



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 22 – julio 2015 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 3 *Universalidad del derecho a la salud e igualdad material: desigualdades económicas y sociales y desigualdades en salud*, por María Dalli Almiñana.
- 32 *El dialogo intercultural para superar el choque entre civilizaciones*, por Margherita Bartolino.
- 51 *Anarquismo y Derecho. El recíproco aborrecimiento de dos obstinaciones*, Luca Moratal Roméu.
- 90 *Relación entre los derechos humanos del migrante y su condición socio jurídica en España*, por Edileny Tomé Da Mata.
- 109 *La reforma del SIDH: un asunto político sin visos de fortalecimiento*, por Asier Tapia Gutiérrez.
- 141 *La desobediencia civil en los estados democráticos*, por José Enrique Candela.

Participan en este número

Asier Tapia Gutiérrez, Profesor Universidad Tecnológica de Bolívar (Colombia).

Edileny Tomé Da Mata, Investigador en la Universidad Pablo de Olavide (España).

Luca Moratal Roméu, Graduado en Derecho, Universidad Pontificia de Comillas (España).

Margherita Bartolino, Doctoranda del Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España).

María Dalli Almiñana, Personal Investigador en Formación, Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia (España).

José Enrique Candela, Funcionario de la Administración Local con habilitación de Carácter Estatal. Ayuntamiento de Montánchez (España).

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación:
universitas.revista@gmail.com

Universitas

Director: Rafael de Asís
Subdirector: Angel Llamas
Secretaria: María Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui | Rafael de Asís | M^a del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Javier de Lucas | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Marina Lalatta | José Antonio López García | Ángel Pelayo | Andrea Porciello | Miguel Ángel Ramiro | Alberto del Real | Adrián Rentería | José Manuel Rodríguez Uribe | Mario Ruiz | Olga Sánchez | M^a Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón.

Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O. Pérez, S. Ribotta,

Edita

Instituto de Derechos Humanos
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas@idhbc.es

Al ser *Universitas* una revista semestral, apareciendo en los meses de enero y julio, los autores que deseen publicar en un determinado número deben tener en cuenta las siguientes fechas máximas de recepción de trabajos:

- Para trabajos a publicar en el número de enero: 30 de noviembre.
- Para trabajos a publicar en el número de julio: 31 de mayo

UNIVERSALIDAD DEL DERECHO A LA SALUD E IGUALDAD MATERIAL: DESIGUALDADES ECONÓMICAS Y SOCIALES Y DESIGUALDADES EN SALUD*

Universality of the right to health and material equality: economic and social inequalities and inequalities in health

María Dalli Almiñana**

RESUMEN: En este trabajo se defenderá la universalidad del derecho a la salud, frente a las posturas que niegan que los derechos sociales sean universales y que siguen presentes tanto en posiciones doctrinales como en la articulación jurídica actual del derecho a la salud. Se hará referencia a la idea de la beneficencia, en relación con la 'asequibilidad', y a la exigencia de *status* administrativos para el disfrute de los derechos, en conexión con la normativa española vigente sobre el acceso al Sistema Nacional de Salud. Más allá de la titularidad universal, la universalidad en relación con la igualdad material resulta contraria a las desigualdades sociales en salud, manifestación de diferencias de oportunidades de salud entre las personas. Igualmente, la desigualdad económica y social entre los sectores de una población se ha analizado como factor perjudicial para los indicadores de salud de las sociedades.

ABSTRACT: *This work will defend the universality of the right to health, against the postures that deny that social rights are universal, and that still remain in doctrinal positions and in the current legal regulation of the right to health. The idea of 'charity' will be referred, in relation to the 'affordability', as well as the administrative status requirement for the enjoyment of the rights, in connection with the Spanish legislation that regulates the access to the National Healthcare System. On the other hand, the universality in relation to the material equality goes against the social inequalities in health, demonstrating differences in health opportunities between people. Likewise, the economic and social inequality between sectors of a population has been analysed as a detrimental factor for the health indicators of societies.*

PALABRAS CLAVE: universalidad, salud, desigualdad, riqueza, redistribución.

KEY WORDS: *universality, health, inequality, wealth, redistribution.*

Fecha de recepción: 10/03/2015

Fecha de aceptación: 12/05/2015

* Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación 'Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos', referencia DER2013-48284-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

** Personal Investigador en Formación. ('Atracció del Talent', Universidad de Valencia). Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia. maria.a.dalli@uv.es

1.- INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se realizarán algunas consideraciones en relación con el reconocimiento del derecho a la salud de forma universal. En primer lugar, se atenderá a la universalidad de este derecho y se defenderá ésta tanto en el plano de la moralidad, como en cuanto a su formulación jurídica, en relación con la titularidad. La regulación del derecho a la salud se ha de articular de acuerdo con la característica de la universalidad, frente a algunas posiciones que habitualmente se sostienen para rechazar que los derechos sociales deban ser reconocidos a todas las personas. Por ejemplo, la idea de que los derechos sociales sólo deben garantizarse a las personas con pocos medios económicos. De otro lado, las restricciones que se derivan de la exigencia de determinados *status* administrativos de residencia o de nacionalidad para acceder a los derechos. Así, se defenderá el derecho a la salud más allá de la beneficencia y se plantearán algunas cuestiones en relación con la posible insuficiencia del concepto de 'asequibilidad' del derecho. También, se hará referencia al concepto de ciudadanía vinculada al acceso a los derechos sociales, asunto que conecta con la actual regulación en España del derecho a la salud, que pone en cuestión el cumplimiento de las obligaciones estatales de prohibición de la discriminación y de protección de los grupos vulnerables. Por otra parte, el objetivo de la universalidad podría cumplirse con el reconocimiento del derecho a la salud a todas las personas. Ahora bien, que se reconozca el derecho de acuerdo con la titularidad universal no garantiza su disfrute efectivo por todas las personas de un modo suficiente. Si se ahonda en el concepto de universalidad, y sobre todo, si se relaciona éste con la defensa de una igualdad material en el disfrute de los derechos, se detectan desigualdades en salud las cuales será necesario superar. De esta forma, en segundo lugar, se tratarán los determinantes sociales de la salud como factores económicos y sociales que influyen en el estado de la salud y que son manifestación de diferencias de oportunidades de salud entre las personas. En tercer lugar, se prestará atención a la desigualdad económica y social entre los sectores de una población, para poder observar la influencia en los indicadores de salud de las sociedades, en concreto, la esperanza de vida. En este sentido, la disminución de la desigualdad requiere de políticas sociales redistributivas, tanto en la sanidad como en ámbitos diferentes al mismo. Será, pues, la organización de la asistencia sanitaria a través de sistemas de salud universales y financiados a través de mecanismos redistributivos, el marco más adecuado para alcanzar la universalidad jurídica del derecho a la salud y para dar cumplimiento al principio de igualdad material.

2.- TITULARIDAD UNIVERSAL DEL DERECHO A LA SALUD

La universalidad es una característica intrínseca a la definición de derechos humanos, según la cual estos derechos se adscriben a todas las personas. Se defiende, pues, esta universalidad racional con raíces en la concepción del iusnaturalismo racionalista, que alcanza su plenitud con el pensamiento de la Ilustración, y que entiende la universalidad como una exigencia que se asocia al concepto de los derechos humanos, en el plano de la moralidad. En este sentido, se trata, siguiendo la distinción de Peces-Barba¹, de la universalidad del punto de partida. De acuerdo con Laporta², y en la línea de esta descontextualización en la que se sitúa esta universalidad moral o racional, la universalidad 'implica por sí misma el hacer caso omiso de instituciones y roles para poder adscribir los derechos morales a todos al margen de su circunstancia vivencial o contextual'. Desde este punto de vista, se habla, pues, de una universalidad moral³. Ahora bien, para que estos derechos universales se hagan efectivos se han de incorporar a un plano jurídico-positivo y han de venir acompañados de garantías, para aproximarse así a una universalidad jurídica. La forma en que los ordenamientos jurídicos suelen configurar la titularidad de los derechos humanos se aleja de la universalidad. Se aprecian diferencias en la adscripción de la titularidad según condiciones diversas, como la exigencia de *status* administrativos, en relación con la actual regulación del derecho a la salud en España. Por su parte, Ferrajoli⁴ parte de una definición formal de 'derechos fundamentales', caracterizada por una universalidad relativa, como 'todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar'. Los derechos humanos serían una de las categorías en las que se clasificarían los derechos fundamentales, y que sí se atribuirían indistintamente a todas las personas. Ahora bien, según esta clasificación del autor, la categoría de derechos humanos únicamente incluiría algunos derechos, entre ellos, el derecho a la salud.

¹ PECES-BARBA, G., 'La universalidad de los derechos humanos', *Doxa*, núm. 15-16, 1994, 613-633, p. 629.

² LAPORTA, F., 'Sobre el concepto de derechos humanos', *Doxa*, núm. 4, 1987, 23-46, p. 33.

³ Sobre la distinción entre universalidad moral y universalidad jurídica y los sentidos de la universalidad, véase ANSUÁTEGUI, F. J., 'La cuestión de la universalidad de los derechos: de las intuiciones a los problemas', en PECES-BARBA, G., y otros, *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV: Siglo XX, Vol. IV*, Dykinson, Madrid, 2013, 73-122, p. 90.

⁴ La supresión o la reducción de estos *status* se vincula por parte del autor a la igualdad más que a la universalidad, la cual no sería en este sentido absoluta FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999, p. 37-40.

En relación con los derechos sociales, como el derecho a la salud, en tanto que derechos humanos, la universalidad es, asimismo, un punto de partida en el plano de la moralidad, pues se trata de derechos imprescindibles para vivir, para hacerlo dignamente, con autonomía y libertad. Toma importancia aquí la relevancia de las necesidades e intereses que se tutelan mediante el reconocimiento de estos derechos. Se trata de la teoría de las necesidades, a partir de la cual puede construirse una teoría de fundamentación de los derechos. Así, las necesidades, en referencia a aquellas situaciones cuya no satisfacción causa un perjuicio o un daño grave a un sujeto o grupo social, comportan buenas o suficientes razones para exigir su satisfacción⁵. Por ejemplo, la atención sanitaria puede entenderse como una necesidad humana básica, y por tanto, universalizable, en tanto en cuanto una enfermedad puede permanecer o agravarse a menos que sea prevenida o curada, no habiendo forma alternativa de suplir la carencia, esto es, de curar la enfermedad, que no sea tratándola médicamente. En esta línea, Doyal y Gough⁶ entienden la salud, si bien en referencia únicamente a la salud física, y la autonomía, como una necesidad humana básica universal, con independencia del contexto y lugar. Sólo si tenemos acceso a una alimentación adecuada, a la asistencia sanitaria, o a una educación garantizada, se puede vivir con autonomía personal y con libertad real. Esta realidad, predicable por igual a cualquier ser humano, fundamenta la universalidad de los derechos sociales, entendida en un sentido material, y exige un reconocimiento de los mismos adecuado a este rasgo, de forma que se de coherencia y eficacia a la naturaleza de estos derechos.

Ahora bien, la universalidad de los derechos sociales no es generalmente asumida, negándose a veces la universalidad como rasgo del propio concepto y significado de los derechos sociales, incluso, poniéndose en duda que estos derechos planteen exigencias morales de tal valor que merezcan ser protegidas en forma de derechos. Sin embargo, difícilmente se puede negar que los derechos sociales sean derechos necesarios para vivir dignamente. De otro lado, aún asumiendo la configuración como derechos, lo cierto es que a menudo se discute que los derechos sociales deban ser de titularidad universal. En este sentido, se alegan algunos argumentos que intentan justificar una supuesta imposibilidad de un

⁵ AÑÓN, M. J., *Necesidades y derechos. Un ensayo de fundamentación*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1994, p. 283.

Sobre las necesidades como razones justificativas para la exigencia de derechos que se dirigen a su satisfacción, véase también, DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J., 'Necesidades, razones, derechos', *Doxa*, núm. 7, 1990, 55-81, p. 58.

Sobre la anteposición de las necesidades a los criterios de 'deseos' o 'preferencias', fundamentada en el principio de la autonomía personal, NINO, C. S., 'Autonomía y necesidades básicas', *Doxa.*, núm. 7, 1990, 21-34.

⁶ DOYAL, L., GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, Icaria, Barcelona, 1994, p. 86.

reconocimiento universal, o bien, se entienden los derechos sociales como derechos de grupo, de forma que se sostiene que estos derechos no serían predicables para todas las personas.

Por ejemplo, la concreción de los titulares en determinados colectivos que pudiera derivarse de un proceso de especificación⁷, no sería coherente con la naturaleza de estos derechos, si previamente a la finalidad de reforzar la accesibilidad para determinados grupos vulnerables no ha tenido lugar un reconocimiento de la titularidad universal. Los derechos de los trabajadores (como el derecho a unas condiciones laborales dignas), los derechos del niño y otros derechos de grupo satisfacen el requisito de la universalidad cuando sólo sus titulares se encuentran en la posición de poder disfrutar de los mismos. Los derechos sociales como la educación, la salud, la alimentación o la vivienda, en cambio, encuentran más dificultades para ser configurados como derechos de grupo pues la finalidad de los mismos es cubrir unas condiciones mínimas de subsistencia que son universales. En resumen, siendo universales las necesidades y los intereses que se tutelan a través de los derechos sociales, la definición de un grupo de personas como sujetos titulares de estos derechos será discriminatoria. Será discriminatoria, pues, la titularidad únicamente a las personas con pocos medios económicos, o la titularidad restringida a las personas que residen en un territorio en situación administrativa regular, especialmente cuando el *status* de la regularidad se hace depender de condiciones materiales, como se verá más adelante.

A continuación, se tratarán brevemente, en relación con el derecho a la salud, estos dos argumentos que se encuentran entre aquellos que suelen alegarse para defender que los derechos sociales no deben reconocerse a todas las personas: de un lado, aquél que aboga por un reconocimiento exclusivamente a los ciudadanos con pocos medios económicos; de otro lado, aquél que defiende su reconocimiento únicamente a los ciudadanos nacionales o a los residentes legalmente en un territorio. Se traerán a colación, también, en atención al marco jurídico-positivo del derecho, algunos

⁷ Con este término se hace referencia a un proceso que Bobbio denominó de 'especificación', de evolución histórica de los derechos fundamentales, que consiste en una concreción de los titulares de los derechos a través de la cual se asignan estos a sujetos específicos. En estos casos, el requisito de la universalidad en cuanto a sus titulares viene dado por el hecho de que los titulares lo son todos los individuos que forman parte del grupo definido por el derecho. Así lo ha explicado LEMA, C., en 'Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales', *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, enero 2010, 179-203, p. 184. Especialmente la especificación está pensada para aquellos colectivos en situación de inferioridad, buscando tratar desigualmente a los desiguales. De acuerdo con Peces-Barba los derechos sociales se situarían en el marco de este proceso de especificación, como derechos de grupo. PECES-BARBA, G., 'La universalidad de los derechos humanos', *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 1994, 626-631, p. 626.

elementos desarrollados por el Derecho internacional de los derechos humanos que son relevantes a este respecto. En relación con el primero de los argumentos, el de la beneficencia, se hará referencia al elemento de la asequibilidad del derecho a la salud, detectando posibles insuficiencias para la defensa de la universalidad de los derechos. En relación con la segunda de las problemáticas, se destacará la importancia de la prohibición de discriminación y la protección de grupos vulnerables, como obligaciones mínimas que deben cumplir los Estados.

2.1.- Beneficencia vs. universalidad. Apuntes sobre el concepto de 'asequibilidad'

No son pocos los autores que consideran que los titulares de los derechos sociales no son todas las personas, sino únicamente aquellas que, por tener una capacidad económica insuficiente, no pueden obtener su satisfacción a través del mercado. En esta línea podemos destacar a Peces-Barba⁸, para quien la universalidad no puede considerarse como punto de partida de los derechos económicos, sociales y culturales, considerando que 'los titulares de estos derechos sólo deben ser aquellas personas que necesitan el apoyo, y no quienes no lo necesitan'. Otros autores como Buchanan⁹ rechazan que la salud pueda configurarse como derecho y lo definen como un deber de beneficencia. Este punto de vista parte de una supuesta imposibilidad de mantener la universalidad de los derechos sociales y defiende que, ante la imposibilidad de garantizar estos derechos a todas las personas, lo más justo sería reconocerlos a aquellos individuos que no pueden garantizarse su acceso de forma privada. Desde esta perspectiva, se considera que los derechos sociales son caros, y que ante la escasez de recursos, sería injusto extender los derechos sociales independientemente de las circunstancias socio-económicas. Incluso, llega a entenderse que con ello se estaría potenciando la desigualdad, afirmación que no sólo se sostiene desde corrientes ideológicas propias del pensamiento liberal económico¹⁰.

⁸ PECES-BARBA, G., 'Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto', *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, 1998, p.15-34, p. 32.

⁹ BUCHANAN, A.E., 'A Right to a decent Minimum of Health Care', *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 13-1, 1984, 55-78, p. 68.

¹⁰ En relación con la tesis que afirma que la garantía de los derechos sociales a todas las personas potencia la desigualdad puede mencionarse a PECES-BARBA, según el cual 'el serio error de estos derechos es que sirven para mantener la desigualdad, y actúan, para aquellos beneficiarios que no los necesitan realmente, como los privilegios medievales y potencian la desigualdad. Tratan igualmente a desiguales con consecuencias injustas', en PECES-BARBA, G., 'La universalidad de los derechos humanos', *Doxa*, núm. 15-16, vol. II, 1994, 626-631, p. 631.

La concepción de los derechos sociales como derechos costosos o caros es uno de los argumentos utilizados para defender que estos derechos son sustancialmente distintos de los derechos civiles y políticos¹¹. Sin embargo, desde el momento en que la protección de todos los derechos, sean civiles (por ejemplo, el apartado estatal de defensa, de policía o de administración de justicia¹²), sean sociales, implica costes para el Estado, lo cierto es que defender la protección de unos y no de otros responde más bien a prejuicios ideológicos que a un adecuado análisis de costes de los derechos¹³. Aunque en el caso de la asistencia sanitaria adquiera especial relevancia el contenido prestacional, puede entenderse que todos los derechos incluyen tanto demandas de prestación como demandas de abstención. Así, en un sentido amplio todos ellos incluyen algún contenido prestacional, cuando necesitan de defensa jurídica o de una protección administrativa¹⁴.

Esta forma de entender los derechos sociales resulta contraria a la universalidad de tales derechos que exige una regulación coherente con la naturaleza de los mismos. Implicaría, como ha sostenido Lema¹⁵, que en la satisfacción de los bienes sobre los que recaen los derechos sociales, el mercado tiene un papel principal, y el Estado aparece sólo subsidiariamente. Sin embargo, como señala este autor, los derechos sociales recaen sobre bienes demasiado importantes como para dejar su provisión principal al mercado. Además, atendiendo a uno de los derechos concretos que conforman el derecho a la salud y que ha de garantizarse igualmente a todas las personas, la asistencia sanitaria como prestación social universal, no

¹¹ Entre los autores que ofrecen una revisión crítica de esta postura merece destacarse a AÑÓN y a PISARELLO. Por ejemplo en sus trabajos:

AÑÓN, M. J., 'Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44, 2010, 15-41

PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, 2007.

¹² HIERRO, L., 'Los derechos económicos-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy', en ALEXY, R., *Derechos sociales y ponderación*, edición a cargo de GARCÍA MANRIQUE, R., Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009, 163-222, p. 189.

¹³ Al respecto destaca la obra de HOLMES, S., y SUNSTEIN, C. R., *The cost of rights. Why liberty depends on taxes*, Norton&Co., Nueva York, 1999.

¹⁴ PRIETO, L., 'Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial', en AÑÓN, M.J. (Ed.), *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, 111-170, p. 118. En relación con el contenido prestacional de los derechos, ALEXY distingue entre 'derechos a algo', libertades y competencias, y dentro de los derechos prestacionales o derechos 'a algo', diferencia entre derechos de protección, derecho a organización y procedimiento y el derecho a prestación en sentido estricto. ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2001, pp. 186 y ss, pp. 419 y ss.

¹⁵ LEMA, C., 'La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad', en BERNÚZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 251.

tiene por qué ser injusta si se financia a través de un mecanismo redistributivo de la riqueza, que disminuya así las desigualdades económicas entre los diversos sectores de la población. Se ha de tener en cuenta, pues, el sistema de prestaciones sociales y la forma en que se financian las mismas¹⁶. En definitiva, los bienes sobre los que recaen los derechos sociales son bienes necesarios para la satisfacción de necesidades vitales, necesidades que son compartidas por todas las personas, independientemente de la capacidad económica. El sufrimiento de necesidades vitales no depende, pues, de la persona situada en un contexto concreto de escasez.

Sin embargo, si se presta atención al reconocimiento jurídico-positivo del derecho a la salud, puede observarse que, si bien en el plano del Derecho internacional de los derechos humanos, en diferentes textos internacionales, los derechos sociales se reconocen como derechos humanos, en el desarrollo de su contenido, y en concreto en la definición del concepto de asequibilidad, es posible apreciar rasgos de beneficencia. Así pues, el Comité DESC de las Naciones Unidas, más que establecer expresamente la obligación de los Estados de ofrecer servicios de salud a toda la población, lo que reconoce de forma expresa es que nadie debe quedar sin atención sanitaria debido a no poder costearla. En este punto podría apreciarse que el concepto de asequibilidad es insuficiente para dar cumplimiento a la universalidad de los derechos sociales. En relación con esta afirmación se hace necesario atender al desarrollo del elemento de la asequibilidad y a la ausencia de una indicación expresa que reconozca claramente la obligación del Estado de garantizar los servicios de salud a todas las personas.

