, Paris, 1993.

⁵ Véase E.C.B. BITTAR, *O direito na pós-modernidade*, Atlas, 3ª ed., São Paulo, 2014.

Frankfurter Schule, sobre todo en la versión de Jürgen Habermas⁶, debido a la centralidad que en la misma adquiere la interacción comunicativa en la descripción del carácter discursivo, dialógico y democrático del concepto de derecho; por la otra, la aportación de los *Critical Legal Studies*, en particular en la versión de Roberto Mangabeira Unger⁷, por su atención al estudio de la realidad socio-económica. El enfoque bittariano tiene por objeto integrar los horizontes sociológicos y filosóficos, retomando en este sentido la propuesta metodológica de la teoría crítica; se propone además reflexionar sobre el papel transformador del derecho, desde una óptica de emancipación y justicia social.

Además, la propuesta de Bittar nasce y se desarrolla en el surco trazado por el así llamado “giro filosófico-lingüístico” (*linguistic turn*). De acuerdo con esta última perspectiva, “[i] sistema giuridico nella sua globalità non si compone soltanto di enunciati normativi, ma anche di un complesso di pratiche discorsive intrecciate tra di loro nella forma di una rete semiotica”⁸.

Por último, al afirmar que los institutos de la justicia se basan en prácticas discursivas, las cuales corresponden no sólo a las actividades de los tribunales –como en la tradición de *common law*– sino también a las actividades de todos los órganos institucionalizados que promueven el acceso a la justicia, el enfoque en cuestión retoma también el *institucionalismo jurídico* de Santi Romano⁹. Según esta última perspectiva, no son solamente las decisiones judiciales que otorgan derechos y deberes; también las decisiones administrativas, el comportamiento de los órganos de prevención y, sobre todo, la obra de difusión de los contenidos de las normas y la educación de la ciudadanía contribuyen a determinar un estado social de prevención, actuación y sanción sobre la base de las normas jurídicas vigentes.

3. EL DIÁLOGO CON EL IUSREALISMO GENOVÉS

La teoría bittariana se estructura a través de un diálogo con algunas de las principales tesis del *iusrealismo genovés*, en particular en la versión analí-

⁶ Véase J. HABERMAS, 1996. *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M.J. Redondo, Trotta, 6ª ed., Madrid, 2010.

⁷ Véase R. MANGABEIRA UNGER, *The Critical Legal Studies Movement: another time, a greater task*, Verso, New York, 2015.

⁸ E.C.B. BITTAR, “Linguaggio, testi giuridici e interpretazione giuridica”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 1, 2021, pendiente de publicación.

⁹ S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Sansoni, 8ª ed., Firenze, 1977, p. 35.

tica, escéptica y no cognitivista de Riccardo Guastini. La confrontación versa justamente sobre las respectivas concepciones de la decisión jurídica, de la interpretación jurídica y del razonamiento jurídico. Al respecto, Bittar detecta una simetría entre los estudios contenidos en *Dalle fonti alle norme*¹⁰ y los estudios contenido en *Linguagem jurídica*¹¹, por la inclinación a comprender el derecho como un sistema de significación y comunicación de contenidos que depende de la combinación de lenguaje natural y lenguaje jurídico.

Más exactamente, en una fase inicial de su teoría¹², Guastini defiende una forma de escepticismo radical en el plano lingüístico, orientado a representar el derecho como un lenguaje estructuralmente abierto y opaco. A partir sobre todo de *Interpretare e argomentare*¹³, Guastini empieza a admitir una relativa cognoscibilidad de los contenidos normativos, con arreglo a la cual antes de la interpretación los enunciados disponen de múltiples significados, entre los cuales corresponde al intérprete elegir.

Ahora bien, tanto Bittar cuanto Guastini reconocen la indeterminación del lenguaje, la centralidad de los textos jurídicos y de las prácticas discursivas, así como el papel constructivo y creativo de la interpretación jurídica. Ambas las teorías se estructuran además en una *dirección antiformalista*, al proponerse dirigir la mirada del jurista-intérprete, y más en general de la comunidad jurídica, más allá de los límites internos al campo de la norma, entendida como entidad semántica constantemente encerrada en sí misma.

En resumidas cuentas, los principales elementos de convergencia de las dos propuestas teóricas pueden considerarse:

*i) lo scetticismo circa la capacità del diritto moderno, di trasmettere, attraverso la legislazione, valori quali la sicurezza, la certezza, l'oggettività e l'univocità e, a partire da lì, di trasformare autonomamente la realtà sociale; ii) il trasferimento del centro dell'analisi giuridica dal piano della validità a quello dell'efficacia, e da quest'ultima al ruolo centrale che l'interpretazione giuridica svolge nell'opera di concretizzazione del diritto; iii) il riconoscimento dell'indeterminatezza del linguaggio giuridico derivante dalla congiunzione tra linguaggio naturale e linguaggio tecnico, con il conseguente spostamento del ruolo del legislatore nella direzione del ruolo degli attori giuridici e degli interpreti*¹⁴.

¹⁰ Véase R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, Torino, Giappichelli, 1992.

¹¹ Véase E.C.B. BITTAR, *Linguagem jurídica: semiótica, discurso e direito*, cit.

¹² Véase R. GUASTINI, *Dalle fonti alle norme*, cit.

¹³ ID., *Interpretare e argomentare*, Giuffrè, Milano, 2011.

¹⁴ E.C.B. BITTAR, *Linguaggio, testi giuridici e interpretazione giuridica*, cit.

Por otro lado, las dos perspectivas se revelan heterogéneas en sus bases epistemológicas y en lo que respecta a los métodos de construcción¹⁵. Observa al respecto el autor:

*il giusrealismo brasiliano si prefigge di integrare gli orizzonti sociologici e filosofici, sulla scorta della proposta metodologica avanzata dalla teoria critica, concentrando l'attenzione sulla realtà socio-economica, a cui si collegano diversi deficit di cittadinanza; si prefigge altresì di riflettere sul ruolo trasformatore del diritto, in un'ottica di emancipazione e di giustizia sociale*¹⁶.

En el caso del enfoque de Bittar, es del todo evidente la insistencia en la oportunidad de estudiar los problemas crónicos de *injusticia social* que afligen a la sociedad brasileña y más en general los países latinoamericanos. La conexión existente entre *teoría* y *praxis* presenta el fin esencial de defender lo ya conquistado en términos de reivindicaciones de derechos, y de avanzar al mismo tiempo en el proceso de emancipación colectiva, en la medida en que la evolución de la sociedad genera automáticamente nuevas necesidades dentro de la ciudadanía.

4. LA "TEORÍA DEL HUMANISMO REALISTA" Y LA CONCEPCIÓN INTERDISCIPLINAR DE LA CIENCIA JURÍDICA

Como ya se ha indicado, Bittar califica su planteamiento como una "*teoría del humanismo realista*", orientada a valorizar el *papel emancipatorio de la dignidad humana*, "in quanto ultimo e più importante obiettivo di tutto il funzionamento del sistema giuridico"¹⁷. Más exactamente, la teoría se configura como "humanista" en la medida en que está encaminada a evidenciar las incongruencias y las patologías sociales que caracterizan la modernidad –teniendo en cuenta la centralidad de la noción de dignidad para los sistemas jurídicos contemporáneos, y como "realista" ya que procura mostrar las líneas esenciales de un modelo alternativo de convivencia centrado en reales

¹⁵ "Il giusrealismo genovese –osserva Bittar– si fonda sull'approccio difeso da Giovanni Tarello, del giusrealismo scandinavo di Alf Ross e degli scritti di taglio analitico di Norberto Bobbio, e, al contempo, risulta debitore (anche se con un approccio critico) nei confronti del giuspositivismo continentale di Hans Kelsen e del giuspositivismo anglosassone di Herbert L.A. Hart" (E.B.C. BITTAR, *Linguaggio, testi giuridici e interpretazione giuridica*, cit.).

¹⁶ *Ibid.*, énfasis en el texto.

¹⁷ *Ibid.*

condiciones de justicia- teniendo en cuenta la importancia de pensar en los desafíos del derecho dentro de los concretos contextos de injusticia social.