En relación con los elementos del derecho a la salud, el Comité DESC, en su Observación general 14¹⁷, en desarrollo del derecho a la salud, define la disponibilidad, la aceptabilidad, la calidad y la accesibilidad del derecho. La accesibilidad implica que el acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos sin discriminación. Pero no sólo se entiende la accesibilidad física, sino, además, la accesibilidad económica, o asequibilidad. En concreto, la accesibilidad económica del derecho a la salud requiere que los servicios de salud, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluyendo los grupos socialmente desfavorecidos, debiéndose basar los pagos en el principio de equidad: 'La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos'¹⁸. Se hace referencia por el

¹⁶ LEMA, C., 'Derechos sociales, ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales', *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, enero 2010, 179-203, p. 197. También en LEMA, C., *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 194.

¹⁷ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General n.º. 14.

¹⁸ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General n.º. 14, párr.12.b.

Comité DESC, pues, a la accesibilidad económica de los servicios de salud. Prestando atención al desarrollo de este elemento, el Comité, a través de las recomendaciones a diferentes Estados parte, ha reiterado que éstos deben financiar un sistema público de cuidados para que los sectores de renta más baja puedan tener acceso a la asistencia sanitaria sin coste alguno¹⁹. Así, si bien no existe un precepto normativo que establezca la obligatoriedad de servicios de asistencia con cargo a fondos públicos, sí que se ha defendido su conveniencia con el fin de permitir el acceso a los sectores más desprotegidos. Igualmente, la prohibición de discriminación exige que los Estados tengan la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes²⁰.

Así pues, si la asequibilidad del derecho a la salud se agota en la garantía de la asistencia sanitaria a todas las personas de renta baja, que no podrían hacerse cargo de la misma a través del mercado, este elemento podría resultar insuficiente. Además, en el sentido de lo comentado anteriormente, el mercado adquiriría un papel principal como proveedor de los bienes sociales a las personas con una capacidad suficiente para costearlos. De otro lado, la *Declaración sobre Progreso Social y Desarrollo* de 1969²¹ sí que establece como uno de los objetivos 'la provisión de servicios de salud gratuitos para toda la población'. Otro pronunciamiento relevante relacionado con la asequibilidad fue el del Comité DESC en relación con la globalización: el establecimiento de tarifas y de sistemas de recuperación de costos en los servicios de salud producen una reducción significativa del acceso a los servicios que son esenciales para el disfrute del derecho²². Pero más allá de estos pronunciamientos, lo cierto es que el Derecho internacional de los derechos humanos es neutral en cuanto a la provisión pública o privada de los bienes sociales²³. Como se ha visto, el Comité DESC define la asequibilidad del derecho a la salud como el acceso de los

¹⁹ Por ejemplo, en sus Recomendaciones a la República de Corea, CRC/C/15/Add197, párr. 48, 49 (a), y a Brasil, E/C.12/BRA/CO/2, párr. 30.

²⁰ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General nº. 14, párr. 19.

²¹ ASAMBLEA GENERAL (NNUU), 'Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social', 1969, artículo 19.a).

²² COMITÉ DESC (NNUU), Pronunciamiento sobre globalización y derechos económicos, sociales y culturales, 11/05/98, Párr. 3.

²³ Quizá se haga necesario prestar más atención al artículo 28 de la propia Declaración Universal de los Derechos Humanos: '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'. Este artículo ha sido interpretado por HIERRO de tal modo que vendría a enunciar un derecho moral que tienen todas las personas, cuya satisfacción requiere un orden global nuevo y que sería condición necesaria de la justicia global, de conformidad con la idea de la universalidad en la satisfacción de los derechos humanos. HIERRO, L., 'Justicia Global y Justicia Legal. ¿Tenemos derecho a un mundo justo?', *Doxa*, núm. 32, 2009, 341-374.

servicios de salud, sean públicos o privados, al alcance de todos. Parece que lo que significa la 'asequibilidad' del derecho es, pues, que las personas puedan permitirse el acceso a los servicios sanitarios. Pero, además, más allá de la naturaleza pública o privada del proveedor de los servicios de salud, no se expresa que, en el momento de acceder a las prestaciones, no se haya de condicionar el acceso a un pago inmediato. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) sí que parece haber manifestado una preferencia por un pago anticipado a través de la contribución universal a la financiación de los sistemas sanitarios para evitar atribuir el riesgo a las personas individuales. La 58ª Asamblea Mundial de la Salud instaba a los Estados miembros²⁴:

'A que velen por que los sistemas de financiación de la salud prevean un método de pago anticipado de las contribuciones para la atención de salud, con objeto de repartir el riesgo dentro de la población y evitar que las personas incurran en gastos sanitarios desastrosos o caigan en la pobreza por haber requerido atención de salud'

En el plano del reconocimiento jurídico-positivo, en definitiva, si se entiende el derecho a la salud de acuerdo con el principio de progresividad, su cumplimiento exige que una persona no se vea obligada a abonar un pago del que directamente dependa la satisfacción de una necesidad sanitaria determinada, o la mejora del estado de salud. Se trata, pues, de un reconocimiento independientemente de la capacidad económica. Otro tema será que, en relación con la financiación del sistema, necesariamente se haya de tener en cuenta esta capacidad económica. Como se ha sostenido, un sistema sanitario financiado a través de un sistema impositivo de carácter progresivo, daría cumplimiento a las exigencias de justicia y de equidad. Además, este tipo de mecanismo de distribución tiene importantes efectos redistributivos de la riqueza, lo cual conecta con la idea de condicionantes sociales de la salud y con la teoría de que son aquellas sociedades más igualitarias las que tienen mejores resultados en la salud de la población; asunto al que se prestará atención más adelante.

2.2.- Ciudadanía excluyente vs. universalidad. Prohibición de discriminación y protección de grupos vulnerables

Un segundo grupo de argumentos en contra de la universalidad del derecho a la salud son aquellos que defienden que únicamente deben ser titulares de los derechos sociales algunas personas de las que se encuentran en el territorio de un país. La exclusión puede

²⁴ 58ª Asamblea Mundial de la Salud, Resolución 'Financiación sostenible de la salud, cobertura universal y seguro social de enfermedad', WHA58.33, mayo de 2005.

derivar, pues, de un reconocimiento única y exclusivamente a las personas con un determinado *status* administrativo, como la nacionalidad o la residencia legal. En este punto, el problema principal aparece cuando estos *status* dependen a su vez de condiciones materiales como la obtención de rentas o la realización de un trabajo.

En relación con la denominada 'ciudadanía de la salud', ésta trasladada al ámbito de la salud la idea de la 'ciudadanía social' propia de un Estado de bienestar o un Estado social, lo cual implica la participación del Estado en la protección de la salud de la población mediante un sistema público de salud. Como ha señalado Lema²⁵, la garantía del derecho a la salud de modo universal requiere que esta idea venga acompañada de la expansión del gasto público con respecto a los beneficiados y a las prestaciones, es decir, a la dimensión subjetiva y objetiva de la cobertura sanitaria. La extensión de estas vertientes de las prestaciones públicas contribuye a la mejora de los indicadores de salud y, en concreto, sería la extensión de la dimensión subjetiva la que se exigiría de acuerdo con la titularidad universal del derecho a la salud. Por el contrario, la dimensión subjetiva del disfrute de los derechos sociales suele vincularse con las nociones de ciudadanía y de residencia legal. Así, debido a que existen derechos que sólo se reconocen a los ciudadanos de un Estado, mientras que los extranjeros ven sus derechos restringidos, la concepción de ciudadanía que prevalece es excluyente y sus derechos se corresponderían más con la idea de privilegios que con la de derechos humanos por no reconocerse de forma universal. Los *status* de nacionalidad y de residencia legal son excluyentes porque se vinculan con el ejercicio de los derechos, pero especialmente, porque el acceso a tales *status* es restringido de tal modo que impone determinadas condiciones materiales que dejan fuera a una población que no puede cumplirlas aún residiendo de hecho en el territorio nacional.

Por estas razones es necesario luchar por un reconocimiento de los derechos sociales como la atención sanitaria, a todos los residentes estables en el territorio de un país con independencia del *status* administrativo de residencia legal o de nacionalidad. A su vez, es necesario defender una concepción de ciudadanía social e inclusiva. Ello sería más acorde con el concepto de *ciudadanía social* que, acuñado inicialmente por Marshall y seguido por autores como Añón²⁶, se entiende como un *status* conformado por el acceso a los recursos básicos para el ejercicio de derechos y deberes, para poder alcanzar una comunidad formada entre iguales, en la que cada persona sea miembro pleno de la misma, lo cual exige la satisfacción

²⁵ LEMA, C., *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 42.

²⁶ AÑÓN, M. J., 'Ciudadanía social: La lucha por los derechos sociales', *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 6, 2002.

de los derechos sociales para que las necesidades básicas queden satisfechas y, de este modo, los sujetos tengan libertad real para el ejercicio de capacidades y para poder participar plenamente en la vida pública. De acuerdo con Ansuátegui²⁷, 'un concepto de ciudadanía sin derechos sociales constituye un 'concepto-guetto', un lugar de refugio para los privilegiados (aquellos que aún no son vulnerables) que muestra, por tanto, su faz más descarnadamente desigualitaria y discriminatoria'. Además, se trata, también, de una ciudadanía inclusiva, en vez de una ciudadanía excluyente como es la ciudadanía laboral, vinculada al trabajo y con la idea de que los derechos sociales son derechos de los trabajadores. Como ha señalado Pisarello²⁸:

'De lo que se trataría, así, es de pasar del reconocimiento de derechos ciudadanos al reconocimiento de derechos de las personas, o si se prefiere, del reconocimiento selectivo de derechos para ciudadanos-nacionales, para trabajadores formales o para residentes económicamente solventes, a un modelo en el que los derechos se atribuyan por igual a todas las personas que habitan en una comunidad política, esto es, que guardan un vínculo más o menos estable con la misma, sin discriminaciones ni exclusiones arbitrarias'.

Un ejemplo de la introducción de limitaciones en el derecho a la salud que afectan a la población en situación irregular ha venido dado, en España, por el Real Decreto-Ley 16/2012, de 20 de abril²⁹. Con anterioridad, en España este derecho se había ido configurando progresivamente por el legislador de un modo más acorde con la titularidad universal. La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, declaró que eran titulares del derecho todos los españoles y los ciudadanos extranjeros que tuvieran establecida su residencia en el territorio nacional, y los extranjeros no residentes en España en la forma que las leyes y los convenios internacionales establezcan³⁰. Posteriormente, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud³¹, reguló el acceso a la asistencia sanitaria a los extranjeros, a los nacionales de los Estados de la Unión Europea y a los que tenían derechos reconocidos por las

²⁷ ANSUÁTEGUI, J., 'Los derechos sociales en tiempos de crisis. Algunas cuestiones sobre su fundamentación', en BERNUZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, 23-42, p. 38.

²⁸ PISARELLO, G., 'Los derechos sociales y sus 'enemigos': elementos para una reconstrucción garantista', *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*, VALIÑO, V. (Coord.), Barcelona, Observatori DESC, 2009, 13-22, p. 21.

²⁹ 'Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril, de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones', *Boletín Oficial del Estado*, 24 de abril de 2012, núm. 98.

³⁰ 'Ley Orgánica 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad', *Boletín Oficial del Estado*, 29 de abril de 1986, núm. 102, artículo 1.2 y 3.

³¹ 'Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 29 de mayo de 2003, núm. 128, artículo 3.

leyes, los tratados y los convenios internacionales. Se remitía a su vez a la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social³², que reconocía igual derecho de asistencia sanitaria a los nacionales y a los extranjeros que estuviesen empadronados. Sin embargo, en la actualidad, el Real Decreto-ley 16/2012 y su posterior desarrollo por el Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto³³, han reformado esta Ley introduciendo un nuevo sistema que reduce el reconocimiento de la asistencia sanitaria pública a los 'asegurados' y a los 'beneficiarios de un asegurado'. En resumen, la condición de asegurado se hace depender de un vínculo con la Seguridad Social³⁴, mientras que la condición de beneficiario depende de un determinado vínculo familiar o de dependencia con el asegurado³⁵. Además, también se consideran 'asegurados' aquellas personas de nacionalidad española, de un Estado miembro de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, inscritos en el Registro Central de Extranjeros, o nacionales de terceros Estados con autorización de residencia, que acrediten no superar un límite de ingresos fijado en cien mil euros en cómputo anual³⁶.

³² 'Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social', *Boletín Oficial del Estado*, 12 de enero de 2000, núm. 10, artículo 12.

³³ 'Real Decreto 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 4 de agosto de 2012, núm. 186.

³⁴ Según el artículo 1 del 'Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...', se considera asegurado el que cumpla alguna de las siguientes circunstancias:

- 1.º Ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia, afiliado a la Seguridad Social y en situación de alta o asimilada a la de alta.
- 2.º Ostentar la condición de pensionista del sistema de la Seguridad Social.
- 3.º Ser perceptor de cualquier otra prestación periódica de la Seguridad Social, como la prestación y el subsidio por desempleo u otras de similar naturaleza.
- 4.º Haber agotado la prestación o el subsidio por desempleo y encontrarse en situación de desempleo, figurando inscrito en la oficina correspondiente como demandante de empleo, sin poder acreditar la condición de asegurado por cualquier otro título. Este supuesto no será de aplicación a los extranjeros no autorizados ni registrados como residentes en España.

³⁵ Esta condición de 'beneficiario' se ostenta, siempre que se resida en España, por quien respecto del asegurado sea: 1) el cónyuge o pareja de hecho; 2) el ex cónyuge a cargo del asegurado; 3) los descendientes y personas asimiladas (menores sujetos a tutela o acogimiento legal) a cargo del asegurado o del cónyuge o ex cónyuge a cargo del asegurado, que sean menores de veintiséis años; 4) los descendientes y personas asimiladas a cargo del asegurado o de su cónyuge o ex cónyuge a cargo del mismo, que tengan una discapacidad en grado igual o superior al 65%; y 5) las hermanas y los hermanos de la persona asegurada. 'Real Decreto-ley 16/2012, de 20 de abril...', artículo 1.

³⁶ 'Real Decreto-ley 1192/2012 de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud', *Boletín Oficial del Estado*, 4 de agosto de 2012, núm. 186, artículo 2.1.b).

De esta forma, la norma excluye a determinados colectivos que no tienen un vínculo con la Seguridad Social. Los colectivos más afectados por la norma finalmente resultan ser la población inmigrante en situación irregular en España, así como los ciudadanos comunitarios no registrados. Ello es así porque, en primer lugar, la exigencia del vínculo con la Seguridad Social automáticamente deja fuera a estas personas que no han conseguido la autorización para residir, entre otras razones por no tener un empleo. En segundo lugar, además, no se les reconoce la posibilidad de ser atendidos cuando no superen el límite de los cien mil euros anuales. Posteriormente, la Ley 22/2013 introdujo una nueva reforma regresiva al aprobarse que las personas desempleadas sin derecho a prestación ni subsidio de desempleo pierdan el reconocimiento de la asistencia a través del SNS en el caso de estar fuera del territorio español durante tres meses³⁷.

Estas restricciones a la titularidad del derecho a la salud, en primer lugar, resultan contrarias a la universalidad del derecho. Además, como señala Lema³⁸, la norma introduce la idea de la beneficencia, al exigir a determinadas personas no aseguradas que acrediten no obtener unos determinados ingresos para poder beneficiarse de la asistencia sanitaria. Por otra parte, si se atiende a las obligaciones de los Estados desde el plano internacional de los derechos humanos, en este caso, sí que hay argumentos para sostener que, tal y como ha sido desarrollado el derecho a la salud, las restricciones a la universalidad derivadas de la exigencia de determinados *status* administrativos, que derivan en dejar fuera del reconocimiento a personas y colectivos con pocos medios económicos, no están permitidas. Tales restricciones, así pues, pueden suponer incumplimientos de obligaciones estatales básicas que son transversales a todos los derechos humanos, como la prohibición de discriminación y la protección de colectivos en situación de vulnerabilidad. Estas obligaciones, además, resultan vinculantes aún en situaciones de limitación de recursos, en época de crisis económica. Las instituciones públicas, en definitiva, no pueden

³⁷ 'Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014', *Boletín Oficial del Estado*, 26 de diciembre de 2014, núm. 309.

Más información sobre la regulación del derecho a la salud y el análisis de las actuales reformas puede encontrarse en SOLANES, A., 'La salud como derecho en España: Reformas en un contexto de crisis económica', *Derechos y Libertades*, núm. 31, junio 2014, pp. 127-162. Asimismo, MORA, A., 'El derecho a la salud de las personas inmigrantes y su nueva regulación en el Estado español', en DE LUCAS, J., AÑÓN, M. J. (Ed.), *Integración y derechos. A la búsqueda de indicadores*, Icaria, Barcelona, 2013, pp. 67-102.

³⁸ LEMA, C., 'La erosión del derecho a la salud en el Reino de España: el ataque a la universalidad', en BERNÚZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, p. 243.

estar autorizadas para discriminar entre personas hasta el punto de que ello les signifique la posibilidad de vivir o morir³⁹.

Así pues, de acuerdo con el Comité DESC de Naciones Unidas, existen unas obligaciones mínimas que los Estados no pueden dejar de cumplir, de forma que cualesquiera medidas regresivas incompatibles con las obligaciones básicas constituirían una violación del Pacto, pues no se puede en ningún caso justificar su incumplimiento, siendo, pues, inderogables⁴⁰. En relación con el derecho a la salud, destaca, entre otras, la obligación de garantizar el derecho de acceso a los centros, bienes y servicios de salud sobre una base no discriminatoria, en especial por lo que respecta a los grupos vulnerables o marginados⁴¹. También, la de velar por una distribución equitativa de todas las instalaciones, bienes y servicios de salud. Podemos comprobar, pues, como una obligación mínima de principal importancia es la de no discriminación. En relación con la población

³⁹ HARRIS, J., 'QALYfying the value of life', *Journal of medical ethics*, 1987, vol. 13, núm. 3, 117-123, p. 121: '*a society, through its public institutions, is not entitled to discriminate between individuals in ways that mean life or death for them on grounds which count the lives or fundamental interests of some as worth less than those of others*'.

⁴⁰ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General nº. 14, párrs. 47 y 48.

⁴¹ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General nº. 14, párr. 43. También, párr. 18 y 19:

'18) En virtud de lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 2 y en el artículo 3, el Pacto prohíbe toda discriminación en lo referente al acceso a la atención de la salud y los factores determinantes básicos de la salud, así como a los medios y derechos para conseguirlo, por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o posición social, situación económica, lugar de nacimiento, impedimentos físicos o mentales, estado de salud (incluidos el VIH/SIDA), orientación sexual y situación política, social o de otra índole que tengan por objeto o por resultado la invalidación o el menoscabo de la igualdad de goce o el ejercicio del derecho a la salud. El Comité señala que se pueden aplicar muchas medidas, como las relacionadas con la mayoría de las estrategias y los programas destinados a eliminar la discriminación relacionada con la salud, con consecuencias financieras mínimas merced a la promulgación, modificación o revocación de leyes o a la difusión de información. El Comité recuerda el párrafo 12 de la observación general Nº 3 en el que se afirma que incluso en situaciones de limitaciones graves de recursos es preciso proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la aprobación de programas especiales de relativo bajo costo.

19) En cuanto al derecho a la salud, es preciso hacer hincapié en la igualdad de acceso a la atención de la salud y a los servicios de salud. Los Estados tienen la obligación especial de proporcionar seguro médico y los centros de atención de la salud necesarios a quienes carezcan de medios suficientes, y, al garantizar la atención de la salud y proporcionar servicios de salud, impedir toda discriminación basada en motivos internacionalmente prohibidos, en especial por lo que respecta a las obligaciones fundamentales del derecho a la salud. Una asignación inadecuada de recursos para la salud puede dar lugar a una discriminación que tal vez no sea manifiesta. Por ejemplo, las inversiones no deben favorecer desproporcionadamente a los servicios curativos caros que suelen ser accesibles únicamente a una pequeña fracción privilegiada de la población, en detrimento de la atención primaria y preventiva de salud en beneficio de una parte mayor de la población.'

inmigrante en situación irregular, el Comité ha señalado expresamente la obligación de respetar su derecho a la salud⁴²:

En particular, los Estados tienen la obligación de *respetar* el derecho a la salud, en particular absteniéndose de denegar o limitar el acceso igual de todas las personas, incluidos, los presos o detenidos, los representantes de las minorías, los solicitantes de asilo o los inmigrantes ilegales, a los servicios de salud preventivos, curativos y paliativos; abstenerse de imponer prácticas discriminatorias como política de Estado; y abstenerse de imponer prácticas discriminatorias en relación con el estado de salud y las necesidades de la mujer.

Esta prohibición de discriminación tiene una importancia transversal a todos los derechos humanos, configurándose como una obligación básica mínima e inmediata según el artículo 2.2 del PIDESC⁴³. Igualmente, se establece en los Principios de Limburgo que: 'Algunas obligaciones del Pacto requieren su aplicación inmediata y completa por parte de los Estados Partes, tales como la prohibición de discriminación enunciada en el artículo 2.2 del Pacto'. Asimismo 'la discriminación de facto que resulte del goce desigual de los derechos económicos, sociales y culturales motivado por la falta de recursos legales, o por otra razón, debería cesar lo antes posible⁴⁴. Como consecuencia del incumplimiento, tal y como se ha establecido en las Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 'el Estado responsable habrá de establecer mecanismos para reprimir estas violaciones, por ejemplo, mediante actividades de vigilancia, investigación y procesamiento y con el resarcimiento de las víctimas'⁴⁵.

En esta línea, otra de las obligaciones con importancia reforzada es la de proteger a los grupos vulnerables, que se ha de mantener aún en situaciones de recesión económica como la actual. De acuerdo con el Comité DESC, 'aun en tiempos de limitaciones graves de recursos, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo'⁴⁶. Es relevante, pues, la obligación de los Estados de dar cumplimiento al desarrollo de los derechos

⁴² COMITÉ DESC (NNUU), Observación General n.º 14, párr. 34.

⁴³ Sobre la obligación de no discriminación y los diferentes tipos de discriminación (directa, indirecta y estructural o sistémica) puede leerse a AÑÓN, M. J., 'Derechos humanos y obligaciones positivas', en BERNUZ, M. J., CALVO, M., (Ed.), *La eficacia de los derechos sociales*, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 43-71, p. 63. También AÑÓN, M. J., 'Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio', en ANSUÁTEGUI, F., DE ASÍS, R., FERNÁNDEZ, E., FERNÁNDEZ, C., PECES-BARBA, G., (Dir.), *Historia de los derechos fundamentales, Tomo IV, s. XX, Vol. V, Libro II*, Dykinson, Madrid, 2014.

⁴⁴ *Principios de Limburgo relativos a la aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 1986 (22 y 38).

⁴⁵ *Directrices de Maastricht sobre Violaciones a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales*, Maastricht, 1997 (16).

⁴⁶ COMITÉ DESC (NNUU), Observación General n.º 3, párr. 12.

humanos aún en tiempos de crisis económica. Precisamente el Consejo de Derechos Humanos en 2009 exhortó a los Estados a 'que tengan presente que las crisis económicas y financieras mundiales no disminuyen la responsabilidad de las autoridades nacionales y la comunidad internacional en la realización de los derechos humanos'⁴⁷. Así, es durante los periodos de austeridad económica cuando la protección de muchos derechos se encuentra amenazada, siendo que los principios de derechos humanos deberían guiar cualquier estrategia de recuperación económica⁴⁸. Esto ha sido puesto de manifiesto, entre otros, por el Relator Especial de la ONU sobre Pobreza Extrema y Derechos Humanos⁴⁹, según el cual existen diversas opciones para expandir el espacio fiscal de forma equitativa y sin incurrir en discriminación, aun en el contexto de crisis económica global. Entre las opciones podemos mencionar la mejora de la eficiencia en la recaudación de impuestos, una mayor progresividad en el régimen impositivo, la reestructuración de la deuda y la adopción de un marco macroeconómico más equitativo⁵⁰.

En definitiva, dos de las principales objeciones a la titularidad universal del derecho a la salud provienen, pues, de concepciones de los derechos sociales que restringen la titularidad de los mismos en función de la capacidad económica o de la situación administrativa en un territorio. En el desarrollo internacional de los derechos humanos, estos argumentos se rechazan de una forma más o menos expresa, con mayor o menor adecuación a la efectiva universalidad.

Otra de las objeciones al reconocimiento de la salud como derecho es considerar que las enfermedades se explican en términos de azar natural o que se deben a conductas individuales irresponsables, sosteniendo que la salud dependerá de la responsabilidad individual de cada uno y que no se ha de articular una protección institucional. Más allá de resultar obvio que no todas las enfermedades son fruto del azar o de irresponsabilidades, tal argumento se puede rebatir también con la propia existencia de determinantes sociales de la salud. En este punto, la noción de condicionantes sociales de la salud que se trata a continuación refuerza la configuración jurídica del derecho de la salud como un derecho de titularidad universal.

⁴⁷ CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS (NNUU), 'Efectos de las crisis económicas y financieras mundiales en la realización universal y el goce efectivo de los derechos humanos', Resolución S-10/1 de la 10ª sesión especial, 20 de febrero de 2009.

⁴⁸ 'Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', con motivo del examen del 5º Informe Periódico de España, 48º período de sesiones, mayo 2012, p. 5.

⁴⁹ (NNUU) SEPÚLVEDA, M., *Report of the Independent Expert on the question of human rights and extreme pover*, A/HRC/17/34, 17th Sesión del Consejo de Derechos Humanos, 17 de marzo de 2011.

⁵⁰ 'Informe Conjunto al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', p. 7.

3.- INEQUIDADES EN EL DISFRUTE DEL DERECHO: DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD

Los determinantes sociales de la salud hacen referencia a causas socioeconómicas que influyen en la salud, como la alimentación, el acceso a agua potable, la vivienda, el abrigo o el trabajo. Estas causas derivan en desigualdades en la salud de las poblaciones e influyen en los indicadores de mortalidad y de morbilidad y de la esperanza de vida de las sociedades. Los determinantes sociales de la salud pueden entenderse como *las causas de las causas* de la enfermedad. Por ejemplo, una mala dieta puede ser un factor determinante de sufrir colesterol, pero la falta de recursos económicos para acceder a una alimentación adecuada puede constituir *la causa de la causa* de esta enfermedad⁵¹. Así, se trata de factores de comportamiento, psicosociales y materiales que influyen en la salud, y que están relacionados con las condiciones sociales y económicas con las que los seres humanos convivimos. A continuación se atenderá, en primer lugar, al progresivo reconocimiento de la influencia que estos factores tienen sobre el estado de salud de las personas, pudiendo observar de qué causas o determinantes sociales estamos hablando. En segundo lugar, se reflexionará sobre las diferencias de salud entre las personas que son consecuencia de estos determinantes sociales, y sus implicaciones en relación con el principio de igualdad de oportunidades.

3.1.- El reconocimiento de los determinantes sociales de la salud

En el año 1974, el gobierno británico encargó a una comisión presidida por Douglas Black un estudio sobre la evolución de las desigualdades sociales en salud. Este encargo dio lugar a la publicación en Gran Bretaña del *Black Report*⁵², a principios de los años 80, constituyendo una referencia para el tratamiento de la problemática en torno a los determinantes sociales de la salud. El informe proporcionó datos tales como que la mortalidad de la clase social más desventajada es 2'5 veces superior a la que posee mejores condiciones. Posteriormente, tuvo lugar la publicación de otro informe, *The Health Divide*⁵³, de la mano de Whitehead, que

⁵¹ MARMOT, M., WILKINSON, R. G., *Social determinants of health*, Oxford University Press, 2ª edición, Nueva York, 2006, p. 2.

⁵² TOWNSEND, P., DAVIDSON, N., *Inequalities in health: the Black Report*, Penguin Books, Gran Bretaña, 1982, p. 51.

⁵³ WHITEHEAD, M., 'The health divide: Inequalities in Health in the 1980's', *The*

confirmaba las desigualdades: las clases más desventajadas consultan al médico un mayor número de veces, pero utilizan menos los servicios preventivos. Igualmente se observan desigualdades regionales muy claras entre el Norte y el Sur.

Por su parte, a mediados de los años 80, la oficina europea de la OMS estableció como uno de los objetivos prioritarios la reducción de las desigualdades sociales en salud en los países de la región europea. Más tarde, en el año 2005, se creó la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud de la OMS, cuya misión fue la elaboración de un informe que analizara de forma exhaustiva la influencia de factores sociales en la enfermedad y en las desigualdades en salud. Dicho informe, que concluyó en el año 2008, centró la atención en los siguientes temas: el desarrollo de la primera infancia, las condiciones de trabajo, los entornos urbanos, la exclusión social, las mujeres y la equidad de género, la globalización, los sistemas sanitarios, las afecciones prioritarias para la salud pública y los proyectos para medir la equidad sanitaria y recabar datos científicos. Sin embargo, otros factores tales como los alimentos y la alimentación, los factores rurales, la violencia y la delincuencia, y el cambio climático, también se consideran importantes para la equidad sanitaria⁵⁴. Asimismo, en la 62ª Asamblea Mundial de la Salud en 2009 se fijó el objetivo de reducir las inequidades sanitarias actuando sobre los determinantes sociales de la salud⁵⁵.

En esta línea de conexión con las desigualdades sociales en salud, no es de extrañar que la ONU, en el desarrollo de los indicadores ilustrativos sobre el derecho a la salud⁵⁶, haya incluido factores relacionados con el entorno natural y ocupacional como: la proporción de la población destinataria a la que se amplió el acceso a una fuente mejorada de agua potable, así como a un saneamiento mejorado, destacando también la relevancia de la proporción de la población u hogares que viven o trabajan en o cerca de condiciones peligrosas que han sido rehabilitados. Es interesante observar cómo estos factores se incluyen como indicadores en la investigación que se está desarrollando en torno a los mismos, como instrumentos de medición del disfrute de los derechos humanos y del grado de cumplimiento por los Estados.

En España, en 1994 se creó una Comisión encargada de estudiar las desigualdades sociales en salud en este país, llevando a cabo así un estudio semejante al que se realizó por la Comisión Black

Health Education Council, Londres, 1987, p. 47.

⁵⁴ OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2008, p. 43.

⁵⁵ 62ª Asamblea Mundial de la Salud, 22 de mayo de 2009.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS, Oficina del Alto Comisionado (ACNUDH), 'Indicadores de Derechos Humanos. Guía para la medición y aplicación', HR/PUB/12/5, Nueva York y Ginebra, 2012 p. 99.

en Gran Bretaña⁵⁷. La Comisión publicó su resultado en un informe en 1996 en el que se señalaban las desigualdades en salud de la población española⁵⁸. Más tarde, en noviembre de 2008, a petición de la Dirección General de Salud Pública y Sanidad Exterior del Ministerio de Sanidad y Política Social, se constituyó la Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales en Salud en España. La Comisión, en un informe de 2010⁵⁹, propuso un marco conceptual para distinguir entre factores estructurales y factores intermedios de las desigualdades en salud. Podemos observar el paralelismo entre la investigación en este campo y la que desarrolla los indicadores de derechos humanos, indicadores que suelen clasificarse como estructurales, de proceso y de resultado. De nuevo, en el informe de la Comisión, se pone de manifiesto cómo la posición socioeconómica juega un papel fundamental en las inequidades en salud. Entre las ciudades españolas más ricas como Madrid o Navarra, y las más pobres, como Andalucía, existe una diferencia en la esperanza de vida de su población de más de 3 años, diferencia que se acentúa al comparar barrios de la misma ciudad⁶⁰. El objetivo de la Comisión fue el planteamiento de propuestas para reducir las desigualdades sociales en salud existentes en nuestro país. De este modo, se centró la atención en la distribución del poder, la riqueza y los recursos; las condiciones de vida y de trabajo cotidianas a lo largo del ciclo vital; los entornos favorecedores de la salud; los servicios sanitarios; por último, la información, la vigilancia, la investigación y la docencia. De otro lado, existen estudios que analizan los determinantes sociales de la salud en Comunidades Autónomas como Cataluña, el País Vasco, o Andalucía.⁶¹

A nivel legislativo en España se reconoce por primera vez la existencia de determinantes sociales de la salud en la Ley General de Salud Pública de 2011⁶². En su artículo 19.2.a), se insta a las

⁵⁷ NAVARRO, V., 'El derecho a la protección de la salud', *Derechos y Libertades*, núm. 6, 1998, pp. 137-160, p. 138.

⁵⁸ NAVARRO, V., BENACH, J., 'Desigualdades sociales en salud en España. Informe de la Comisión Científica de estudios de las desigualdades sociales en salud en España', *Revista Española de Salud Pública*, 1996, vol. 70, núm. 5-6, pp. 505-636.

⁵⁹ Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales de Salud en España, *Avanzando hacia la equidad. Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España*, mayo de 2010, p. 6.

⁶⁰ *Avanzando hacia la equidad*, p. 9.

⁶¹ Algunos de estos estudios son: BORRELL, C., BENACH, J., (Coords.), *Les desigualtats en la salut a Catalunya*, Barcelona: Editorial Mediterrania, 2003.

BORRELL, C., BENACH, J., (Coords.), *L'evolució de les desigualtats en la salut a Catalunya*, Editorial Mediterrania, Barcelona, 2005.

BACIGALUPE DE LA HERA, A., MARTÍN RONCERO, U., *Desigualdades sociales en la salud de la población de la Comunidad Autónoma del País Vasco*, Ararteko, Vitoria-Gasteiz, 2007.

ESCOLAR, A., (Ed.), *Primer Informe sobre Desigualdades y Salud en Andalucía*. Asociación para la Defensa de la Sanidad Pública de Andalucía, Cádiz, 2008.

⁶² 'Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública', *Boletín Oficial del*

Administraciones Públicas a dirigir las acciones y políticas preventivas sobre los determinantes sociales de la salud, definiendo estos como 'los factores sociales, económicos, laborales, culturales, alimentarios, biológicos y ambientales que influyen en la salud de las personas'. Es por ello, pues, que la mejora de la salud de los individuos requerirá políticas que estén encaminadas a atender estos determinantes, siendo necesario que las políticas institucionales engloben todos los factores sociales que influyen en la salud, y no únicamente la atención sanitaria⁶³.

Así pues, en el disfrute efectivo del derecho a la salud, cobran importancia los factores sociales que influyen en la misma como la alimentación, la vivienda, el agua, la seguridad, el vestido, etc. Más allá de que el derecho a la salud se deba reconocer como un derecho de titularidad universal a todas las personas que se encuentren de forma más o menos estable en un país, sin depender de la capacidad económica ni de condiciones materiales o *status* administrativos, el principio de igualdad material exige atender a estos determinantes sociales. Por ejemplo, en cuanto al factor laboral, se afirma que 'frente a quien tiene un empleo, quien no lo tiene presenta el doble de posibilidades de tener una salud regular o mala; su riesgo de sufrir una enfermedad crónica es un 67% mayor, y corre un riesgo doble de sufrir una limitación de la actividad diaria por un problema de salud⁶⁴. Esta realidad y la fuerte influencia del factor laboral en la salud, por otra parte, nos lleva a la cuestión de la necesidad de obtención de una renta para la satisfacción de las necesidades y a la conveniencia de que esta renta no haya de depender de la institución del trabajo (pues exige contar con necesidades laborales y oferta de empleo y, siendo ello no siempre posible, se haría necesaria la obtención de rentas con independencia del trabajo, bien concebidas como protección al desempleo sin depender de la previa cotización o de la previa situación de empleo, bien concebidas como renta básica o mínima universal).

3.2.- Igualdad de oportunidades e inequidades en salud

Mientras no se atiende a los determinantes sociales de la salud, los factores sociales seguirán derivando en desigualdades e inequidades en salud y con ello en diferencias en el disfrute del

Estado, 5 de octubre de 2011, núm. 240, pp. 104593-104626.

⁶³ BENACH, J., MUNTANER, C., TARAFÀ, G., VALVERDE, C., *La sanidad está en venta, y también nuestra salud*, Icaria, Barcelona, 2012, p. 39. También, BENACH, J., MUNTANER, C., *Aprender a mirar la salud. Cómo la desigualdad social daña nuestra salud*, El viejo Topo, Barcelona.

⁶⁴ MORENO, F. J. y BRUQUETAS, M., 'Inmigración y Estado de Bienestar en España', *Colección de Estudios Sociales*, núm. 31, Obra Social 'la Caixa', Barcelona, 2011, p.100.

derecho entre las personas. Las inequidades en salud se padecen de forma injusta, pues sitúan a los seres humanos en posiciones de partida diferentes. No tiene la misma posibilidad para alcanzar un buen estado de salud, quien convive con unas condiciones materiales dignas que quien, en cambio, sobrevive en situación de pobreza y necesidad. Ahora bien, esta diferencia en las posiciones de partida derivadas de la desigualdad de condiciones materiales, lo que señala no es una mayor conveniencia de la garantía de los recursos sanitarios sólo a quienes se encuentran en situación de desventaja (beneficencia), sino, más bien, en un sentido conforme a la lógica del derecho a la salud y su reconocimiento universal, que se hace necesario solucionar el problema de los determinantes sociales de la salud. Habrá que identificar cuáles son las causas de las desigualdades de la salud que, en los términos de Whitehead, se consideran inequitativas por ser evitables, innecesarias e injustas⁶⁵. Dado que entre los condicionantes no sólo se aprecian las condiciones mínimas de subsistencia, sino también las desigualdades entre grupos sociales, referentes al entorno social en que viven, además de eliminar la pobreza extrema será necesario realizar continuos movimientos de redistribución de los recursos.

Cabe distinguir, pues, dos cuestiones a este respecto. De un lado, la desigualdad en las posiciones de partida (derivadas de los determinantes sociales), derivan en desiguales *posibilidades* de alcanzar un buen estado de salud. Ello puede implicar un desigual tratamiento de las necesidades determinantes de la salud⁶⁶. Únicamente cuando se tienen cubiertas las condiciones mínimas de subsistencia podría alcanzarse una igualdad material en las posiciones de partida, igualdad material que Añón⁶⁷ ha entendido

⁶⁵ WHITEHEAD, M., 'The concepts and principles of equity and health', *World Health Organization, Regional Office for Europe*, EUR/ICP/RPD 414, Copenhagen, p. 5. A partir de esta clasificación LEMA analiza cuándo una diferencia de salud podría considerarse injusta en LEMA, C., *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 265.

⁶⁶ Este desigual tratamiento de las necesidades o factores sociales determinantes de la salud podría derivar de la cobertura, por ejemplo, de las necesidades alimentarias, de abrigo o de vivienda digna a las personas y familias que no las tengan satisfechas, a través de rentas específicas como pueden ser las ayudas de protección al desempleo, independientes de una previa cotización o situación de empleo. Si bien tales necesidades, como las sanitarias, son asimismo universales, la alimentación y la vivienda son derechos que, en la actualidad, se encuentran más lejos de ser ofrecidos sin mediar pago directo, al menos en aquellos países que ya cuentan con instituciones sanitarias y educativas capaces de ofrecer una cobertura pública y universal. Ello justificaría, en un principio, el desigual tratamiento de estas necesidades. Ahora bien, un tratamiento igualitario podría venir dado, de otro lado, a través de la renta básica universal. Ello sin olvidar, por otra parte, el factor laboral determinante del estado de salud de los individuos, que exige unas condiciones laborales dignas y la más alta seguridad y salubridad en el empleo; así como la desigualdad determinante de diferencias de salud entre grupos.

⁶⁷ AÑÓN, M. J., *Igualdad, Diferencias y Desigualdades*, Editorial Fontamara, Mexico, 2001, p. 11.

como 'igualdad de probabilidades de los individuos para decidir sobre su propia identidad, para desarrollar su propio plan de vida, para el disfrute real de los derechos fundamentales'.

De otro lado, como segunda cuestión cabe atender a la igualdad de *oportunidades* en un sentido estricto, aplicada en este caso al acceso a los recursos sanitarios. Entonces, más allá de las desigualdades sociales en salud que se encuentran en las posiciones de partida, las oportunidades de acceder a los servicios sanitarios también influyen en las posibilidades que tienen los individuos de tomar decisiones relativas a su estado de salud (en consecuencia, los servicios sanitarios habitualmente se incluyen también como un determinante social de la salud). El principio general de igualdad de oportunidades se puede entender, según lo ha formulado Hierro⁶⁸, como 'la igualdad entre todos los seres humanos en los recursos adecuados para satisfacer las necesidades básicas, de forma que permitan a todos y cada uno desarrollar de forma equiparablemente autónoma y libre su propio plan de vida'. Partiendo de un reconocimiento universal, a todas las personas, de una asistencia sanitaria garantizada, se plantea otra problemática teniendo en cuenta el disfrute del derecho a la salud desde la igualdad de oportunidades y desde la igualdad de oportunidades para el bienestar⁶⁹. Esto es, si se ha de perseguir la desmercantilización completa de los bienes sociales relevantes para la satisfacción de necesidades⁷⁰, en este caso las sanitarias, evitando cuotas desiguales de libertad entre los individuos que, además de la asistencia garantizada tienen los recursos para permitirse otra asistencia a través del mercado, y aquellos individuos que no tienen los recursos económicos suficientes para ello⁷¹. O bien, si desde la perspectiva del

⁶⁸ HIERRO, L., '¿Qué derechos tenemos?', *Doxa*, núm. 23, 2000, 351-375, p. 365.

⁶⁹ ARNESON propone la igualdad de oportunidades para el bienestar, como igualdad entre las personas para disponer de un conjunto equitativo de opciones en relación con la satisfacción de las preferencias, ARNESON, R., 'Equality and Equal Opportunity for Welfare', *Philosophical Studies*, vol. 56, núm. 1, 1989, 77-93.

⁷⁰ En este sentido, GARCÍA MANRIQUE defiende la desmercantilización de derechos sociales como la educación, la asistencia y el trabajo para evitar cuotas desiguales de libertad entre las personas. GARCÍA MANRIQUE, R., *La libertad de todos. Una defensa de los derechos sociales*, El Viejo Topo, Barcelona, 2013.

⁷¹ En esta línea, también, RIBOTTA ha considerado que 'hay que evitar situaciones en las que se viola el principio universal de los derechos humanos y en las cuales acabamos teniendo dualidad de disfrute y de calidad de los derechos sociales, como una educación de excelencia para algunos y una educación barata y mediocre para otros o una salud de excelencia para unos y otra de mala calidad para otros'. RIBOTTA, S., 'Cómo repartir recursos en términos de derechos sociales: ¿igualdad o prioridad?' en RIBOTTA, S., ROSSETTI, A. (Ed.), *Los derechos sociales en el siglo XXI. Un desafío clave para el derecho y la justicia*, Dykinson, 2010, 263-298, p. 292. La autora ha analizado ampliamente cuestiones relacionadas con la igualdad, las desigualdades económicas y la redistribución, desde las teorías de la justicia, por ejemplo en RIBOTTA, S., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.

cumplimiento de los derechos humanos es suficiente con garantizar las necesidades que permiten a las personas ser autónomas y desenvolverse con libertad real⁷².