El planteamiento aquí descrito presenta, asimismo, una dimensión “*crítica*”, orientado a reflexionar sobre el *estatuto epistemológico* de la teoría del derecho¹⁸. En este sentido, tiene por objeto proporcionar un instrumento de apoyo para el jurista, tanto en la formación como en la práctica, acercando el derecho positivo a otros ámbitos de estudio como la antropología, la sociología, la política, la economía, etc. Observa al respecto el autor:

Em síntese, pode-se dizer que a Teoria do Humanismo Realista nasce como uma reação: a) à tradição positivista, e à enraizada concepção de formação legalista e cultivo do conceito-vazio, que separa sociedade e norma jurídica, que dicotomiza ser e dever-ser, privilegiando a forma-Direito ao processo social que conduz ao Direito-norma; b.) ao cenário contemporâneo de crise (econômico-financeira, política, moral e social), propondo o aprofundamento da consciência democrática, o desenvolvimento de um convívio social centrado em valores republicanos de cidadania, e a superação das marcas do passado colonial, visando-se o desenvolvimento político, social, econômico, técnico-científico e moral como processos modernizantes associados; c.) ao cenário de ascensão da pós-verdade, na medida em que propõe o fortalecimento da consciência crítico-reflexiva, e a aposta na autonomia da razão; d.) ao especialismo da Ciência do Direito fragmentada, reagindo pela tarefa de uma Teoria Geral que fornece visão abrangente, ali onde a cegueira dos micro-universos de discurso aparecem como consequência da cissiparação das especialidades técnicas; e.) ao burocratismo-formalista das instituições de justiça, propondo nos processos de humanização dos serviços de justiça uma tarefa importante para o exercício da cidadania; f.) à monologia legiferante, empoderando pela participação cidadã o(a)s parceiro(a)s do Direito à construção deliberativa dos conteúdos históricos de justiça que comporão os textos legais; g.) à cultura da violência, fortalecendo o escopo do Direito no enfrentamento das injustiças, da opressão social, das exclusões sociais, da pobreza, da fome e das desigualdades sócio-econômicas¹⁹.

¹⁸ “[O] termo ‘crítica’ aquí é empregado para designar o processo que se segue ao ‘giro filosófico-lingüístico’, já operado na *Teoria do Direito*, em direção ao que aquí se pode chamar de *humanistic and democratic turn*, [...] a ponto de se conectar a *Teoria do Direito* com processos cognitivos e sociais dialógicos contemporâneos” (E.C.B. BITTAR, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 46, énfasis en el texto).

¹⁹ ID., *Revista Consultor Jurídico*, 2018 (disponible en: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-07/eduardo-bittar-teoria-direito-teoria-humanismo-realista>).

La teoría asigna a la ciencia jurídica la tarea de cultivar una forma de ejercicio de responsabilidad activa para una plena ciudadanía y en favor de la justicia social, al promover, del mismo modo, una *visión abierta y plural de la persona humana*, situada dentro de la vida social concreta²⁰. Objetivo primario, desde este punto de vista, es la *humanización* de las interacciones sociales y de las instituciones relacionadas con la esfera del derecho, el compromiso en favor de la justicia social, de la democracia y de los derechos humanos.

A finales del siglo XX, después de un largo período de hegemonía del positivismo jurídico, y más específicamente en el vínculo entre el Derecho privado y el iuspositivismo normativista de Hans Kelsen, surge ampliamente, en la reflexión teórico-jurídica brasileña, la necesidad de revisar diversas premisas formalistas del positivismo jurídico. El principal objetivo político de esta reacción es el desinterés tendencial de la tradición iuspositivista, al menos en su fase inicial, respecto a las estructuras de justicia y a los problemas concretos de la sociedad.

Contrariamente a lo afirmado por las concepciones paleopositivistas, el ordenamiento jurídico no es un sistema cerrado compuesto únicamente por enunciados normativos; más bien consiste en una acción comunicativa, situada dentro de concretos procesos de comunicación social, en un conjunto de prácticas discursivas entrelazadas una con la otra en la forma de una red semiótica.

En este sentido, la teoría del humanismo realista pretende dar cuenta del conjunto de metamorfosis que han afectado la estructura del derecho en las últimas décadas: de los cambios en las técnicas legislativas a la ampliación de las fuentes del derecho, de las transformaciones vinculadas a las nuevas tecnologías y a la informática, hasta los cambios en la formación jurídica, etc. Por lo tanto, las tesis en cuestión se afirman ante las restricciones de la teoría

²⁰ “[A] *Teoria do Humanismo Realista* se constitui sobre as bases de um *humanismo social, democrático e republicano*, segundo o qual a *Ciência do Direito* deve: [...] cultivar no *Direito* uma forma de exercício da responsabilidade ativa pela *cidadania* e pela *justiça social*; [...] tomar e compreender a *Ciência do Direito* em sua *incompletude*, em meio às demais ciências humanas; manter acesa a curiosidade *transfronteiriça* nas humanidades; [...] cultivar de forma permanente o estado de *críticidade* e renovação *metodológica* dos saberes jurídicos; [...] promover *visão aberta e ampla* acerca da pessoa humana, tomada na vida social; [...] incentivar a *visão integrada* acerca dos múltiplos fatores que co-determinam a condição humana; [...] tomar a lei como meio para escopos mais amplos de garantia de *justiça social e dignidade humana*” (E.C.B. BITTAR, *Introdução ao estudo do direito*, cit., p. 47, énfasis en el texto).

tradicional, considerada inapropiada para responder a los desafíos de la sociedad contemporánea.

A nivel epistemológico, la teoría defiende un *modelo interdisciplinar de ciencia jurídica*, entendida como disciplina estrechamente vinculada a otros campos de las ciencias humanas y sociales. De esta manera, más precisamente, pretende conjugar el estudio del derecho con los resultados procedentes de las investigaciones de disciplinas como la antropología, la historia, la filosofía, las ciencias políticas, la teoría del lenguaje, la economía, la sociología, la psicología y la semiótica, en vista de una comprensión más completa de la complejidad de los fenómenos analizados y del mismo papel desempeñado por el derecho en las sociedades contemporáneas. Con esto, el autor pretende abrir la reflexión teórico-jurídica a horizontes realistas y humanistas, resaltando la tensión constitutiva entre facticidad y normatividad dentro de los datos jurídicos, en un encuentro sinérgico entre diferentes fronteras de investigación (en particular, entre el concepto de derecho y su aplicación práctica).

MICHELE ZEZZA

Universidade de São Paulo (USP), Brasil

e-mail: michele.zezza@for.unipi.it

NOTICIAS

El Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba” sigue un año más trabajando en la defensa de los derechos

El pasado 15 de septiembre se inauguró un nuevo curso en el Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba”¹ con la Conferencia de María José Añón, Catedrática de Filosofía del Derecho e investigadora del Institut de Drets Humans de la Universitat de València, ‘Medidas de austeridad: una evaluación desde los derechos humanos’ a la que asistieron estudiantes de los programas del Instituto ya en marcha: Máster Universitario en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Doctorado en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Máster en Derechos Fundamentales y Máster online en Derechos Fundamentales.

Tras esta inauguración, el Instituto ha seguido con su trabajo habitual, aunque debido a la situación provocada por la COVID-19, éste ha tenido que desarrollarse en formato online síncrono, con excepción de algunas actividades docentes en las que ha sido posible la presencialidad.

En estos meses se han organizado diferentes Talleres y celebrado diversas jornadas, seminarios y encuentros, algunos de los cuáles han tenido como eje el análisis de los efectos de la pandemia desde una perspectiva de derechos.

Entre todas estas actividades, pueden destacarse la Jornada ‘El tiempo de los derechos’ del 17 de noviembre, que incluyó una primera sesión en recuerdo del profesor de la Universidad de Zaragoza e integrante de la Red Tiempo de los derechos, Manuel Calvo, y la Jornada celebrada el 10 de diciembre, el día de los derechos humanos, en la que se conmemoró el 30 aniversario del Instituto y que giró en torno a la aportación de Gregorio Peces-Barba al estudio de los derechos. Esta jornada se aprovechó también para anunciar oficialmente el cambio de denominación del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas a Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-

¹ El 10 de diciembre de 2020 se anunció oficialmente el cambio de denominación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” a Instituto de Derechos Humanos “Gregorio Peces-Barba”.

Barba” en homenaje a su fundador y referente en la investigación y docencia de los derechos humanos.

Por otro lado, la Asociación de Estudiantes y Egresados/as del IDHBC ha seguido sumando nuevas adhesiones. El 24 de septiembre, se presentó la delegación argentina en una jornada online en la que se reflexionó sobre “Derechos humanos, vulnerabilidades y pandemia”.