Con relación a la igualdad de oportunidades y en conexión con el derecho a la salud, para finalizar, cabe destacar a algunos autores que encuentran el fundamento del derecho en este principio. Entre ellos, Gutmann⁷³, defiende el 'principio de igual acceso a la asistencia sanitaria', según el cual: 'Si alguien tiene la oportunidad de recibir un bien o servicio que satisface una necesidad sanitaria, entonces todo aquel que comparta el mismo tipo y grado de necesidad debe tener la misma oportunidad efectiva de recibir tal bien o servicio'. Este razonamiento lleva a la autora a aceptar la restricción de la actuación del mercado en el ámbito sanitario paralelo a la sanidad pública⁷⁴. Asimismo cabe destacar también a Daniels⁷⁵, que sitúa a las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones encargadas de proporcionar una justa igualdad de oportunidades, pues la protección de la salud contribuiría a mantener las capacidades de los individuos lo más próximo posible al 'funcionamiento normal'. El concepto de funcionamiento se refiere al estado de ser o estar, por ejemplo, estar saludable, bien nutrido, cobijado, educado, y otras actividades o estados que influyen en el bienestar del ser humano⁷⁶.

Este parámetro de normal funcionamiento, que conecta, así pues, con el concepto y significado de los determinantes sociales de la salud, lleva a Daniels a entender las necesidades sanitarias como necesidades básicas, incluyendo también entre estas, la vivienda, la nutrición y el abrigo, además de los servicios preventivos, curativos y de rehabilitación de las enfermedades. Existe, en definitiva, una fuerte interrelación entre la salud y estos otros factores sociales, determinantes sociales de la salud, concepto que no hace sino reforzar la tesis de la indivisibilidad y de la interdependencia entre los derechos humanos.

⁷² LAPORTA entiende el valor de la autonomía personal como una exigencia compleja que equivale a un ideal de la persona humana como agente moral con la capacidad de diseñar y proyectar su propia vida en libertad. Autor que, por otra parte, defiende el mero valor instrumental del principio de igualdad material, considerando que la mera distribución igualitaria de bienes y recursos carece de justificación independiente. LAPORTA, F. J., 'Los derechos sociales y su protección jurídica. Introducción al problema', en BETEGÓN, J., DE PÁRAMO, LAPORTA, F. J., J. R., PRIETO, L. (Coord.), *Constitución y derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, 297-321, p. 307.

⁷³ GUTMANN, A., 'For and against Equal Access to Health Care', *Milbank Memorial Fund Quarterly/Health and Society*, vol. 59, núm. 4, 1981, pp. 542-560, p. 543.

⁷⁴ p. 545.

⁷⁵ DANIELS, N., *Just Health Care*, Cambridge University Press, 1985, p. 26.

⁷⁶ VALENCIA, A., 'Salud e igualdad sustantiva: repensando el derecho a la salud', en GRÁNDEZ, P. P. (Ed), *El derecho frente a la pobreza*, Palestra Editores, Lima, 2011, p. 223.

4.- DESIGUALDAD E INDICADORES DE SALUD: LA IMPORTANCIA DE LA REDISTRIBUCIÓN

En conexión con los determinantes sociales de la salud, manifestación de desigualdades de salud entre los individuos, parece interesante incluir una referencia a determinados estudios que destacan la influencia de la desigualdad de las sociedades en los indicadores de salud de las mismas. Desde este punto de vista, no sólo la pobreza sufrida a nivel individual tiene influencias relevantes en la salud, también la desigualdad económica y social entre los sectores de una población se han analizado como factores perjudiciales para los indicadores de salud de las sociedades. Así pues, la privación de condiciones materiales a nivel individual influye en el estado de salud de las personas. Pero, además, ciertas características de las sociedades desiguales como puede ser una mayor proporción de la población pobre o la menor cohesión social tienen efectos negativos en la salud entendida desde una perspectiva global. En este punto cobran importancia los efectos de la distribución equitativa de la renta en la salud de la población. Esta tesis se aplica en particular en las sociedades desarrolladas, en las que el aumento de la esperanza de vida vendría dado, más que por el incremento de la renta per cápita, por la disminución de la pobreza y la financiación de políticas sociales, especialmente servicios de salud.

De esta forma, tanto la Comisión de Determinantes Sociales de la Salud de la OMS, como la Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales en Salud en España, en sus informes finales, plantearon, entre los objetivos necesarios para reducir las desigualdades sociales en salud, la distribución del poder, la riqueza y los recursos. Así pues, existen estudios que demuestran cómo, mientras que el desarrollo económico de un país aumenta la esperanza de vida, esta relación se mantendría sólo hasta un umbral. Más allá de este, otros factores como la existencia de desigualdades intrasociales, determinan las diferencias en la esperanza de vida y, en definitiva, las diferencias de salud entre países⁷⁷. Por ejemplo, si bien es cierto que en los países más empobrecidos, se observa una relación considerable entre la renta y la esperanza de vida al nacer; cuando la renta nacional es alta, la relación entre la riqueza nacional y la esperanza de vida al nacer desaparece⁷⁸. Lo mismo sucede con los índices de mortalidad infantil, que caerían rápidamente a medida que los países más empobrecidos mejoran su desarrollo económico, pero cuanto estos

⁷⁷ Un análisis de esta relación puede encontrarse en LEMA, C., *Salud, justicia, derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 255 y ss. Del mismo autor, *Apogeo y crisis de la ciudadanía de la salud. Historia del derecho a la salud en el siglo XX*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 96.

⁷⁸ OMS, *Subsanar las desigualdades en una generación: alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*, 2008, p. 36.

países más se enriquecen, menor sería la disminución de la mortalidad infantil⁷⁹.

En la misma línea pueden destacarse estudios que resaltan cómo, en igualdad de condiciones, los países con mayores desigualdades económicas tienen más desigualdades en los resultados de salud⁸⁰. Por ejemplo, en los países con una distribución de la renta más igualitaria, la esperanza de vida que se aprecia suele ser mayor que en aquellos países más desiguales, en términos generales, teniendo en cuenta un índice de desarrollo humano similar, y a pesar de tener un nivel de renta per cápita más bajo⁸¹. El último Informe sobre Desarrollo Humano elaborado por el PNUD⁸², aporta relevantes datos sobre el índice de desarrollo humano y el índice de esperanza de vida por países. Por ejemplo, se puede observar la gran diferencia existente entre el país con mayor esperanza de vida registrada (Japón, 83,6 años) y el país con menor esperanza de vida (Sierra Leona, 45,6 años). Entre los veintiún países con mayor índice de desarrollo, en Estados Unidos se registra la menor esperanza de vida (78,9 años). Además, el informe analiza estos índices de desarrollo humano y de esperanza de vida ajustados por la desigualdad. En este sentido, va más allá de los logros promedio de un país para observar cómo esos logros se distribuyen entre sus habitantes. En Estados Unidos el índice de desarrollo humano ajustado por la desigualdad bajaría de 0,914 a 0,755. Por ejemplo, Islandia, uno de los países actualmente más igualitarios, a pesar de tener un nivel de renta per cápita más bajo, presenta indicadores favorables como una esperanza de vida en 82,1 años, un índice de desarrollo humano ajustado a la desigualdad de 0,843 y un índice de esperanza de vida ajustado a la desigualdad de 0,928⁸³. De este modo, lo que muchos de estos estudios vienen a indicar es que en los países industrializados o desarrollados la esperanza de vida depende en mayor medida de la distribución de la renta que de la renta per cápita, influyendo de forma relevante en las desigualdades en salud el número de personas que viven en la pobreza. En estos

⁷⁹ MARMOT, M., WILKINSON, R. G., *Social determinants of health*, Oxford University Press, 2ª edición, Nueva York, 2006, p. 351. Sobre el análisis de Richard G. Wilkinson sobre las desigualdades sociales y económicas y las influencias en la salud, puede leerse: WILKINSON, R. G., *Unhealthy societies. The afflictions of inequality*, Roudledge, Londres, 1996.

⁸⁰ DANIELS, N., KENNEDY, B., KAWACHI, I., 'Justice is Good for Our Health', *Boston Review*, 2000.

⁸¹ DAHLGREN, G., WHITEHEAD, M., 'Policies and strategies to promote social equality in health', Institute for Future Studies, Estocolmo, 1991, p. 14.

⁸² Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Informe sobre Desarrollo Humano 2014, *Sostener el Progreso Humano: Reducir vulnerabilidades y construir resiliencia*.

⁸³ PNUD, Informe sobre Desarrollo Humano 2014. La tabla sobre los índices de desarrollo humano y de esperanza de vida por países se puede observar a partir de la página 176, y la tabla sobre estos índices ajustados por la desigualdad se encuentra en la página 184.

países, lo que más influye en un posible aumento del nivel de esperanza de vida es, por tanto, no el incremento en el nivel de renta sino otros factores: si el país reduce el nivel de pobreza y si financia sistemas públicos de salud. En otro estudio que analizaba estas cuestiones tomando como referencia veintidós países desarrollados con niveles de pobreza comparables, se calculaba que aproximadamente un tercio de los efectos del crecimiento económico sobre la esperanza de vida llegó a través de la reducción de la pobreza, y los dos tercios restantes a través de un aumento del gasto público destinado a mejorar directamente la salud de la población⁸⁴.

Entre las razones que explican estos resultados destacan que, en los países con una mayor desigualdad económica sucede a la vez: a) una mayor proporción de población pobre; b) una mayor competitividad, mayor cohesión social, menor capital social y mayores niveles de estrés; c) una menor inversión en servicios públicos, como la sanidad o la educación que beneficiarían a toda la población⁸⁵.

Desde este punto de vista el crecimiento económico en sí mismo no garantizaría una mejora de la salud en la población. Es más, el modelo de crecimiento económico neoliberal que olvida las políticas redistributivas ha significado un aumento importante de las desigualdades sociales⁸⁶. En esta línea, el economista Angus Deaton sostiene que la relación entre el crecimiento económico y los resultados de salud no es absoluta⁸⁷:

Yet there are several well-known examples—Cuba, Sri Lanka, Costa Rica, Kerala—of poor or relatively poor populations with excellent health outcomes. Moreover, I show that international correlations between economic growth on the one hand and reductions in child and infant mortality on the other are difficult to reconcile with the view that economic growth, as well as being beneficial in its own right, is doubly blessed because it automatically yields an improvement in population health.

La mejora en los resultados de salud, de este modo, continúa Deaton, vendrá dada, más que por el aumento de la renta, por otros

⁸⁴ WORLD BANK, 'World Development report 1993. Investing in health', Oxford University Press, Oxford, 1993, p. 34, 39-40.

⁸⁵ Comisión para Reducir las Desigualdades Sociales de Salud en España, *Avanzando hacia la equidad. Propuesta de políticas e intervenciones para reducir las desigualdades sociales en salud en España*, mayo de 2010, p. 32.

⁸⁶ Al respecto véase el trabajo sobre la relación entre la desigualdad de renta y la mortalidad en los Estados Unidos realizado por un grupo de autores: KAPLAN, G. A., PAMUK, E. R., LYNCH, J. W., COHEN, R. D., BALFOUR, J. L., *Inequality in income and mortality in the United States: analysis of mortality and potential pathways*, BMJ, Vol. 312, 1996, pp. 999-1003.

⁸⁷ DEATON, A., 'Global Patterns of Income and Health: Facts, Interpretations, and Policies', *UNU World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER)*, p. 1.

factores sociales, como la educación y la mejora de la salud de la población como prioridad política⁸⁸:

[...] my best guess is that health improvements in poor countries are not primarily driven by income, nor even by improvements in health knowledge and technology. Knowledge has certainly been important in the long run. But over periods as long as decades, it is the social factors that make for effective delivery of health that are vital, particularly levels of education, and the development of population health as a political priority, which itself depends on better education and on the widespread idea that better health is both a possibility and a right.

Así pues, tanto la pobreza, a nivel individual, como las desigualdades, a nivel global, son factores que empeoran la salud de las personas y de las sociedades. En este sentido, es el sistema sanitario que atiende de forma universal y que al mismo tiempo constituye un instrumento de redistribución, el más adecuado por su contribución a disminuir la pobreza y las desigualdades, económicas y sociales, reduciendo las inequidades en salud debidas a determinantes sociales. En esta línea Navarro⁸⁹ ha defendido que la atención sanitaria tiene un efecto redistribuidor y equilibrador más fuerte que las transferencias sociales y la educación, que tradicionalmente se han entendido como las políticas públicas más redistributivas. En cualquier caso, siendo que la reducción de las desigualdades y la inversión en políticas sociales se afirman como factores beneficiosos para la salud de las sociedades, como han señalado De Lora y Zúñiga⁹⁰, 'el Estado ha de diseñar un esquema institucional de provisión universal de bienes y servicios básicos, sistema al que todos los individuos habrían de contribuir de acuerdo con su capacidad económica'. Los efectos redistributivos de la renta que se consiguen a través de políticas sociales y los mecanismos de fiscalidad progresiva, tienen, pues, efectos beneficiosos para la salud de la población. Todo ello arroja claras pistas sobre el tipo de política económica que se hace más conveniente seguir.

5.- CONCLUSIONES

La protección de la salud es uno de los derechos cuyo disfrute es necesario para llevar una vida digna y con autonomía para desenvolvernos de forma plena. En el trabajo se ha conectado esta

⁸⁸ DEATON, A., 'Global Patterns of Income and Health: Facts, Interpretations, and Policies', *UNU World Institute for Development Economics Research (UNU-WIDER)*, p. 22.

⁸⁹ NAVARRO, V., 'El derecho a la protección de la salud', *Derechos y libertades*, núm. 6, 1998, 137-160, p. 139.

⁹⁰ DE LORA, P., ZÚÑIGA, A., *El derecho a la asistencia sanitaria. Un análisis desde las teorías de la justicia redistributiva*, Iustel, Madrid, 2009, p. 197-198.

fundamentación con la defensa de una universalidad material de los derechos sociales, que exige su reconocimiento a todas las personas. El derecho a la salud debe reconocerse con independencia de la capacidad económica y sin exclusiones derivadas de la exigencia de *status* administrativos, que a su vez dependan de condiciones materiales como la obtención de rentas o de un empleo. La exigencia de tales condiciones materiales es discriminatoria, pero, además, en el plano jurídico-positivo, es contraria a la obligación de proteger a los grupos vulnerables que recae sobre los Estados y que deben de esta forma atender de forma especial a las necesidades especiales de determinados colectivos. No obstante, el derecho a la salud se debe garantizar más allá de la beneficencia, aunque una persona tenga la capacidad económica necesaria para obtener los bienes sanitarios a través del mercado. Esta capacidad económica se deberá tener en cuenta en el sostenimiento de los servicios sanitarios, según criterios de progresividad impositiva de acuerdo con los principios de justicia y equidad. Pero la asequibilidad, como elemento definitorio del derecho a la salud, debe plantearse desde la perspectiva de la accesibilidad de los servicios sanitarios que se entienden como bienes públicos que no condicionan su disfrute a un pago directo. De otra forma, el derecho a la salud no sería tal, sino algo subsidiario al intercambio de bienes sociales básicos bajo las reglas del mercado.

Por otra parte, aunque se reconozca la titularidad universal del derecho a la salud, la eficacia de su disfrute exige atender a las diferentes posibilidades de las personas de tener un buen estado de salud. Estas posibilidades no siempre dependen del azar natural ni de la responsabilidad individual, influyendo de forma decisiva factores sociales como la alimentación, el vestido, la seguridad, el agua potable, etc., manifestación de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos. El derecho a la salud en conexión con la igualdad material y con el principio de igualdad de oportunidades, exige políticas institucionales dirigidas a acabar con las situaciones de pobreza y necesidad que son determinantes de la salud de las personas. Además, la disminución de las desigualdades exige el reconocimiento universal del derecho pero, también, especialmente, la articulación del mismo desde un sistema institucional de salud cuyo mantenimiento, así como el de otros bienes sociales, implique continuos movimientos redistributivos de la riqueza. Es tan cierto que las desigualdades sociales influyen en el estado de salud, como que la discriminación en el acceso a la sanidad incrementa las desigualdades. Por tanto, desde ambos puntos de vista se hace necesaria la universalidad del derecho a la salud y su reconocimiento a partir de políticas redistributivas.

EL DIALOGO INTERCULTURAL PARA SUPERAR EL CHOQUE ENTRE CIVILIZACIONES

Intercultural dialogue to overcome the Clash of civilizations

Margherita Bartolino *

RESUMEN A través de este artículo se quiere intentar responder a una pregunta a la cual las sociedades modernas tienen que enfrentarse: ¿cómo pueden las personas que pertenecen a diferentes culturas conseguir lograr una pacífica convivencia? El artículo explicará las razones por las cuales el diálogo intercultural podría ser una respuesta razonable a este problema. Se darán explicaciones para fundamentar la tesis de que la cooperación no solamente es necesaria sino también deseable y sobre cómo las sociedades podrían facilitar el proceso de construcción de un diálogo intercultural lo más beneficioso posible.

ABSTRACT *This paper aims to find a solution to a relevant issue that modern societies have to face: how does people coming from different cultures can live side by side in the same society? This dissertation explains how an intercultural dialogue could be a reasonable response to face this problem. Not only co-operation among citizens is necessary, but it could be used to bring benefits for both the society and their citizens as well. It will be explained why modern societies should facilitate the process of an intercultural dialogue and how they could stimulate it through his social and political channels.*

PALABRAS CLAVES: migraciones, culturas, diálogo, educación, integración.

KEY WORDS: *migrations, cultures, dialogue, education, integration.*

Fecha de recepción: 4/06/2015

Fecha de aceptación: 20/06/2015

1.- INTRODUCCIÓN

En 1996 se publicó una de las obras más influyentes del politólogo Samuel Huntington: "El choque de civilizaciones". A distancia de casi veinte años, su obra (muy crítica acerca de las posibilidades de interacción pacífica entre individuos pertenecientes a diferentes civilizaciones) sigue siendo muy relevante en el debate sobre el multiculturalismo.

Según el politólogo estadounidense, por civilización se entiende una entidad en la que toman parte sujetos cuya individualidad cultural se caracteriza por elementos tanto subjetivos (como por ejemplo el idioma, el color de la piel etc.) cuanto objetivos (es decir la autodefinición de sí mismos como individuos).

* Ph.D. candidate. Human Rights Institute, University of Valencia.
Email: margherita.bartolino@gmail.com

La idea principal de su reflexión se nutre de un concepto muy preciso: como las diferencias culturales que distinguen una civilización de otra son realistas y fundamentales, los hombres que pertenecen a civilizaciones diferentes, no podrán evitar un choque, más o menos violento, cuando se relacionen entre sí.

Esta conclusión pesimista parece ser el resultado de algunas observaciones, entre las cuales en primer lugar, la conciencia de que hombres pertenecientes a diferentes civilizaciones conciben las relaciones sociales de manera muy diferente (por ejemplo la relación hombre/mujer, ciudadano/estado, marido/mujer etc.).

Por lo tanto, según esta lógica, sería muy difícil que los países que excluyen a las mujeres de la esfera pública y social y la marginan al ámbito doméstico, colaboren con los países que, por el contrario, promueven la igualdad de género.

Siempre según Huntington, un segundo motivo de choque podría ser consecuencia de la falta de intercambio de algunos valores considerados fundamentales para la mayoría de las democracias occidentales (como la libertad de pensamiento, el concepto de igualdad etc.) y tal vez ignorados por otras civilizaciones.

Un tercer motivo de choque o de conflicto podría tener algo que ver con el proceso de globalización. Comoquiera que este proceso lleva consigo la relación entre individuos provenientes de diferentes culturas, la globalización pondría a los ciudadanos frente a diferencias reales y concretas que puedan hacer que cada individuo sea aún más consciente de la propia peculiaridad cultural. Tal toma de conocimiento sería el resultado de la interacción con un mundo muy poco familiar y que podría poner en evidencia las características culturales de cada uno. También en este caso podrían producirse fracturas sociales a partir de las cuales los individuos preferirán estar en contacto solo con aquellos ciudadanos culturalmente más similares.

Por último, según Huntington, la necesidad de percibir una pertenencia cultural podría inducir a los hombres a refugiarse en identidades primarias como las que proporciona la esfera religiosa, dirigiéndolos así hacia peligrosos fundamentalismos.

Desde su punto de vista, estas ocasiones de fricción y las fracturas que desde estas podrían generarse, harían extremadamente difícil que se produjera una colaboración política y económica funcional.

Considerados estos supuestos, efectivamente no es fácil individuar las modalidades a través de las cuales sea posible llegar a cualquier compromiso. Sin embargo, a partir de la reflexión de Huntington podrían emerger otro tipo de conclusiones muy diferentes si la interacción entre los individuos fuera valorada a través del diálogo intercultural.

2.- LOS BENEFICIOS DE LA INTERACCIÓN INTERCULTURAL

En primer lugar, Huntington argumenta que según la civilización de pertenencia, cada uno imagina de manera diferente las relaciones sociales dentro de una sociedad y que no todos los gobiernos conceden en igual medida los derechos políticos y sociales. Esto es indudablemente verdadero. Sin embargo, la interacción entre sujetos culturalmente diferentes podría generar efectos positivos si fuera utilizada constructivamente.

Supongamos que se produzca una interacción entre individuos cuya cultura se funda sobre principios liberal-democráticos, y ciudadanos sujetos a restricciones políticas o sociales cuyas libertades de voto o de expresión sean reguladas por leyes de carácter conservador o por reglamentaciones de orientación racista o sexista. Estos, después de un diálogo, podrían madurar una toma de conciencia mayor acerca de sus mismas condiciones y activarse políticamente y socialmente para que se les reconozcan más libertades. Por ejemplo, que un gobierno conservador niegue el derecho de voto a las mujeres no significa que ellas reconozcan en sus culturas la validez de este principio. Entrando en contacto y observando cómo las otras culturas manejan sus sociedades, los individuos podrían reconsiderar unas costumbres que no pensaban poder modificar. Poniendo un ejemplo en territorio europeo, está previsto que los hombres puedan beneficiarse de la paternidad alternativamente a las mujeres; por ejemplo, en Italia, está permitido solo en caso de muerte o de grave enfermedad de la madre. En la mayoría de los países europeos estamos acostumbrados a imaginar un modelo familiar según cánones impregnados de determinados legados culturales; sin embargo hoy en día algunas costumbres podrían resultar anacrónicas y muy poco funcionales considerando las exigencias actuales de los ciudadanos europeos. El ejemplo de Alemania podría llevar los otros gobiernos europeos a reflexionar sobre las posibilidades de aplicar reformas innovadoras que puedan tener efectos positivos sobre el estilo de vida de los ciudadanos. En este caso, si bien alejándose del modelo cultural según el cual estamos acostumbrados a concebir algunas relaciones sociales (intrafamiliar, laboral etc.), la interacción podría aportar beneficios a la sociedad que va transformándose.

Huntington respalda la idea de que un mundo cada vez más "estrecho" y globalizado lleve el individuo a tomar conciencia de sus propias características culturales y de que esta toma de conciencia arrastre consigo la memoria de choques históricos, los cuales podrían tener la capacidad de afectar una interacción futura. Según mi punto de vista, esta reflexión deja un margen excesivamente limitado a los posibles efectos positivos de la interculturalidad. Si para concienciarse de la propia identidad es necesario relacionarse con lo que es diferente, entonces es la comparación en sí misma la

que asume una valencia realmente positiva. El hecho que las civilizaciones y las sociedades siguen creciendo, demuestra que tienen las capacidades y la voluntad de juzgar críticamente sus mismas convicciones, puesto que las ponen en comparación con los de los demás, aunque puedan ser diferentes. Desde la comparación con lo que es diferente, podríamos confirmar o cambiar nuestro punto de vista sobre algunas costumbres, teniendo en cuenta que las conclusiones de los demás podrían ser más adecuadas a un desarrollo humano y crecimiento social distinto a lo que siempre habíamos perseguido. Es el mismo Huntington quien pone, pues, de manifiesto la importancia de la confrontación, atribuyéndole el mérito y la capacidad de ofrecer a los ciudadanos una conciencia más profunda acerca de sus mismas identidades.

El antropólogo y filósofo francés C. Levi-Strauss, refiriéndose al concepto de relativismo cultural, apoya la idea que no pueda existir un criterio absoluto con el cual juzgar las creencias de las otras civilizaciones. Entonces para que el dialogo sea un instrumento de crecimiento es necesario que los que participan en la interacción estén dispuestos a cuestionar la validez de sus mismas creencias, evitando considerar como universales los valores de su propia civilización.

Centrándonos en el aspecto religioso, la teoría de Huntington afirma que la religión tiene la capacidad de generar entre los hombres un sentimiento de pertenencia y ofrecer una identidad que corre el peligro de ser eliminada por el proceso de globalización. Según su punto de vista, el choque entre civilizaciones podría ser además una consecuencia de los valores seculares muy distintos y arraigados que las distintas culturas llevan consigo.

Sin embargo, si fuera concretamente necesario modificar el ordenamiento jurídico y social para lograr un objetivo que sea beneficioso para ambas partes, sería fundamental poder minimizar las diferencias que hay entre las civilizaciones. Con esta afirmación no se quiere aludir a un proceso de secularización, sino marcar la importancia del dialogo intercultural cuando individuos que profesan creencias religiosas diferentes tengan que convivir en el mismo sitio. Muchas veces el tema del fundamentalismo religioso se manipula para justificar la incapacidad de llegar a un compromiso entre los individuos de una sociedad. Es probable que esta toma de posición ponga grandes límites al desarrollo humano y social.

Con respecto a esto, hay una cuestión que parece que haya alimentado el debate político sobre las posibilidades de que ocurra una interacción pacífica entre el mundo occidental y el mundo Islámico. Así como Huntington, hay diferentes politólogos y estudiosos de filosofía política que han expresado sus perplejidades en este sentido, respaldando la teoría que afirma que las diferencias que alejan los occidentales de los islámicos nunca han producido una interacción positiva y que tampoco han conseguido colaborar

entre ellos para llegar a un diálogo intercultural. Véase por ejemplo la tesis de Giovanni Sartori. El politólogo italiano, en un artículo publicado en "Il Corriere Della Sera", duramente contestado por el profesor Tito Boeri, afirma: "la cuestión no es entre blancos y negros, no es sobre el color de la piel, sino sobre la integración del islámico. En términos prácticos no hace falta leer el Corán, sino aprender por las experiencias. La pregunta entonces (y la historia nos cuenta los casos desde hace el 630 d.C. hasta ahora) es: ¿es posible que los islámicos se integren éticamente y políticamente en sociedades no islámicas? la respuesta desalentadora es NO"¹. Definiendo el Islam como un "monoteísmo teocrático y invasivo" capaz de agriar los ánimos de las generaciones más jóvenes, Sartori casi excluye la posibilidad de que ellos puedan integrarse en occidente. Además, refiriéndose a la producción de "hombres-bombas" como mártires de la fe islámica, parece incapaz de interpretar diferentemente la tradición del Islam, que al contrario no es tan monolítica como parece.

En este caso específico, considerando que ya es bastante difícil conseguir lograr un diálogo intercultural, podría ser contraproducente y simplista afirmar que sea suficiente interpretar los hechos y no lo que dice el Corán. Imaginemos lo complicado que sería si no analizáramos la naturaleza esencial de las culturas que quieren participar al diálogo. Por otra parte, es Sartori mismo quien puntualiza que solo uno o dos musulmanes sobre un millón llegan al fanatismo religioso personificado en la figura de los kamikaze².

Muy interesante a este propósito es el punto de vista de un conocido orientalista italiano, el profesor Alberto Ventura. El afirma que "Islam y occidente, Islam y modernidad, Islam y globalización no son más que falsas contraposiciones, si con la palabra Islam nos referimos a sus variantes modernas que, para evitar malentendidos, sería mejor definir islamismos"³. Según su tesis, la imagen de la cultura islámica a la que nos solemos referir, no es más que una versión extremista, violenta y radicalista del Islam real y además totalmente infiel a sus principios. Por ejemplo, aunque hay muchos occidentales que suelen identificar el Islam con la violencia, en realidad el fanatismo religioso no parece ser parte de su naturaleza; al contrario, resulta ser una consecuencia de un proceso histórico influenciado por la intervención de las potencias occidentales

¹ G. Sartori. Le nuove regole per l'immigrazione. *L'integrazione degli islamici*. Il Corriere della sera 20 dicembre 2009. http://www.corriere.it/editoriali/09_dicembre_20/sartori_2eb47d0c-ed3e-11de-9ea5-00144f02aabc.shtml

² G. Sartori; *Una replica ai benpensanti sull'Islam*. Il corriere della sera. http://www.corriere.it/politica/10_gennaio_05/sartori-replica-islam_ddd2dd00-f9c4-11de-ad79-00144f02aabe.shtml

³ A. Ventura; *Islam e Islamismi*, Guerra santa, guerra e pace dal Vicino Oriente antico alle tradizioni ebraica, cristiana e islamica: actos de la conferencia internacional de Ravenna 11 maggio-Bertinoro 12-13 maggio, 2004; Cit.; 363.

europas y norteamericanas. Según el orientalista italiano, el extremismo islámico y la lucha armada son el resultado de una escisión interna en el mundo islámico, que ha sido generada principalmente por la sed de poder económico y político por parte de un grupo específico: los Wahabitas. De hecho, ellos se alejaron de la idea que "los musulmanes que ponen en peligro sus misma integridad para enfrentarse con el poder político, la mayoría de las veces son condenados", y por esto fueron acusados por parte del mismo mundo islámico de ser "anarquistas incapaces de tolerar la mínima autoridad y prontos a golpear, en su fanatismo exacerbado, a todos los demás musulmanes"⁴.

Para controlar el poder, los Wahabitas se aseguraron la alianza política de la familia de los *Saud* y aprovecharon el respaldo de las potencias occidentales las cuales esperaban debilitar aún más el imperio Otomano. En pocos años los Wahabitas consiguieron ejercer más influencia en la sociedad difundiendo en ella valores hasta entonces desconocidos a través de instituciones pedagógicas y nuevos partidos políticos. La unión entre ellos y los hermanos musulmanes contribuyó a fortalecer el proceso de radicalización del Islam, hasta que la enésima escisión alejó a los más radicales desde los wahabitas los cuales, por otro lado, empezaron a ser considerados inadecuados para el desarrollo de la sociedad. Una ruptura aún más profunda con la tradición islámica fue generada cuando los fundamentalistas empezaron a practicar la "jihad", la lucha armada, a través de la cual querían derrotar los regímenes corruptos de los países islámicos para "edificar el reino de Dios en tierra". No solo los más radicales acabaron por abandonar totalmente la tradición islámica antigua, sino que también se alejaron de los principios de los Wahabitas, cuyos exponentes intentaron oponerse a la lucha armada y a las ideas que habrían luego inspirado a los kamikaze hasta convertirse en mártires en nombre de su propio Dios. Esta última colisión puso entonces en contraposición los Wahabitas con los demás movimientos políticos como Hezbollah, Hamas, Jihad islámica etc.

Bien lejanos de sus orígenes islámicos, estos nuevos fundamentalismos están más cercanos al concepto occidental de "Estado" de lo que podría parecer; como señala Ventura citando el orientalista y politólogo francés Oliver Roy "no es suficiente acercar los dos términos *religión* y *estado* para autenticar esta misma fórmula como si expresara un concepto tradicional, puesto que ponerlos juntos, significa considerarlos bajo una visión típicamente occidental y moderna.

En el pensamiento clásico islámico no hay sitio para lo que viene modernamente considerado con las palabras *Religión* o *Estado* y efectivamente los islamistas ven en el Islam una auténtica

⁴ H. Laoust, *Les schismes dans l'Islam*, cit.; 331. Payot, Paris 1965.

ideología política que pueda construir una sociedad islámica a partir del Estado. Es un concepto contradictorio en sí mismo, porque si hay un Estado significa también que hay una supremacía de la política sobre la religión y en consecuencia si que habría cierta forma de secularización⁵.

Las reclamaciones de los grupos de *Al Qa'ida*, por ejemplo, no comparten ideales con el Islam ortodoxo, y de hecho ellos si que fueron llamados fundamentalistas por haber dejado la religión con el objetivo de conquistar el poder económico controlado por las dinastías familiares y las dictaduras militares⁶.

Entonces, considerando estas contradicciones, ¿hasta que punto es lícito hablar de choque de civilizaciones? Podría resultar engañoso y simplista afirmar que la razón por la cual el Islam y el Occidente son incompatibles es que son muy diferentes. Es necesario tener bien en cuenta que existen unas diferencias entre cultura islámica (que incluye en sí principios y valores de los cuales en realidad conocemos muy poco) y fundamentalismos o neo-fundamentalismos islámicos, para darnos cuenta que sería más adecuado hablar de choque "*intra-civil*" (es decir dentro de la misma cultura) y no de choque de civilizaciones.

Como hemos visto, han sido las contradicciones nacidas en la misma cultura islámica las que la han plasmado y el resultado es que ahora parece ser incompatible no solamente con el modelo social occidental, sino también con cualquiera otra democracia pluralista.

Sería también importante tener en consideración los efectos que han sido producidos por la injerencia de las potencias occidentales y, en fin, analizar cuál ha sido el papel de las potencias internacionales en el proceso de demonización del Islam. Para citar una vez más a Ventura, "en el mismo proceso con el cual se ha producido el sentimiento de islamofobia se puede generar una sensación común contraria solo promoviendo una nueva imagen de la relación que tendríamos que tener con nuestros primos con los cuales al final hemos compartido siglos de caminos paralelos. Tenemos que acabar con esta idea de superioridad y de dominio hacia el resto del mundo y alejar la convicción de que nosotros

⁵ O. Roy, *L'Islam mondialisé*, cit.pag. 7, Seuil, Paris, 2002 in A. Ventura, *Islam e Islamismi; Guerra Santa, Guerra e pace dal Vicino Oriente antico alle tradizioni ebraica, cristiana e islamica: atti del convegno internazionale, Ravenna 11 maggio-Bertinoro 12-13 maggio, 2004. Cit., 362.*

⁶ ISIS, entrevista al Islamista Alberto Ventura: "Riconoscere reazione dell'Islam sano. Mediapolitica, settimanale di libera informazione del 13-11-2014. <http://www.mediapolitika.com/dalmondo/15548-isis-intervista-allislamista-ventura-riconoscere-reazione-dellislam-sano/>

seamos racionales y democráticos y los demás fanáticos, supersticiosos y atrasados⁷.

En este sentido el diálogo intercultural podría ser la solución que nos permita promover la integración del hombre islámico, pero sólo si se difundiera una instrucción adecuada sobre la verdadera naturaleza de los valores religiosos y culturales que inspiran la cultura y la fe islámica. De hecho, una verdadera colaboración entre diferentes civilizaciones no podría existir si cada uno de los interlocutores desconociera a los demás.

Raimon Panikkar, partidario de la teoría del diálogo intercultural, afirma que no solamente los islámicos sino también los hinduistas y los budistas han desarrollado en sí mismos una forma de intolerancia hacia el occidente y este sentimiento de repulsión parece ser una reacción a "el dominio de una sola cultura, de una sola nación y de un solo Estado" sobre todos los demás. Según el politólogo y teólogo catalán, el diálogo es el único instrumento que los hombres que profesan religiones diferentes tienen a su disposición para eliminar las barreras que impiden una convivencia pacífica y subraya asimismo que la capacidad de dialogar es un elemento que forma parte de la naturaleza humana⁸.

Considerando la necesidad de gestionar la convivencia entre seres humanos culturalmente distintos entre sí, quizá sería inútil cuestionar principios de orden moral, como por ejemplo las inclinaciones naturales de los hombres hacia lo que es bueno y lo que es malo.

Si estamos hablando de la *utilidad* de aprender a convivir con lo que es diferente, puede que no sea inútil acudir a categorías kantianas.

En primer lugar, ha sido la historia misma la que desmiente la suposición según la cual el hombre es capaz de perseguir lo bueno independientemente de su posible beneficio.

Segundo, sería bueno tener en cuenta las consideraciones de los politólogos y de los filósofos políticos que han dominado el debate académico en el ámbito de las relaciones internacionales. Según su pensamiento, muy conocido en el ámbito de las relaciones internacionales en el debate entre el *idealismo* y el *Realismo Político*⁹, los Estados y sus gobernantes actúan según intereses personales, racionales y particulares.

⁷ ISIS, Entrevista a el Islamista Alberto Ventura: "Riconoscere reazione dell'Islam sano. Mediapolitica, settimanale di libera informazione del 13-11-2014. <http://www.mediapolitika.com/dalmondo/15548-isis-intervista-allislamista-ventura-riconoscere-reazione-dellislam-sano/>

⁸ Entrevista de Achille Rossi a Raimon Panikkar "Occidente dominatore".

⁹ Para un estudio sobre el tema del Realismo Político, consúltense las siguientes lecturas: Tucídides, *La guerra del Peloponneso*; Machiavelli, *Il principe*; Morgenthau, *Politic among nations*.

Sin embargo, a través del dialogo una sociedad pluralista podría ser mucho más estable que una "monocromática" si sus miembros consiguieran colaborar para obtener un beneficio (sea este económico, estratégico o político). Una de las ventajas de la interacción intercultural es que, a menudo, cada país necesitará algo específico que los demás pueden ofrecerle a cambio de algo a través de un negocio que posiblemente resulte beneficioso para todos. Claramente es muy difícil que se logre una cooperación política y económica, sin embargo no siempre son las diferencias culturales las que impiden este objetivo, sino la incapacidad de los interlocutores de llegar a un compromiso adecuado.

Si el obstáculo principal fueran las diferencias culturales, entonces los Estados Unidos y la Arabia Saudita no hubieran encontrado ningún compromiso político y económico para justificar una cooperación entre ellos. Pero, como cada uno tenía bien claro lo que necesitaba, consiguieron marginar las diferencias culturales que los separaban y cooperaron para obtener diferentes tipos de beneficios: la Arabia Saudita (región débil militarmente pero rica en materias primas) ofreció sus recursos petrolíferos a los Estados Unidos a cambio de protección estratégica¹⁰. Igualmente Italia y Libia firmaron unos acuerdos en materia de inmigración en el año 2000 y también en este caso las diferencias culturales entre los dos países no afectaron las negociaciones.

Si tuviéramos que analizar la cuestión en términos utilitarios tendríamos que considerar los beneficios que podríamos obtener a través de la interacción; entonces tendríamos que preguntarnos por ejemplo: en términos de crecimiento humano y social, ¿cuál es el impacto positivo que podría ser generado por un diálogo intercultural y su magnitud? ¿Cuáles podrían ser sus puntos de fuerza?

En primer lugar, considerando que el pluralismo étnico y cultural es una característica común de las sociedades modernas, sería contraproducente seguir ignorando la necesidad de encontrar una medida inteligente para convivir entre ciudadanos disímiles. Visto el rápido cambio demográfico de las ciudades, sería más lógico enseñar a los individuos que la colaboración podría ser la respuesta más adecuada a ese tipo de procesos evolutivos. Intentemos entonces formular algunas hipótesis.

Consideremos el caso de M. Brown, el joven afroamericano que fue asesinado el verano pasado por dos policías blancos en Ferguson, Missouri, USA. Resulta que la gran mayoría de la población de Ferguson es negra (aproximadamente el 70%) y por el contrario que los políticos locales son en su mayoría blancos (el alcalde y 5 de los 6 componentes del consejo comunal).

¹⁰ Para un estudio sobre las relaciones económicas y políticas entre Arabia Saudita y Estados Unidos consúltese O, Schlumberger, *Debating Arab Authoritarianism*. Stanford University Press, 2007.

En este caso no ha sido exclusivamente un problema de representación étnica y política, sino de una falta de comunicación entre la mayoría de los miembros de la comunidad de Ferguson y los otros miembros de la misma comunidad. Ferguson es el clásico ejemplo de comunidad-*gueto*, cuyos ciudadanos han sido testigos y víctimas de comportamientos racistas por parte de las fuerzas de policía¹¹. Cuando en una comunidad se forman guetos y grupos aislados, los habitantes que los han construido acaban viviendo autónomamente y independientemente de la sociedad de la cual tendrían que formar parte activamente. En estos casos, no es tan irreal pensar que puedan formarse fricciones y desacuerdos entre la mayoría de los habitantes de la sociedad y las minorías que viven en los grupos. Limitando las interacciones y los contactos sociales entre ellos, es muy difícil que los individuos puedan superar las barreras racistas o que los estereotipos culturales sean destruidos definitivamente. De hecho, el Departamento de Justicia americano ha acusado el Departamento de Justicia de Ferguson y las otras instituciones municipales de haber tenido comportamientos racistas hacia los componentes de la comunidad afroamericana¹². Por razones similares, en el 2005 estallaron rebeliones dentro de las *banlieues* francesas, las cuales también pueden considerarse guetos.

Ahora bien, más allá de los juicios morales que cada uno pueda legítimamente tener, estos tipo de accidentes llevan consigo consecuencias negativas tanto de naturaleza económica cuanto política y social. ¿Habría sido posible evitar estos choques si los individuos hubieran interactuado más entre ellos?

En términos de costes económicos es obvio que hay que pagar los daños causados por los agentes de policía y por los ciudadanos implicados: pagar los juicios, compensar a las familias de las personas directamente afectadas, pagar los daños materiales causados en los suburbios (los cuales la mayoría de las veces se convierten en verdaderos campos de guerrilla) etc. Por ejemplo, después de las rebeliones en las *banlieues*, la Federación francesa de las compañías de seguros afirmó que en solo veinte días de conflicto se produjeron daños por 200 millones de euros¹³.

Tanto en Ferguson cuanto en las *banlieues*, el motor de las rebeliones no ha sido la diferencia cultural, sino que parte de la

¹¹ Al Jazeera USA, 11/02/2015.

¹² The Huffington Post, 12/03/2015.

¹³ De los cuales 23 millones estaban destinados a indemnizar 10 mil vehículos incendiados. El ministerio del Interior registró 233 edificios incendiados o afectados. En el ámbito educativo se señalaron 255 inmuebles dañados que estaban destinados a las instituciones escolásticas y 15 bibliotecas inasibles. Las empresas privadas lamentaron daños por 20.000 metros cuadrados devastados en una concesionaria de automóviles y en una industria textil. L. Bronner e P. Ceaux, Le bilan chiffré de la crise des banlieues, "Le Monde", 2 diciembre 2005.

población se sintiera explotada o ignorada por la mayoría de la sociedad. Posiblemente sea verdad que una de las razones por las cuales parte de los ciudadanos se cierre en guetos es que prefieran convivir con personas culturalmente similares. Sin embargo, las raíces más profundas de los choques han de buscarse en las profundas diferencias sociales que separaban los ciudadanos.