Además, el Instituto ha puesto en marcha una nueva convocatoria de la Clínica Jurídica Javier Romañach dirigida a estudiantes de Grado y Posgrado de la UC3M que quieran contribuir a mejorar la situación de las personas con discapacidad y aprender derechos humanos de una forma distinta, comprometida e integral. En este curso, estudiantes y profesorado están trabajando en programas sobre los ODS, la Agenda 2030 y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), la condición europea de persona con discapacidad, el deporte inclusivo y federaciones deportivas, la discriminación de las personas con autismo y la reforma de la capacidad a la luz de la CDPD en colaboración con CERMI Estatal, Autismo España y SOLCOM.

Una de las principales novedades de este curso es que el Instituto ha lanzado junto con Tirant Formación el Máster en Filosofía Jurídica y Política Contemporánea (online) destinado a personas que quieran iniciarse en el estudio y la investigación sobre el Derecho en general, y sobre la Filosofía del Derecho en particular, completar tu formación en esta materia o actualizarse en las cuestiones más importantes que afectan al Derecho y a su relación con la Ética y la Política. Se trata de un programa online especializado e interdisciplinar orientado hacia el estudio de la filosofía jurídica y política contemporánea, impartido por importantes especialistas en la materia y que cuenta con un material bibliográfico y docente que destaca por su actualidad y solvencia. El Máster comenzará en el mes de febrero y las y los primeros estudiantes matriculados ya asistieron a la Conferencia inaugural del curso.

LARA LUCÍA CUENCA GÓMEZ

**Webinar internacional “Struggles for recognition,
cultural pluralism and rights of minoroties”,
Universidad Carlos III de madrid, 16 julio-4 agosto 2020**

El Webinar Internacional denominado “Luchas por el reconocimiento. Pluralismo cultural y derechos de las minorías”, organizado por Oscar Pérez de la Fuente y Monique Falcão, se celebró en 5 sesiones entre el 16 de julio y el 4 de agosto de 2020. Antes de la crisis del COVID-19 ya se había decidido que este Webinar se realizaría online, para unir a académicos internacionales que realmente buscan debatir rigurosamente sus temas de estudio. La metodología de este Webinar internacional fue que todos los participantes pudieran acceder a los documentos de otros participantes antes de la sesión. El sistema de *Chairman* y *Discussant* también fue utilizado como ocurre en los Congresos de IPSA. El resultado fue presentaciones y debates académicos interesantes y estimulantes. Este Webinar Internacional se desarrolló en 5 sesiones, con 22 participantes, de académicos de Brasil, Italia, Mali, Rusia, Alemania, Reino Unido, Colombia, Suecia, Perú, Canadá, Noruega, Estados Unidos. Las oportunidades de establecer contactos mediante el encuentro con académicos de diferentes orígenes han sido estimulantes y con buenas perspectivas de futuro.

Las sesiones de este Webinar internacional estuvieron dedicadas a: a) Inmigración y minorías; b) Nacionalismo, reconocimiento y libertad de expresión; c) Derechos de los animales y aplicación intercultural del Derecho; d) Derecho indígena y derechos indígenas; e) Pueblos indígenas y recursos naturales.

Este evento fue organizado por el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, España; la Universidad de Santa Úrsula, Brasil; y el Research Committee 26 sobre derechos humanos de IPSA –Asociación Internacional de Ciencia Política–.

Próximamente, se publicará un libro, en la editorial Dykinson, con la mayoría de las ponencias que será financiado por el Proyecto de Investigación “Nuevos Retos del Derecho” del Departamento de Derecho Internacional, Eclesiástico y Filosofía del Derecho de la Universidad Carlos III de Madrid, España. Toda la información de este Webinar internacional (abstracts, CV de los participantes, Sesiones) se puede encontrar en el siguiente link: <http://www.webphilosophia.com/webinar2020/index.html>

Los vídeos de las sesiones de este Webinar internacional se pueden encontrar en el siguiente link: <http://webphilosophia.com/blog/videos-international-webinar-struggles-for-recognition-cultural-pluralism-and-rights-of-minorities/>

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE

CV DE LOS PARTICIPANTES

ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO

Es profesor Emérito de la Universidad de Sevilla. Ha sido, durante más de cuatro décadas, Catedrático de Filosofía de Derecho de la Universidad de Sevilla de cuya Facultad de Derecho fue Decano. Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia, en la que fue distinguido con el Premio Luigi Rava, realizó también estudios en las de Coimbra, Trieste, Friburgo de Brisgovia y Estrasburgo, en la que obtuvo el Diploma de la Facultad Internacional de Derecho Comparado. Becario del Max Planck Institut en Heidelberg.