En segundo lugar, desde un punto de vista social, este tipo de sucesos incrementan las tensiones ya existentes entre los individuos y dejan caer las posibilidades de conseguir lograr una convivencia pacífica y fructífera. Efectivamente, tras la muerte de Brown, en Ferguson se produjeron diferentes rebeliones violentas por las cuales, al final, las fuerzas de policía local fueron acusadas de racismo por la comunidad afroamericana. Lamentablemente no es difícil imaginar que estos conflictos sociales podrían generar en futuro ulteriores choques entre distintas partes de la sociedad poniendo en peligro la vida de otros ciudadanos.

En tercer lugar la legitimación política de los mismos *policy makers* podría verse duramente afectada en cuanto los políticos podrían ser criticados por no haber sido capaces de gestionar una sociedad pluralista. Ellos también tendrían que estar interesados en lograr un compromiso razonable que haga colaborar los individuos puesto que muchas veces, cuando los políticos pierden legitimidad, los ciudadanos mismos hacen de todo para deponer la clase dirigente.

Según el politólogo Zagrebelsky “la separación de las poblaciones es la única medida para evitar el choque de civilización entre realidades inconciliables. Nosotros no buscamos contactos con ellos a cambio de que ellos no busquen contacto con nosotros. El *optimum* sería ignorarse recíprocamente y lograr una sociedad de individuos separados pero con los mismos derechos. El prejuicio separatista podría ser aprobado por ambas partes, por los inmigrantes y las poblaciones autóctonas y formar así una ideología simétrica. Sin embargo, en la práctica, cuando una parte es más fuerte que la otra, la separación se convierte en segregación, es decir en violencia discriminatoria¹⁴.

En línea de principio, el multiculturalismo y la teoría del diálogo intercultural provienen de la misma idea: existen diferentes concepciones morales según las diferentes perspectivas que los hombres tienen de las cosas; sin embargo, los diferentes puntos de vista podrían ser igualmente válidos aunque sean muy diferentes entre ellos.

Las dos teorías respaldan los principios del *relativismo cultural* excluyendo que existan valores universalmente válidos y superiores. Al mismo tiempo tanto las teorías multiculturales cuanto

¹⁴ G, Zagrebelsky, *La sfida multiculturale alla società occidentale*, La Repubblica, 2006.

la teoría del diálogo intercultural buscan la fórmula más apropiada para que las culturas distintas convivan pacíficamente la una cerca de la otra.

Sin embargo, los teóricos del diálogo intercultural se alejan de los multiculturalistas porque aunque el multiculturalismo pueda parecer la solución más simple para gestionar la pluralidad cultural, en realidad se limita a dividir los grupos, privándolos de la posibilidad de interacción y de mutuo conocimiento, mientras el diálogo intercultural marca la importancia del intercambio ideológico para conseguir un crecimiento cultural, el multiculturalismo parece rechazar el confronto entre diferentes civilizaciones intentando construir un mosaico de culturas separadas. En pocas palabras el multiculturalismo busca la *coexistencia* y no la *convivencia*. Su objetivo es garantizar que los derechos de cada grupo sean válidamente reconocidos y a la vez *tolerados*. Sin embargo la tolerancia no parece ser la clave para resolver el dilema de las sociedades pluralistas, y esto por dos razones principales: en primer lugar, *tolerar/soportar* no equivale a *reconocer/valorar*; el multiculturalismo cree poder facilitar la convivencia, pero se limita simplemente a separar lo que no consigue juntar.

Mejor dicho, no elimina las posibilidades de choque entre culturas, sino evita que se acerquen demasiado. El problema es que de esta manera el dilema de la convivencia pluralista se transforma en un problema de desintegración social y fragmentación.

Además, y aquí llegamos a la segunda problemática, el multiculturalismo podría provocar un encerramiento aún más evidente de los grupos culturales eliminando totalmente las posibilidades de que ellos se relacionen con los que están alrededor, y sobre todo, al no valorar las diferencias culturales, excluye las eventualidades que puedan ser beneficiosas para el crecimiento de la sociedad.

Rechazando la idea de la universalidad de los valores, Panikkar también respalda la tesis según la cual tanto el relativismo cultural cuanto la ganancia recíproca sean las condiciones *sine qua non* para que se construya un diálogo intercultural beneficioso.

¿Cuáles son entonces las premisas para que se logre este objetivo?

1. Modelos de integración y gestión de la diversidad cultural. Un análisis comparado.

Entre los académicos contemporáneos expertos en multiculturalismo y estudios sociológicos, hay algunos que afirman que para que una sociedad pueda abrirse al pluralismo cultural, hay que cumplir unos requisitos necesarios.

Entre ellos, Parekh sostiene que dentro de una sociedad multiétnica, cada individuo puede tener los mismos derechos

políticos y económicos y puede disfrutar en igual medida de las mismas posibilidades de acceso al espacio público¹⁵.

Como el ya citado Panikkar, también C. Levi- Strauss nos habla de relativismo cultural que como ya hemos dicho es el concepto según el cual cada individuo no tendría que juzgar sus mismos valores como si fueran universalmente validos y superiores a los de los otros. Similarmente, Kymlica individua unos factores que podrían facilitar el crecimiento de una sociedad pluralista¹⁶, y entre ellos pone por encima de todos los demás el respeto por los derechos humanos. El filósofo canadiense afirma que determinados grupos culturales, religiosos o étnicos, tal vez puedan ser considerados poco dispuestos a respetar los derechos humanos y por esta razón puede que se marginalicen.

Desde un punto de vista político y social, la forma de relacionarse del Estado y sus instituciones con las minorías étnicas, puede influir sobre las relaciones entre ellas y los otros ciudadanos: por ejemplo, tratando la inmigración como si fuera una cuestión de *state-security* y no de *social-policy* el gobierno podría afectar indirectamente las relaciones entre los inmigrantes y los nacionales en cuanto si los extranjeros y las minorías étnica y culturales fueran percibidas como peligrosas, entonces el diálogo intercultural sería por cierto destinado al fracaso¹⁷.

Una investigación particularmente interesante¹⁸ ha producido un análisis comparativo de la gestión de las diversidades culturales en Francia, Alemania, y Reino Unido. El objetivo era examinar a través de una mirada comparativa los planes políticos, los programas estatales y las políticas educativas puestas en marcha en estos tres países para dar respuesta a las exigencias impuestas por la necesidad de lograr la convivencia multi-cultural. En fin, la integración de los extranjeros de segunda y tercera generación ha sido evaluada tomando en consideración el éxito escolar de los inmigrados más jóvenes.

Cada país ha seguido diferentes modelos de incorporación de los extranjeros: Francia el modelo de asimilación, Alemania lo de exclusión y el Reino Unido el multiculturalista-pluralista. Este último es el que más se acerca a un modelo basado sobre la interacción intercultural y el reconocimiento recíproco. De hecho, resulta que la integración de los residentes extranjeros (que como he adelantado se ha medido según el nivel de instrucción de los inmigrantes más

¹⁵ B. Parekh, *Unity and diversity in multicultural society*. Geneva, 2005 Cit. pag. 4

¹⁶ W. Kymlica. *Success, failure and the future of multiculturalism*. Transatlantic council of migration 2012. Cit. Pag. 8.

¹⁷ Kymlica, W. *Multiculturalism, Success, Failure and the Future*. 2012. Cit Pag.; 22.

¹⁸ Informe de Investigación 2013; Andrea Garcia- Santesmases Fernandez, Carolina Herrero Schell, *Experiencias en el marco de la UE sobre educación intercultural e escuela inclusiva. Analisis y comparacion entre las politicas desarrolladas por los paises miembros*.

jóvenes) parece que haya funcionado en el Reino Unido más que en Francia o Alemania.

Para comprender las razones por las cuales los tres países utilizan cada uno una estrategia diferente, hay que considerar entre otros factores que el fenómeno migratorio ha sido distinto en cada uno de ellos. Además, cada país tuvo una historia propia autónoma de formación nacional que al final afectó a las relaciones entre la población autóctona y los inmigrantes.

En Francia, el flujo más consistente tuvo lugar entre las dos guerras mundiales, cuando el país necesitaba mano de obra para la reconstrucción *posbélica*; sin embargo, en los años cincuenta, el gobierno francés empezó a cerrar las fronteras para bloquear la llegada de los inmigrantes (que en su mayoría era de origen Marroquí y Argelino) debido a un proceso de ralentización del desarrollo económico nacional.

La estrategia utilizada por el gobierno francés se orientaba a *asimilar* los extranjeros en la sociedad, negando formalmente el reconocimiento de las minorías y promoviendo la idea según la cual sólo mediante la homologación habría sido posible una integración paritaria entre los ciudadanos.

Básicamente esta estrategia ha sido construida según el principio de igualdad ante la ley (volviendo a los principios Jacobinos de la revolución del '79) y efectivamente el modelo de ciudadanía francés rechaza todos los tipos de desigualdades étnico-raciales dentro de la esfera pública.

En Francia la identidad nacional es el factor que determina la concesión de los derechos políticos, sociales y civiles y todo lo que no pertenece al concepto de identidad se convierte en "sospechoso" en términos de identidad. La distinción entre el concepto de ciudadanía y nacionalidad de hecho fortalece tal idea¹⁹: según el modelo francés el derecho de nacionalidad no se refiere automáticamente al derecho de ciudadanía, sino es el vínculo necesario para que se obtengan los derechos políticos y civiles.

Sin embargo, el gobierno no ha tenido en cuenta que la "neutralidad cultural" puede afectar negativamente a las minorías puesto que, para decirlo según las palabras de Kymlica, a menudo "las mayorías ejerzan una tiranía sobre las minorías culturales"²⁰.

Las políticas sociales de asimilación han afectado a muchos sectores de la sociedad comprometiendo entre otras cosas la libertad de expresión religiosas en los lugares públicos. Para poner un ejemplo bastante conocido es suficiente recordar el suceso que tuvo lugar en Francia en los años '80, cuando tres chicas musulmanas fueron expulsadas desde el colegio por llevar el velo islámico aunque fuera

¹⁹ Bertossi, C. *Franch and British models of integration. Public philosophies, policies and state institutions.* University of Oxford, 2007, pag.; 16.

²⁰ Kymlica, W. *Multiculturalism, Success, Failure and the Future*, 2012.

prohibido por parte del estado. Este caso luego se conoció como "L'Affaire du foulard" e implicó a los órganos políticos, las instituciones y los centros pedagógicos en un debate sobre el tema de ser musulmanes en una República laica como la francesa²¹.

El acto de protesta con el cual se expresaron las tres estudiantes quería ser una demostración de lo importante que era para ellas mostrar sus diferencias culturales en lugares públicos. Como explicó Kymlica, tratar los ciudadanos como si fueran todos iguales podría no ser suficiente para que se logre una igualdad social efectiva, considerando además que algunos individuos podrían necesitar diferencias de trato.

Tal asunto asume relevancia sobre todo en el ámbito educativo, en el cual cada estudiante podría necesitar de estrategias específicas que tengan en cuenta sus peculiaridades culturales y en Francia el modelo de asimilación (que como hemos visto cancela las diferencias entre los ciudadanos) ha sido aplicado también en los ámbitos académicos entre los alumnos inmigrantes y la población autóctona.

A menudo, no hace falta que se produzcan dinámicas racistas para que los estudiantes no consigan integrarse. Entonces, ¿si no son las barreras formales las que impiden la integración social, podría ser que esta dependa de la falta de reconocimiento de las diferencias culturales y de las políticas sociales actuadas por parte del Estado?

Según las palabras del director del Centro de Formación y de estudios sobre las migraciones internacionales (CEMI), los hijos de los inmigrantes necesitan realmente atenciones específicas, y en este sentido el Estado podría actuar más para que no se produzcan discriminaciones indirectas hacia los estudiantes que tienen dificultades de idioma o de aprendizaje²².

A través de la investigación de García y Fernández resulta que en Francia existen muchas diferencias entre el rendimiento escolar de los alumnos extranjeros y el de los alumnos franceses. Este desequilibrio se nota ya a partir de la escuela primaria y se alarga por todo el ciclo escolar provocando una gran diferencia entre el porcentaje de estudiantes inmigrantes y autóctonos que siguen los estudios universitarios. Hay que tener en consideración que un nivel de instrucción diferente entre los ciudadanos podría significar que no todos tendrán las mismas oportunidades de encontrar un trabajo satisfactorio, pero no por falta de voluntad sino por falta de oportunidad.

²¹ Benhabib, S. L'Affaire du Foulard, 2008.

²² Informe de Investigación 2013; Andrea Garcia- Santesmases Fernandez, Carolina Herrero Schell, Experiencias en el marco de la UE sobre educación intercultural e escuela inclusiva. Análisis y comparación entre las políticas desarrolladas por los países miembros, pag;, 30.

La estrategia de gestión de las diversidades culturales ha sido diferente en Alemania.

Desde la división territorial de Alemania todas las cuestiones políticas y administrativas pasaron bajo el control de dos distintas Repúblicas: la República Federal Alemana se encargaba de la parte más occidental del país, mientras que la República Democrática Alemana mantenía el control de la zona más oriental.

A este propósito hay que decir que la inmigración fue gestionada en manera fragmentada también en base a los acuerdos internacionales que cada una de las Repúblicas había firmado con sus aliados.

En la RFA (la cual acogió principalmente inmigrantes de origen italiano, español, turco y griego) el flujo de inmigrantes fue mucho más consistente si lo comparamos a lo que llegó a la RDA; de todas formas ninguna de las dos hubiera podido imaginar que los inmigrantes que llegaron después del conflicto bélico hubieran querido estabilizarse en Alemania definitivamente. Considerados como extranjeros de paso y "*gastarbeiter*" (huésped/ trabajador invitado) no fueron entonces ni asimilados ni integrados en la sociedad. Sin embargo después de la reunificación del país el flujo migratorio se intensificó aun más y muchos refugiados políticos desde la Europa del Este y desde la ex Yugoslavia intentaron establecerse definitivamente en Alemania.

En los años '90 Alemania sufrió una recesión económica, y a pesar de que el gobierno hubiera intentado restringir el flujo migratorio negando el derecho de asilo a los que intentaban pedirlo, su estrategia no consiguió lograr los éxitos esperados, y hoy son más de 8 millones los inmigrantes que residen en Alemania²³.

Como dije, el modelo de integración de Alemania fue denominado *exclusionista* o *separatista* también porque cuando los extranjeros llegaron a Alemania fueron asignados a diferentes organizaciones y separados en base a sus orígenes y sus religiones, hecho que incentivó la construcción de una "sociedad paralela"²⁴. Además considerando la autonomía de los Lander alemanes, cada uno de ellos pudo gestionar la inmigración de manera independiente. Esto determinó la falta de una política migratoria nacional, aunque fuera quizá necesaria dadas las dimensiones del flujo migratorio.

Como he criticado la estrategia de asimilación francesa en cuanto incapaz de valorizar las diferencias culturales de los ciudadanos, igualmente tendríamos que criticar los puntos débiles del modelo alemán. Aunque diametralmente opuesto al modelo

²³ Dati WEST – Welfare, società territorio. <http://www.west-info.eu>

²⁴ Revista universitaria de ciencias del trabajo, Universidad La Rioja; Nº 7, 2006, págs. 123-139; Autores: Álvaro Retortillo Osuna, Anastasio Ovejero Bernal, Fátima Cruz Souza, Benito Arias Martínez, Susana Lucas Mangas Inmigración y modelos de integración: entre la asimilación y el multiculturalismo.

asimilacionista, parece que la estrategia separatista encuentre también una multiplicidad de límites, en primer lugar porque espera mantener los extranjeros a los márgenes de la sociedad. Tan dañina podría ser una falta de reconocimiento de las peculiaridades culturales (que niegue a los individuos culturalmente diferentes un tratamiento específico y forzándolos a homologarse entre ellos) cuanto también podría serlo su contrario. Para conseguir lograr una integración lo más igualitaria posible, sería importante incentivar antes de todo la aproximación física y social entre los extranjeros y los inmigrantes²⁵.

El modelo anglófono en la gestión de las diversidades culturales, parece alejarse tanto del ejemplo francés cuanto del alemán, y también en este caso la formación histórica del Reino Unido puede que haya sido determinante.

Hasta la mitad de los años '40 del siglo XX, el país mantuvo una homogeneidad en la identidad reconocible entre las personas de precisas características naturales y culturales: proveniencia anglosajona, pertenencia a la fe protestante y color blanco de la piel. La época de los años 1948-1962 ha sido luego conocida como la de "las puertas abiertas" en cuanto en este momento el crecimiento económico y la oferta de mano de obra atrajeron un número muy elevado de extranjeros. La mayoría de los inmigrantes que llegaron a Reino Unido venían desde algunas de sus ex colonias: India, Bangladesh y Pakistán. Como querían preservar su propia identidad cultural, los extranjeros se organizaron en asociaciones y instituciones independientes creando nuevas escuelas y lugares de culto propios. Alejándose de las políticas de inmigración francesas, el gobierno inglés quiso adoptar una política de reconocimiento de las minorías culturales para que se integraran más rápidamente en la sociedad. Unos años más tarde, en 1966, en medio de la segunda ola migratoria, el ministro de los asuntos interiores británico Roy Jankis afirmó: "I do not think that we need in this country a 'melting pot', which will turn everybody out in a common mould, as one of a series of carbon copies of someone's misplaced vision of the stereotyped Englishman... It would deprive us of most of the positive benefits of immigration that I believe to be very great indeed. I define integration, therefore, not a flattening process of assimilation but as equal opportunity, accompanied by cultural diversity, in an atmosphere of mutual

²⁵ En este caso también se produce una fractura entre autóctonas y extranjeros que como por en el caso francés, podría afectar el futuro profesional de los extranjeros y la inestabilidad social del país. Andrea Garcia- Santesmases Fernandez, Carolina Herrero Schell, Experiencias en el marco de la UE sobre educación intercultural e escuela inclusiva. Análisis y comparación entre las políticas desarrolladas por los países miembros.

tolerance”²⁶. El tema de la diversidad cultural se afrontó según una lógica inclusiva pero no asimilacionista.

Como muchos otros ámbitos, fue modificada la organización de las instituciones educativas y pedagógicas²⁷. Los planes de estudios fueron readaptados según la necesidad de tutelar las minorías de las actitudes discriminatorias y además con el propósito de marcar la importancia de la integración y de la convivencia intercultural en una sociedad tan multiétnica como la británica. Efectivamente parece que las políticas educativas finalizadas a la integración de los extranjeros hayan producido efectos positivos.

Invirtiendo las tendencias registradas en Francia y Alemania (según la cuales los alumnos nativos tienen un nivel más alto de instrucción de los extranjeros), en Gran Bretaña los alumnos de origen migrante tienen el mismo nivel de instrucción de los alumnos nacionales, factor que en última instancia podría reducir las fracturas sociales y económicas entre los ciudadanos.

3.- CONCLUSIONES

El ámbito académico parece ser un contexto determinante para la consecución de la integración de los extranjeros en una sociedad pluralista y quizá el más adecuado para poder incentivar un diálogo intercultural constructivo.

No solo es a través del ámbito académico como se podrían conceder a cada ciudadano las mismas oportunidades sociales y laborales, sino también es el primero en el cual podrían ser afrontados y discutidos los elementos que suelen impedir que se logre una cooperación intercultural.

La enseñanza de valores específicos (como la convivencia y el respeto recíproco entre las diferentes civilizaciones) podría ser incentivada en edad escolar en cuanto es el momento durante el cual los ciudadanos forman su pensamiento crítico y fortalecen el espíritu cívico bajo la guía de los padres y de los docentes.

²⁶ C, Bertossi. French and British models of integration Public philosophies, policies and state institutions; Working Paper No. 46, University of Oxford, 2007. ESRC Centre on Migration, Policy and Society. Cit. Pag. 20.

²⁷. Lapeyronnie individua principalmente cuatro ámbitos de aplicación de las políticas de inclusión en Gran Bretaña: 1 las políticas de igualdad de las oportunidades y el monitoreo de los comportamientos racistas. 2) las políticas relativas a la gestión comunitaria y orientadas a la armonización de las relaciones entre grupos diferentes; 3) las políticas anti racistas finalizadas a eliminar los prejuicios a través de la formación y de la educación; 4) las políticas sociales de derecho común para gestionar las problemáticas sociales de los inmigrantes. Lapeyronnie, Las políticas locales de integración de las minorías inmigradas. Los casos francés y británico, 1993; In Informe de Investigación 2013; Andrea Garcia- Santesmases Fernandez, Carolina Herrero Schell, Experiencias en el marco de la UE sobre educación intercultural e escuela inclusiva. Analisis y comparacion entre las políticas desarrolladas por los países miembros, pag. 8.

Por lo tanto, sería muy importante reevaluar los planes escolares para que se adapten a un ambiente más internacional y multicultural; dar la posibilidad a los estudiantes de participar en actividades recreativas que tengan como tema principal el pluralismo cultural y étnico; reclutar docentes provenientes desde diferentes países para evitar que se trasmita una imagen monolítica de la enseñanza de algunas materias (como por ejemplo de la historia, del arte y de la literatura); y finalmente acostumbrar los alumnos a la idea de que existe una pluralidad de culturas todas igualmente validas aunque muy diferentes entre ellas y que una convivencia pacífica entre hombres culturalmente diferentes pueda depender de la capacidad de descubrir y conocer el "otro".

Obviamente es necesario que se tome plena conciencia de lo que significa abatir las barreras multiculturales para llegar a una colaboración transparente y duradera. Citando a Ventura otra vez, así como occidente contribuyó a "demonizar" el islam, igualmente podríamos empezar un proceso de "des-demonización", siempre que exista la voluntad de hacerlo.

Por último, considerando que las políticas públicas son determinantes en el proceso de organización de las sociedades, sería adecuado tener en cuenta que si las minorías perciben una amenaza para la supervivencia de sus identidades culturales, probablemente tiendan a formar guetos para salvaguardar sus propias costumbres, marcando aún más las diferencias con los otros ciudadanos. Si esto pasara, casi seguramente se verificarían las predicciones de Huntington puesto que parece bastante improbable que se pueda evitar un choque de civilizaciones entre culturas que nunca han interactuado las unas con las otras.

ANARQUISMO Y DERECHO. EL RECÍPROCO ABORRECIMIENTO DE DOS OBSTINACIONES*

Anarchism and Law. The Mutual Abhorrence between These Two Obstinacies

Luca Moratal Roméu**

RESUMEN: Merced a un proceder asimilativo dialéctico, atiende la obra a la actitud de la teoría ácrata ante el fenómeno jurídico, tanto en su arrebatado negador como en su disposición constructiva; en pos de una contribución a la reflexión sobre la realidad del Derecho y el espíritu libertario que permite, a su vez, el pronunciamiento en cuanto a la relación de concordia entre una y otra complejidad.

ABSTRACT: *This work focuses, through a dialectical assimilative approach, on the attitude of the anarchist theory before the legal phenomenon, both in its denying outburst as in its constructive potentiality. It pursues, in this way, the insight of the reality of Law and the libertarian spirit that allows a verdict concerning the relationship of agreement between one and the other.*

PALABRAS CLAVE: anarquismo, derecho, orden, consenso, disenso.

KEY WORDS: *anarchism, law, order, agreement, disagreement.*

Fecha de recepción: 26/11/2014

Fecha de aceptación: 21/04/2015

Non più capaci dell'ubbidienza necessaria nei bruti, e non ancora degni della libertà divina dei santi

(Giovanni Papini)¹

PREFACIO. LA REALIDAD Y EL DESEO

El anarquismo –y tal es la premisa de que parto, y la conciencia de que a mi juicio debiera partir cualquier estudio sobre el mismo– es una tragedia. Una de las más estupendas jamás representadas.

Pero, ¿qué hace a la tragedia y por qué el anarquismo lo es? ¿Qué hace trágica una vida, una empresa, una vocación? ¿Qué idea, por trágica, impregna de tragedia la *praxis* (siempre revolucionaria) que desencadena? A Unamuno le llevó toda una obra, maestra por lo demás, responder a esto; espacio y genialidad de que no se dispone. A grandes rasgos y entre sus notas primordiales es dable reconocer

* A Jorge y a Luis.

** Graduado en Derecho, Universidad Pontificia de Comillas (Madrid). E-mail: lucamoratal@gmail.com.

¹ Papini, G. *Storia di Cristo*. Vallecchi Editore, Firenze, 1923, p. 254.

en la tragedia el conflicto, la colisión, el enfrentamiento. A diferencia de la comedia, plácida, inocente y dulce, de ritmo equilibrado y adecuado al gusto del espectador, es propia de la tragedia la convulsión, la incoherencia, la hostilidad entre fuerzas contradictorias que contienden sin tregua, irreconciliables, decididas a destruirse y a construir. Nada pone orden en esta tempestad de relámpagos vitales e implacables, de indómitas fantasías y sueños irrealizables. No hay síntesis hegeliana, ni instancias fiscalizadoras de la validez de los impulsos trágicos. Es, sí, síntoma de la tragedia la anarquía. La comedia se agota en sí misma, lo mismo que el pleito una vez emitida la solución de derecho, lo mismo que ésta una vez ejecutada; la tragedia, por su parte, permanece: indefinidamente, pues aspira a un horizonte inasequible pero indeleble.

Una tragedia es verdadera al tiempo que contradictoria; agónica a la vez que inmortal.

Definía José Antonio Primo de Rivera toda existencia humana, de individuo o de pueblo, como "una pugna trágica entre lo espontáneo y lo difícil"². Lo de trágica es redundante; toda pugna, entendiéndose, toda pugna auténtica, lo es. Es sabido que en Unamuno tiene lugar entre la razón y la fe. "¿Que me engaño? ¡No me habléis de engaño y dejadme vivir!"³. También en cierto modo en el anarquismo. Éste, al igual que la vida –o su sentimiento en ciertos hombres y pueblos–, es trágico por contener una infinidad de contradicciones⁴. Algunas de ellas de elevadísima gravedad.

No en vano la primera idea que Horowitz relaciona con el anarquismo es la ambigüedad. "Una ambigüedad –nos dice– que es consecuencia de las reivindicaciones y corrientes encontradas que necesariamente abruman a un movimiento social dedicado a la 'propaganda por la acción' y, simultáneamente, a la 'liberación científica del mito político'. Los anarquistas son teóricos y terroristas, moralistas e inconformistas, y sobre todo, políticos y antipolíticos"⁵. Pero las dualidades expresadas, ya de por sí turbadoras para un espíritu dogmático o sistematizador –inapto para el estudio del anarquismo, todo sea dicho–, no abarcan, ni de lejos, la plenitud de su problemática conceptual. El anarquismo es racionalista, y además

² Primo de Rivera, J.A. "Ensayo sobre el nacionalismo". *Revista JONS*, nº 16, abril de 1934. En *Obras completas. Edición del centenario*. Volumen I, Plataforma 2003, Madrid, 2007, p. 531.

³ Cfr. Unamuno, M. *Del sentimiento trágico de la vida en los hombres y en los pueblos*. En: *Obras completas*, Escelicer, Madrid, 1966, pp. 132 y ss.

⁴ Amén de por inmarcesible, y por otra serie de elementos constitutivos o reveladores de la condición trágica en cuya consideración, como se indicó, no es posible detenerse aquí.

⁵ Introducción de Horowitz, I.L., a *Los anarquistas*. Volumen I: La teoría. Traductores: Aguilar López, J.; Benítez, M.A.; Fernández Sánchez, J.; Martín Ramírez, C.; Pérez Ledesma, M.; Ivars Fernández, S. Alianza Editorial, Madrid, 1975, p. 13.

hasta lo enfermizo.⁶ Pero al mismo tiempo rehúye la abstracción, y se desmarcará de la misma razón tan pronto ésta se vuelva contra sus postulados. El anarquismo es demasiado voluntarista como para atarse irrevocablemente a un cielo axiológico de verdades lógicas, por racionales que sean. También la razón es autoritaria.

El anarquismo es insurreccional, pero ello no le impide ser pacifista.⁷ Como veremos, el anarquismo se debate entre el iusnaturalismo y el escepticismo. Por un lado se apela a un orden natural que desautoriza el positivo impuesto; por otro, y tan pronto el orden invocado no puede dejar de ser *normativo*, y por lo tanto prescriptivo, tampoco puede admitirse su validez más allá de como arma arrojada contra el Estado.⁸ El anarquismo ha de digerir el pulso entre la libertad y la igualdad, la anarquía y el orden (siempre que se acepte que una y otra no son la misma cosa), la *physis* y la *technè*, lo individual y lo comunitario, el pensamiento libre y el dogmatismo, el moralismo y el inconformismo y en su máxima expresión el egoísmo...⁹

⁶ Las normas sociales, políticas y morales establecidas son absurdas; la organización autoritaria de la sociedad es ilegítima por contraria a la razón humana; a la coacción, la superstición y el adoctrinamiento se oponen la educación y la ciencia. La demostración en Godwin de la igualdad moral de los seres humanos es casi silogística (*vid.* Godwin, W. "Book II: Principles of Society", en: *An Inquiry Concerning Political Justice and Its Influence on General Virtue and Happiness*. G.G.J. and Robinson, J. London, 1793). Según Kropotkin, uno de los grandes aciertos del anarquismo es "el de considerar el estudio de las instituciones sociales como un capítulo de las ciencias naturales, aquel punto en el que se separa para siempre de la metafísica y en el que adopta como método de razonamiento el que ha servido para construir toda la ciencia y la filosofía natural modernas". Kropotkin, P. *Modern Science and Anarchism*. Freedom Press, London, 1912, pp. 92-93. La teorización es netamente apriorística, inconfundiblemente especulativa.

⁷ Agrede en pos de un mundo sin coerción; la violencia es legítima en tanto es respuesta a otra que no lo es. "El anarquista que roba no lo hace por interés propio. Asigna los fondos conseguidos con el máximo rigor, tomando todas las precauciones para garantizar que ninguna porción será empleada en beneficio personal. Mata, pero pone sumo cuidado en no hacer daño a nadie que sea inocente desde el punto de vista de la lucha de clases. Engaña, pero no le anima el propósito de hacerse con las riendas del poder" (Horowitz, I.L. *Op cit*, p. 21). Pero si en este punto puédesse afirmar un cierto acuerdo, donde no coinciden los anarquismos es en el trazado de los límites. "Uno de los inconvenientes que presenta el anarquismo conspiratorio es la dificultad para establecer la diferencia entre el crimen ordinario y un caso de regicidio, derivado de principios teóricos" (p. 46).

⁸ Proudhon lo mismo se mofaba de quienes creían en una ley "grabada en el corazón de los hombres" o en normas "dadas por la naturaleza" que proclamaba que todos los hombres llevan las verdades morales en sus almas, o que el insolidario obra "contra la naturaleza". Proudhon, P.J. *¿Qué es la propiedad?* Trad. de Rafael García Ormaechea. Tusquets, Barcelona, 1975, pp. 35, 44, 237 y 238.

⁹ Acaece que no hay quien expida carnés de anarquista (Álvarez Junco, J. "La teoría política del anarquismo", en Vallespín, F. (ed.): *Historia de la teoría política 4*, Alianza Editorial, Madrid, 1992, p. 264) y que "el anarquismo tiene las espaldas anchas y, como el papel, soporta cualquier cosa". Esto último hace notar Noam Chomsky al introducir la edición inglesa del estudio sobre la anarquía de Daniel

Pero sobre todo, y evocando a Cernuda, entre la realidad y el deseo. Sometido desde su génesis y sin interrupción el hombre a la autoridad, sometimiento éste que tanto sufrimiento ha causado y que tan implacablemente ha condicionado la historia humana... sólo la realidad, la potestad miserable de la evidencia, puede contrarrestar la fuerza desiderativa del anarquismo.

*Por esto te mataron, porque eras
Verdor en nuestra tierra árida
Y azul en nuestro oscuro aire.*¹⁰

Lo que parece claro, sea como fuere, es que su abordaje requiere una predisposición muy distinta a la cotidiana.

A lo largo de las páginas que siguen se indagará en cómo esta auténtica cosmovisión, desde su tragicismo y desde su peculiaridad, se enfrenta a lo jurídico. Llega el momento en que el anarquismo ha de descender del firmamento, del deseo, para considerarlo; no por ello se desprenderá de sí. Y al palparlo, ¿negará el Derecho o le reconocerá entidad? ¿La actitud ante el mismo será la total animadversión, o parte de lo que el Derecho entraña e implica merecerá una dosis de simpatía? ¿Se pretenderá destruirlo o sólo cambiarlo? ¿Se blandirá contra el ordenamiento coactivo un orden jurídico natural? Profundizar en la concepción anarquista del Derecho no es otra cosa que recorrer las aportaciones al respecto de los más variopintos anarquistas, a relacionar en cada caso con la esencia (que la hay) del mismo anarquismo.

Pero todo ello, ¿con la finalidad de *deducir* una conclusión? A Dios gracias no se nos da, en este tipo de ciencia, premisa mayor válida. No hay conclusiones irrefutables. A lo sumo podrá esbozarse un conjunto de ideas, siempre controvertibles y siempre incompletas, en torno a la conmixción explosiva anarquismo-Derecho, y una síntesis y/o propuesta no avalada más que por la autoridad que pueda conferir el conocimiento de la materia estudiada. Con todo, lo que nadie nos arrebatara es el manjar exquisito de la expectativa. No sin razón previene Bueno Ochoa que "muchas veces es más importante (sustituyamos lo importante, en nuestro caso, por lo

Guérin, citando a Octave Mirbeau (1848-1917), autor francés filoanarquista; de lo que se hace eco Bueno Ochoa, L., al comienzo de "Notas sobre Agorismo y Emprendetoriado", en: AAVV, *ICADE, Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, nº 77, mayo-agosto 2009, desde p. 319. Es, por lo demás, la belleza de la etimología griega, amplia y generosa en su afán por abarcarlo todo: ἄν-αρχος. De ahí la atracción de Hegel. "Hegel era un nostálgico de la ciudad griega y gran admirador de Aristóteles. Puede ser [...] que haya intentado reencontrar esa visión total que procura la filosofía de Aristóteles" (Villey, M. *Filosofía del Derecho*. Trad. de Evaristo Palomar Maldonado. Tradere ius, Madrid, 2013, p. 115).

¹⁰ Cernuda, L. "A un poeta muerto", en *La realidad y el deseo 1924-1962*. Alianza Editorial, Madrid, 2005, p. 23.

sugerente) el camino que la posada; las preguntas que las respuestas; en fin, anteponer el cómo a qué y hacerlo, además, con espíritu crítico”¹¹.

1.- LA EQUIVOCIDAD COMPARTIDA DE LAS ESFERAS JURÍDICA Y ANARQUISTA

Ahondar en un par como el que el anarquismo y el Derecho conforman puede suscitar muy dispares reacciones. A primera vista puede aparecer exótico. También puede manifestarse estrambótico, provocador, o aun retorcido. No faltarán quienes dictaminen *ex ante* su indiscutible incompatibilidad, y la vanidad consiguiente de dilatar innecesariamente la controversia. A alguno le parecerá interesante.

Lejos, muy lejos de censurar cualquiera de estas actitudes, todas legítimas y todas comprensibles, sí creo conveniente extraer de entre ellas un prejuicio común. Por naturaleza se asume el radical antagonismo del espíritu que informa, satura y define uno y otro fenómeno. Hablar de anarquismo y Derecho es como hacerlo del agua y el fuego, del invierno y la primavera; impera aquél por no poder florecer ésta todavía... Parece que mientras el anarquismo se mueve en los jardines quiméricos de la idea, el Derecho, frío y mundano, no lidia sino con realidades, que contempla y a las que aporta solución. Y tampoco esto estimo susceptible de refutación. Sin embargo, y por abrir el abanico de los prejuicios, he querido dar con una coincidencia (no hay duplicidad completamente ajena), la de la equivocidad compartida de ambos conceptos, e instituir la por presupuesto.

1.1. La obstinación del Derecho, o la de los juristas

El anarquismo, decíamos, no pasa por alto el Derecho. Sabedor de que supone uno de los grandes obstáculos a salvar en lo teórico y a encarar, de un modo u otro, en lo eficiente. Por doquier confeccionan los titulares del poder político leyes y reglamentos a su medida; los conflictos son resueltos por jueces, esos pervertidos por el estudio del Derecho Romano, maniáticos del código¹², investidos de un poder extraordinario; los individuos se vinculan, más o menos voluntariamente, por medio de contratos, y los desviados de las

¹¹ Bueno Ochoa, L., *op. cit.*, p. 336.

¹² Así, respectivamente, en: Kropotkin, P.: *Las prisiones: El salariado, la moral anarquista*, trad. de Heras, E., F. Sempere y Cía., Valencia, 1909, p. 52; *Ouvres*, a cargo de Maspero, F., ed. de Zeliak, M., París, 1976, p. 224. En Proudhon, P.J., *¿Qué es...*, *op. cit.*, p. 122, se les tacha de falsos sabios opuestos al buen sentido popular, y en Kropotkin, P., *Palabras de un rebelde*, Pequeña Biblioteca Calamus Scriptorius, Palma de Mallorca, 1977, p. 91, de visionarios habitantes del mundo de las ficciones jurídicas.

pautas sociales de comportamiento son reclusos en centros penitenciarios o en manicomios. Juzgados, comisarías y ministerios; circulares, estatutos y actos administrativos; propiedades, usufructos y todo tipo de convenciones artificiales. Máxime a partir del s. XIX, el Derecho parece omnipresente; y además, y lo que es más grave, imprescindible en la rutina de las comunidades.¹³ El anarquismo es plenamente consciente de todo ello, y a raíz de la realidad del Derecho en la sociedad articulará su crítica del mismo.

Pero –he aquí la primera dificultad– el Derecho es equívoco. Si el enemigo lo fuera un hecho, material o humano, de contenido y naturaleza precisamente cognoscibles y precisamente determinados, podría ser su desafío más automático. Tratándose en cambio del Derecho, la primera pregunta que se le plantea a un pensador anarquista es: ¿qué es el Derecho? O incluso... ¿Existe el Derecho como tal?

Nadie que se acerque al Derecho puede eludir tan fastidioso exordio. De igual manera que la ciencia anarquista responde a su propio dogma (por lo menos uno: la libertad; esto lo veremos), endereza los innumerables exponentes de la ciencia jurídica un punto de partida común muy cierto: el de la existencia del Derecho. Sea éste lo que fuere. Se afirma una realidad jurídica que, como tal, no es (privativamente) una ficción, una invención, un artificio; sino auténtica expresión de un orden. Esto es a lo que yo llamo la obstinación del Derecho. O la de los juristas: el Derecho es. Una creencia, si se me permite, no mucho menos ingenua que la libertaria.

Por supuesto que cada filosofía esboza su particular definición del Derecho –en ocasiones tan discrepantes unas de otras– y que la obra de cada jurista viene informada por su propia idea de éste: como sistema de normas válidas, como adecuación, como resultado de la espontaneidad popular... Pero ello no quita que los juristas y los filósofos del Derecho beban de la misma creencia en él, en su necesidad y en su imperatividad; es el objeto de su disciplina. Parece, a fin de cuentas, que sea éste el único núcleo esencial de sus ideólogos y aplicadores. Y es con esta obstinación, por la que el Derecho se define, que se encuentran los anarquistas. Tampoco ellos se libran de la suya.

¹³ El artículo "Anarquismo y Derecho" de Rivaya, B. (*Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), núm. 112, Abril-Junio 2001, pp. 77-108), una de las fuentes a las que más debe la presente obra, relaciona directamente la floración del anarquismo con los delirios del positivismo legalista. "Surge un dogma, el de la *omnipotencia del legislador*. Al mismo tiempo la ley se presenta como instrumento de racionalización de la vida social, precisamente frente a las costumbres irreflexivas del pasado, frente al Derecho consuetudinario. Surge otro dogma, el del *culto a la ley*. Esa tendencia legislativa, además, halló su culmen en el movimiento codificador, la racionalización por antonomasia del mundo jurídico, y recorrió toda Europa" (p. 89).

1.2. La obstinación del anarquismo (o la de los anarquistas)

Tampoco el anarquismo se libra de su obstinación. Al igual que ocurre con el Derecho, definir el anarquismo presenta grandísimas dificultades, seguidas de la compleja multiplicidad de anarquistas, siempre únicos. Ningún anarquista que se precie puede ser imitación de otro. No hay más que recordar la importancia de sus contradicciones. Con todo, aunque sólo fuera por el hecho de reunir a todos en la misma condición, debe afirmarse la existencia de un dogma anarquista. Una esencia sin la cual no puede hablarse de anarquismo. Un esfuerzo del anarquismo por perseverar en su ser.¹⁴

*Quiconque nie l'autorité et la combat est un anarchiste*¹⁵, simplificó Faure. Brevidad conceptual acorde a la flexibilidad del anarquismo. *But by no means all who deny authority and fight against it can reasonably be called anarchists*, objeta Woodcock.¹⁶ Para Rivaya, el espíritu del anarquismo y compartido de todos los anarquistas ha de hallarse en el triple anhelo de la Revolución francesa: *liberté, égalité, fraternité*.¹⁷ Sin embargo, la inclusión de la igualdad –no digamos ya la de la fraternidad– atormenta el discernimiento de más de un intérprete y, desde luego, no puede admitirse sin más. El problema es enunciable en otros términos: ¿son catalogables como anarquistas los negadores de la autoridad por razón de su egoísmo? “Hoy destruyo esas vaguedades engañosas”, dice Stirner, refiriéndose a “Dios, el Emperador, el Papa, la Patria, etc”; pero no para contraponer un ideal de igualdad, de justicia, de armonía en el género humano, sino porque “no veo ya en el mundo más que lo que él es para mí; es mío, es mi propiedad. Yo lo refiero todo a mí”.¹⁸ Acerca de la *anarquismidad* de Stirner la opinión se encuentra drásticamente dividida.¹⁹ Para Andrade y para tantos otros, “más apropiado sería el término ‘solipsista moral’”²⁰. Por mi

¹⁴ *Conatus, quo unaquaeque res in suo esse perseverare conatur, nihil est praeter ipsius rei actualem essentiam*. Spinoza, Baruch. *Ethice*, Pars III, Prop. VII.

¹⁵ “Todo aquel que niega la autoridad y la combate es anarquista”.

¹⁶ Woodcock, G. *A History Of Libertarian Ideas And Movements*. The World Publishing Company, Cleveland and New York, 1962, from p. 9. “Mas de ninguna manera todos los que niegan la autoridad y luchan contra ella pueden razonablemente ser denominados anarquistas”.

¹⁷ Rivaya, B. *Op. cit.*, pp. 81 y ss.