Ha publicado numerosos libros y monografías sobre: historia del pensamiento jurídico; proyección de las Nuevas Tecnologías al Derecho; y la significación de los derechos humanos.

RAUL SUSÍN BETRÁN

Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Rioja (UR). Ha participado en distintos proyectos de investigación estatales con financiación pública. Cuenta con publicaciones en el ámbito de las políticas y derechos sociales, voluntariado, seguridad, desigualdad y pobreza, cine y derecho y, entre otros temas, interculturalidad y democracia. Ha sido director del Departamento de Derecho (UR) y secretario académico de la Escuela de Máster y Doctorado (UR).

MIGLE LAUKYTE

Desde el 2020 Migle Laukyte es profesora *Tenure Track* de *cyber* Derecho en la Facultad del Derecho de la Universidad Pompeu Fabra. Sus principales líneas de investigación son las cuestiones jurídicas relativas a la Inteligencia Artificial (IA), robótica y otras tecnologías disruptivas. Migle Laukyte ha sido investigadora CONEX-Marie Curie en la Universidad Carlos III de Madrid (2015-2019) donde ha desarrollado la investigación sobre la personalidad jurídica de IA y ha sido una de los fundadores de la unidad académica DERTECNIA (Derechos Humanos, Diversidad y Nuevas Tecnologías) en la dicha universidad. Antes de llegar a España, Migle ha sido la Investigadora post doctoral Max Weber en el Instituto Universitario Europeo de Florencia (Italia) y ha obtenido su doctorado en la Universidad de Bolonia (Italia).

ASIER MARTÍNEZ DE BRINGAS

Es profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Deusto y miembro e investigador en el Instituto de Derechos Humanos de la misma. Es Director de la Clínica Jurídica Loiola de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto y del Programa Experto en Derechos Humanos de los pueblos indígenas de la Universidad de Deusto.

Ha realizado su trabajo de investigación sobre la teoría crítica de los derechos humanos, los derechos de los pueblos indígenas, el multiculturalismo, la interculturalidad, el enfoque

basado en derechos humanos en la cooperación internacional para el desarrollo. Ha publicado numerosos libros y artículos científicos sobre estos temas. Ha desarrollado su trabajo en América Latina con los pueblos indígenas y movimientos sociales, varias organizaciones de derechos humanos y la cooperación al desarrollo.

GIORGIO RIDOLFI

Estudió en la Università di Roma “La Sapienza”, donde en 2009 consiguió su doctorado en Filosofía, y es ahora investigador en Filosofía del Derecho en la Università di Pisa. Se ha ocupado en particular del pensamiento jurídico y político alemán. Sus estudios monográficos se refieren a la doctrina del filósofo marxista austriaco Max Adler, a las lecturas socialistas del pensamiento de Kant y al nacimiento en Alemania del concepto de Estado de Derecho.

VÍCTOR M. SÁNCHEZ

Profesor Agregado de Derecho Internacional Público en la Universitat Oberta de Catalunya. Es también Director del Máster Universitario en Derechos Humanos, Democracia y Globalización y Director del Master in International Affairs and Diplomacy en la UOC-UNITAR. Como publicaciones recientes relacionadas con la temática, se pueden destacar: *Migraciones, refugiados y amnistía en el Derecho Internacional del Antiguo Oriente Medio, II Milenio a. C.* (2016); *Amnistía, Imperio del Derecho y Exilio en el Arcontado de Solón 594 a. C.* (2018).

JOAN CARLES RINCÓN VERDERA

Es Diplomado en Profesorado de EGB, Licenciado en Filosofía y Letras (Pedagogía) y Doctor en Ciencias de la Educación. Actualmente es Profesor Titular de Universidad, adscrito al área de Teoría e Historia de la Educación, en el departamento de Pedagogía y Didácticas Específicas de la Universidad de las Islas Baleares. Su trayectoria investigadora y docente se mueve entre la educación moral, cívica, política y social.

ROBERTO CARLOS FONSECA LUJÁN

Doctor en Derecho por la Facultad de Derecho de la UNAM con Mención Honorífica. Máster en Justicia Criminal por la Universidad Carlos III de Madrid. Profesor de Tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Coautor de tres libros y autor de una docena de artículos de investigación publicados en revistas jurídicas especializadas, sobre temas de derecho penal, derecho constitucional y derechos humanos.

ANTONIO IBÁÑEZ MACÍAS

Profesor Contratado Doctor de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz. Como principales obras publicadas, en la categoría de monografías, se puede destacar: *La reforma agraria andaluza desde la Constitución española*, *El derecho constitucional a participar y la participación ciudadana local*, *El referéndum local en España: régimen jurídico*, y *El derecho de sufragio de los extranjeros*. Como artículos en revistas especializadas, o capítulos en obras colectivas, cabe mencionar las siguientes: *El medio ambiente como derecho fundamental*, *El conflicto en defensa de la autonomía local*, *Los referendos regional y local en el Estado Autonómico*, *El voto desbloqueado: una exigencia constitucional*.

FERNANDO SANTAMARÍA LAMBÁS

Es Profesor contratado doctor en la Universidad de Valladolid. Tiene un sexenio de investigación. Ha impartido docencia en los estudios de Derecho, Relaciones laborales y ADE, siendo su especialidad en Derecho Eclesiástico del Estado. Se pueden destacar algunas obras: *El proceso de secularización en la protección penal de la libertad de conciencia* (2002); "La necesidad de una ley integral de género", *Laicidad y Libertades*; "El acuerdo entre la República Portuguesa y el Imamat Ismaili de 2010", *Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado*.

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 (**fco-javier.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, dirección 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 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª 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., nota 5).

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 (max. 5) 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.

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, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, 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 twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DÍAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho 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. 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 avoiding 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., nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2021), 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

- Teorías de la mediación y derechos fundamentales por *Pérez Jaraba, M^a Dolores*
- La plausabilidad 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 M^a (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*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico por *Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía por *Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo por *González Ordovás, María José*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a 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*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*

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

INDICE#44

ARTÍCULOS

- Antonio Enrique PÉREZ LUÑO: *El posthumanismo no es un humanismo*
- Raúl SUSÍN BETRÁN: *Desigualdades complejas y entrelazadas: una propuesta de tratamiento jurídico-político*
- Migle LAUKYTE: *Derechos humanos y las entidades no humanas: algunas reflexiones sobre las corporaciones*
- Asier MARTÍNEZ DE BRINGAS: *Crítica de la legitimidad del Derecho en tiempos de exclusión social. Repensar la responsabilidad del Estado desde el vínculo social de la ciudadanía*
- Giorgio RIDOLFI: *La tesis de la única respuesta correcta en Ronald Dworkin*
- Víctor M. SÁNCHEZ: *Amnistías y Derecho internacional en perspectiva histórica: Bartolomé de las Casas vs. Hugo Grocio*
- Joan Carles RINCÓN VERDERA: *José Luis López-Aranguren: democracia, moral, juventud y educación universitaria*
- Roberto Carlos FONSECA LUJÁN: *El derecho fundamental a una sociedad libre de corrupción: una contribución desde Latinoamérica*
- Antonio IBÁÑEZ MACÍAS: *Identificando derechos fundamentales en la Constitución española*
- Fernando SANTAMARÍA LAMBÁS: *Los delitos contra la libertad sexual de menores cometidos por miembros de confesiones religiosas*

RECENSIONES

- *Fundamentos del Derecho de la Discapacidad*, Rafael De Lorenzo García y Luis Cayo Pérez Bueno
- *La política social como realización de derechos sociales*, José María Alonso Seco
- *Derecho antidiscriminatorio*, Fernando Rey Martínez
- *Lo sport come diritto umano nell'era del post-umano*, Silvia Salardi
- *Introdução ao estudo do direito: humanismo, democracia e justiça*, Eduardo C.B. Bittar

 FUNDACION CULTURAL
ENRIQUE LUÑO PEÑA



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS

 Dykinson, S.L.
EDITORIAL