¹⁸ Stirner, M. *El único y su propiedad*. Trad. de González Blanco, P. Juan Pablos Editor S.A., México D.F., 1976. Revisión: Martín Aldao. p. 24.

¹⁹ Cada historiador y estudioso del anarquismo, y por supuesto cada anarquista, aportará su propio juicio. Por poner dos ejemplos conocidos, Rivaya (“Anarquismo...”, *op. cit.*) niega sea anarquista, mientras que en Woodcock (*A History...*, *op. cit.*) es tratado como eslabón histórico del anarquismo y representante de la variante individualista.

²⁰ Andrade, R. “Alcances a la filosofía de Max Stirner. O el individualismo anarquista”. Revista Bajo los Hielos, disponibilidad en: <http://www.bajoloshielos.cl/andradestirner.pdf> [consultada a 25 de enero de 2014].

parte, empero, he de decir que no sólo vislumbro en Stirner el arrebató antiautoritario que conocemos como anarquismo, sino de hecho el mismo anarquismo llevado a sus últimas consecuencias, y la permanencia del único valor de que necesita el anarquismo para serlo: la libertad respecto de todo. También respecto de la igualdad y de la fraternidad, en caso de conflicto. Los anarquistas ansían el desencadenamiento. Para justificarlo, la mayoría apela a un estado natural de cooperación pacífica y voluntaria, sin coacción y sin supremacía alguna; hacen la libertad inseparable de sus supuestas hermanas la igualdad y la fraternidad. Pero unos pocos, y entre ellos Stirner y sus secuaces libertario-individualistas, no se resignan tampoco a esto. Estiman el colectivismo, el asociacionismo, el confederacionismo, en cuya idealización tanto trabajaron los anarquistas de la sociabilidad, presidios no muy distintos del Estado o la explotación laboral. Si se proclama la primacía de la libertad, la del individuo, ¿qué puede impedir a éste llegar tan lejos como su propia potencia le dicte?²¹ El anarquismo, o es determinista o es individualista; más auténtico parece lo segundo.

“Dejando a cada uno actuar como mejor le parezca, negando a la sociedad el derecho de castigar a quien sea y como sea, por cualquier acto antisocial [...] Sólo pedimos una cosa, eliminar cuanto en la sociedad actual impide el libre desenvolvimiento de estos sentimientos, cuanto falsea nuestro juicio”.²² En el clamor de Kropotkin descansa la esencialidad del anarquismo. Se alega, cual se advierte, un precepto moral: el que prohíbe al hombre reaccionar violentamente contra el hombre. ¿Bien (jurídico) protegido? La libertad. Todo lo demás –toda idea adicional– puede ser acomodable al anarquismo, pero de ahí a erigirlo en su definición media, opino, un trecho insalvable.

La obstinación del anarquismo es la libertad, y en concreto, la aspiración a una situación de libertad que, por lo demás, se presenta concebible y deseable. Si además en todo caso se presenta factible (en el pensamiento ácrata, entiéndase), es susceptible de discusión. De cara a la profundización, quedémonos con que al anarquismo, en sus correspondientes campos de batalla, le mueve un anhelo irrefrenable, incondicional y en última instancia ilimitado de libertad plena, negador de toda autoridad, y en pos de semejante escenario encauza sus energías. Retengamos, asimismo, que la obstinación de un mundo libre topa, en el mundo real –en lo constatable– con el fenómeno del Derecho, que cada anarquista percibe diversamente.

²¹ Aciagas son las consecuencias de esta problemática. En *A History...*, *op. cit.*, p. 240, Woodcock pone de manifiesto que el fracaso del anarquismo en su organización a escala internacional *raises so clearly the central libertarian problem of a reconciliation of human solidarity with personal freedom.*

²² Kropotkin, P. *La moral anarquista y otros escritos*. Libros de Anarres, Buenos Aires, 2008, p. 41.

Habremos individualizado los contendientes y podremos, ahora sí, sumergirnos en la contienda.

1.3. ¿Animadversión, recelo o desconocimiento? El capital problema de la admisibilidad del Derecho desde el anarquismo

Ya se indicó: siendo lo fácil –lo instintivo– poner de relieve la contradicción *prima facie* irresoluble entre lo que el anarquismo y el Derecho significan, más interesante se presenta la apertura a su conciliación. Máxime cuando más de un autor, y más de un autor anarquista, la ha emprendido con anterioridad; con un fundamento cuando menos digno de atención. Asentado el precedente, no parece descabellado el empeño. Lejano todavía el contenido de la sentencia... puédesse considerar admitida la demanda.

Que dos realidades, o un deseo y una realidad, den signos de animadversión no siempre quiere decir que ésta lata verdaderamente en la autenticidad de la relación. Puede tratarse de un mero recelo, obediente a la disparidad de los postulados, de las cosmovisiones, de las teleologías; siendo así, por la senda del diálogo podría incluso llegarse a una avenencia. En la más extrema de las hipótesis, podría no ser más que desconocimiento, insuficiencia comunicativa. ¿Puede el jurista compaginar su función (la que dice desempeñar, y la que de facto desempeña) con la utopía del anarquismo? ¿Puede el anarquista arreglárselas para asumir la necesidad del Derecho, para aceptar éste o algunas de sus instituciones? Que el Derecho vigente, el positivo, el derivado de la ley a su vez derivada del Estado, resulta abominable, es básico e indiscutido. Pero al derribarlo, ¿podrá sustituirle otro Derecho, alguna forma de vida jurídica más allá de la coacción?

Adelántese que el corazón de la cuestión en buena medida tiene que ver con esta última posibilidad, la de un Derecho sin coacción, la de la trascendencia de lo jurídico de lo netamente efectivo: de la fuerza. Así las cosas, se planteará como tesis del sucesivo proceso dialéctico la definición del Derecho por su efectividad. Si éste no es más que lo susceptible de imposición y lo fácticamente impuesto, libre de toda otra dimensión, entonces el Derecho es inadmisibile desde el anarquismo. Primitiva y sempiternamente. Configurado, por el contrario, como ordenación, y con ello como equilibrio armónico y hasta natural... se atisbará el consenso. Como los autores proliferan, a cual más extravagante –a cual más *anartista*²³–, ni la contradicción ni la igualdad de partes, principios irrenunciables de todo diálogo que aspire a la calificación de justo, se verán defraudados, provistas de sus defensores cada propuesta, cada posición y cada idea.

Espero *per il resto* que la discusión no se confine en lo estrictamente académico. No se trata tanto de decidir con carácter

²³ Ni artista, ni anarquista, sino "anartista" se dice Duchamp en: *Duchamp du signe*, Éditions Flammarion, Paris, 1975, p. 140.

definitivo si el anarquismo y el Derecho son o no incompatibles, cuanto de dar a conocer una actitud teórica, ideológica y vital impregnada de un grandísimo atractivo, y que por la rotundidad de sus fines tiene ganada la enemistad de un mundo de circunstancias de toda índole, donde la primacía es de los medios. Póngase todas las pegadas que se quiera al anarquismo en cuanto a su viabilidad (escasamente originales hasta ahora); por donde nadie lo rebatirá es por la belleza de su utopía. La sustancialidad de sus ambiciones es su carta de presentación y el título que avala sus planteamientos; por supuesto, más o menos acertados y más o menos verosímiles. Siendo lo que es y expresando lo que expresa, merece el anarquismo, a mi juicio, un interés harto mayor del que ha recibido a lo largo de la historia. Es más fácil, cómo no, la mimetización con lo instaurado y lo vigente. Pero el que somete a reflexión el anarquismo, y por un momento se rinde a la participación en la única pasión que lo propulsa, llega a entender su porqué, que no forzosamente a compartirlo, y aunque vagamente, también él en cierto modo pasa a formar parte del relato trágico del anarquismo, con todos sus problemas.

Sea este trabajo el detenimiento en uno de ellos. Acaso el más mundano, y por lo mismo el más inclemente de sus tormentos.

2.- DERECHO COMO COACCIÓN: EL DISENSO PRIMITIVO Y SEMPITERNO

Tal y como expresa el título del trabajo, el aborrecimiento es recíproco: parece que el anarquismo tiende al rechazo de lo jurídico, lo niegue plenamente o no, y que para el Derecho el anarquismo no puede representar sino una amenaza o una insolencia. Si se contempla, ahora bien, la viabilidad de su conciliación, será del anarquismo que haya de proceder el esfuerzo hipotético a tal fin. Para los juristas, por razón de su oficio asépticos e intelectualmente inflexibles, rara vez proclives a la creatividad o a la atención de esferas extrañas a la suya, el anarquismo será siempre la doctrina del *piacere del male*, de la *mancaza completa di senso etico*, de la *indifferenza per la vita umana*.²⁴ Y así tiene que ser. Sólo un anarquista –precisamente por serlo– puede desembarazarse de esta primaria hostilidad y proponer el acercamiento, y es en la manera en que se ha hecho que se impone profundizar.

²⁴ El “placer del mal”, la “completa carencia de sentido ético”, la “indiferencia por la vida humana”: son sólo algunas de las acusaciones que, escandalizado, vierte Cesare Lombroso sobre el anarquismo a finales del s. XIX en *Gli anarchici, seconda edizione con aggiunte*, Biblioteca Antropologico-Giuridica, Serie II, Vol. XXIII, Torino, 1895; en concreto, p. 42.

A ello ha de preceder, no obstante, la consolidación de la tesis: el elemental disenso anarquismo-Derecho desde la perspectiva del primero. Principalmente, por ser coacción –exclusivamente o no–, más o menos eficaz, el segundo.

2.1. El asalto al positivismo legalista

Si, a nuestros efectos, al interés de lo que el Derecho sea realmente supera con creces el de la visión que del mismo el anarquismo tenga, lo primero a traer a colación será el contexto de su apogeo en lo teórico. Ya no quedan anarquistas como los de antes; a partir del s. XX, el agotamiento ideológico y el hambre por la acción atenúan la ignición imaginativa del anarquismo. Cobra protagonismo entonces el movimiento, bien pertrechado ya de teorías incompatibles y anhelos románticos disfrazados de racionales. La “Tercera Revolución Rusa”, los ucranianos libertarios de Makhno, las milicias cenetistas en España... son exponente de una fantasía que cada día más creyente en sí misma deviene acción. Incluso los pensadores anarquistas del momento pierden ese talante contemplativo de sus predecesores para entregarse a la resolución de cuestiones prácticas, necesidades coyunturales; no es lo mismo un *programma* de Malatesta que una *théorie de la propriété* de Proudhon. Empero también el movimiento colapsa. *Clearly, as a movement, anarchism has failed*, escribe Woodcock hacia 1960.²⁵ Y cuando esto es así –cuando se han exaltado la libertad y la fraternidad con todos los adjetivos posibles, cuando se han descrito todas las latitudes del *topos* y del *utopos*, cuando ya ha corrido demasiada sangre–, y la moda postmaterialista se apodera de la mentalidad occidental, el anarquismo es destinado a nuevos frentes. No pierde desde luego el ideal de libertad, tampoco su atractivo²⁶, y en cierto modo redescubre su dimensión intelectual, si bien en manera muy distinta a como la desarrollara en su estallido decimonónico. Ahora, el anarquismo se entrega al desafío de predicar su actualidad en un mundo nuevo, vertiginosamente

²⁵ *A History...*, *op. cit.*, p. 468. “Claramente, como movimiento, el anarquismo ha fracasado”.

²⁶ Totalmente certeras son las palabras de Arvon, H.: *Dans un monde de plus en plus uniforme, anesthésié, grégaire et immatriculé où les chemins ne sont pas à tracer, mais uniquement à suivre, il n'est pas surprenant de voir l'anarchisme retrouver peu à peu l'attrait et l'intérêt qu'il avait perdus depuis plus d'un demi-siècle (L'anarchisme au XXème siècle, vol. 1, P.U.F., L'historien, Paris, 1979, p. 230)*. “En un mundo cada vez más uniforme, anestesiado, gregario e inmatriculado, donde no quedan caminos por trazar, sino sólo caminos a seguir, no es sorprendente ver cómo el anarquismo recupera poco a poco el atractivo y el interés que desde hacía más de medio siglo había perdido”. En *About Anarchism (Selected and edited by Pateman, B., AK Press, Edinburgh, Oakland and West Virginia, 2005, p. 152)*, Chomsky avisa: *It would also be a great error to underestimate the power of social forces that will fight to maintain power and privilege*. “Sería también un gran error menospreciar el poder de las fuerzas sociales que lucharán por mantener su poder y sus privilegios”.

cambiante, y en perfilarse como alternativa política y económica, sí, pero ante todo cultural, filosófica, académica. Agrade o no al anarquismo más rancio, no se trata ya tanto de la abolición del Estado cuanto de la gramática universal.

Ya no quedan anarquistas como los de antes, como los del s. XIX (grueso de una localización temporal que se prolonga doblemente, hacia la segunda mitad del XVIII y los albores del XX), porque a estos competió el asentamiento de las bases ideales del anarquismo. Fueron ellos, entre la maquinaria polvorienta de los talleres o desde las gélidas cordilleras de la Manchuria ignota, los primeros en meditar los grandes enigmas de la naturaleza humana en relación con las injusticias sociales que conocieron. Ellos son el corazón, pero principalmente la cabeza del anarquismo; ellos interpretan la idea. También en lo que concierne al Derecho. Y como no pudiera ser de otra manera, lo hacen en un determinado contexto sociocultural cuya configuración, sin explicar por sí misma la profundidad del pensamiento anarquista, sí que le sirve de influencia hasta el punto de no poderse obviar. Es, a fin de cuentas, la fuente de los problemas a que los anarquistas se afanan en dar respuesta.

Al bucear en la contraposición anarquismo-Derecho, uno de los grandes aciertos de Benjamín Rivaya²⁷ es precisamente enfatizar la importancia de este telón de fondo, que en lo jurídico se concreta primero en la tendencia a, y muy pronto en el reinado implacable del positivismo legalista. “Para cuando comenzaron a publicarse las primeras grandes obras de los anarquistas [...] la teoría jurídica imperante tenía un claro carácter legalista: no sólo afirmaba que el único Derecho existente era el Derecho positivo sino que venía a identificar positivo con legislado, de tal forma que, utilizando la metonimia, Derecho y ley resultaban términos que podían emplearse indistintamente. Por lo demás, solió aceptarse que la ley era un mandato del soberano”.²⁸ Rápidamente se asume un doble dogma: la omnipotencia del legislador y el culto a la ley.

Consciente –al menos desde la promulgación del *Code civil des français* en 1804– del rumbo que adoptaba Europa, la Escuela Histórica hizo esfuerzos sobrehumanos por sustraer al poder de facto la realidad del Derecho, por negarle la facultad de determinarlo; en una palabra, por salvarlo. La organización jurídica de las comunidades, producto de la espontaneidad popular a lo largo de la Historia, había de ser algo más que un conjunto de normas dadas por el soberano a su arbitrio. Así lo probaba el Derecho Romano. El ecosistema de instituciones que conocemos –y que los códigos tratan cual si obra suya fuera– “existía previamente en la conciencia de la comunidad”. El Derecho es atributo de la nación, “propio de cada

²⁷ Rivaya, B. *Op. cit.*, *passim*.

²⁸ Rivaya, B. *Op. cit.*, p. 89.

pueblo, como la lengua, las costumbres y la constitución”.²⁹ El Derecho podrá constituir una ciencia, siempre y cuando el jurista respete esta preexistencia al legislador, e inmunidad respecto de su acción, del objeto de su disciplina.

Todo lo cual provoca la hilaridad de von Kirchmann, y de otros muchos tras él. La naturaleza obedece a unas leyes, que regular e inmutablemente rigen a lo largo del tiempo. El Derecho, por el contrario, cambia de continuo; para cuando se formule la teoría pretendidamente definitiva de la propiedad, su mismo concepto puede haber sido reformado. “Bastan tres palabras del legislador para que todas las bibliotecas pandectistas pierdan su valor”. El programa de Savigny, derrumbado, es incompatible con el mismo principio legalista. Lo mismo sucede con la *Begriffjurisprudenz* y, en fin, con toda construcción fantasiosa insumisa a los hechos: el legislador todo lo puede, nada limita su discreción.³⁰

Resulta interesante que tan rígido entendimiento del Derecho se corresponda plenamente con una quimera tan ajena a la constatabilidad de lo dado –única fuente de conocimiento para el positivismo– como la rousseauiana. Pero así es: la circunscripción del Derecho a la ley es exponente y consecuencia de la doctrina de la infalibilidad popular. *Le peuple ne se trompe jamais*. Seguimos sin despertar de esta ilusión.

Por supuesto, para el profesorado es bastante más fácil operar así, instruir, “investigar” y elaborar enormes tratados de dogmática jurídica, en base a lo legislado como única materia prima, que vivir el Derecho críticamente. El éxito de su ciencia, no muy diferente ya de la física o la biológica (acaso fuera esto lo que siempre desearon), queda a la postre asegurado.

Tras el de Napoleón, proliferarán los códigos: el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austriaco de 1812, el de Italia de 1865, el portugués de 1867... Entre severas dificultades y tras no pocos fracasos, también España recibirá el suyo. Su art. 1.7 CC preceptuará: *Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido*, el cual preside, y prácticamente agota, la voluntad soberana del pueblo en forma de ley. Si alguna vez fue definido el Derecho por la justicia, o en relación con causas finales –y por lo mismo, no verificables– como el bien común, poco queda de ello hacia 1900. Renuncie el jurista al ensanchamiento axiológico de la significación del Derecho y límitese a interpretar el existente –ni más ni menos que la norma (de conducta) del Estado–. “Preceptos racionales, instituciones racionales, Códigos, son así

²⁹ Savigny, F.C. *Of the vocation of our age for legislation and jurisprudence*. Tr. by Hayward. A., Bodleian Library, Oxford, 1831, pp. 41 y 38.

³⁰ Villey, M. *Op. cit.*, p. 170.

expresión de una unidad de poder y razón. De la razón de Estado".³¹ No precisamente el tipo de razón por que los anarquistas se dejan conducir.

Afirma Rivaya por tanto que, más que contra el Derecho, "el anarquismo se sublevó contra el Derecho entendido al modo del positivismo legalista y estatista, es decir, que más que contra el Derecho, el anarquismo se sublevó contra la ley, pues si por principio el anarquista es enemigo del Estado se sigue que ha de detestar sus mandatos, es decir, sus leyes"³². Queda por ver si el contextual positivismo legalista-estatista a que se refiere Rivaya es el motivo de la sublevación –como postula–, o tan sólo la agudización de una incompatibilidad que lo trasciende.

2.2. La esencialidad del Derecho

Al tantearlo, a efectos de proyectar, ingeniar o sencillamente experimentar con un eventual consenso, los anarquismos tienen que ir a la esencia del Derecho. Digan lo que digan sus preceptos, y se diga lo que se diga de él, cual desde una suerte de principio de irrelevancia del *nomen iuris*, urge determinar su consistencia conceptual, su obcecación, y si es reconciliable o no con la del anarquismo. No se trata ya de la reacción frente a apariencias, a contingencias, como pudieran suponer las embestidas positivistas, sino de la penetración de la misma sustancialidad de las cosas por parte del anarquismo más hondo.

En este momento de la especulación social, ciertamente decisivo, los anarquistas se preguntan si su anhelo de libertad es necesariamente aberración del Derecho, si en su modelo mítico-racional de humanidad antiautoritaria cabe alguna forma de vida jurídica. Si ésta es deseable, si ésta es admisible, si ésta es indefectible. Si, en nombre de la emancipación de los pueblos, el Derecho por que se rigen merece el exterminio.

La respuesta es afirmativa –y tal es nuestra tesis, a la espera de una antitética tentativa de acercamiento– en la medida en que el Derecho es percibido como coacción. Lo cual es así en la mayoría de los casos. Para Proudhon, la ley no es jamás expresión de voluntad alguna: ni del monarca en la monarquía, ni del pueblo en la república. Lejos de ello, *elle doit être l'expression d'un fait*³³. Stirner repudió toda forma de Derecho, artificio extraño sin más fin que el de convertir a sus destinatarios en esclavos de la Sociedad:³⁴ "¿Legítimo

³¹ Gómez Arboleya, E. "El racionalismo jurídico y los códigos europeos. I", en *Estudios de teoría de la sociedad y del Estado*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1982, p. 450.

³² *Op. cit.*, p. 89.

³³ Proudhon, J.P. *Qu'est ce que la propriété? Livres & Ebooks*, p. 19. "La ley debe ser la expresión de un hecho".

³⁴ Rivaya, B. *Op. cit.* p. 84.

o ilegítimo, justo o injusto, qué me importa? Lo que me permite mi poder, nadie más tiene necesidad de permitírmelo; él me da la única autorización que me hace falta”³⁵. Puesto que el Derecho (más o menos justo, más o menos “legítimo”) es siempre límite, el Derecho es siempre enemigo de la libertad, acotación de la misma; tan pronto existe un orden externo, ajeno al que yo quiera darme, del que el Derecho sea expresión, éste sólo puede ser negado. El Estado es la prisión del pueblo; el Derecho, el reglamento penitenciario.³⁶

Que una norma reciba la cualidad de jurídica –sostiene la negación anarquista del Derecho–, que un precepto sea Derecho, implica que venga dotada de eficacia, que su transgresión acarree consecuencias efectivas y reales, esto es, que se yerga en auténtico instrumento de control social: primero como amenaza, y, ante su inobservancia, como sanción de facto. Si no fuera así, si nadie forzase la aplicación de las leyes, no merecerían éstas más atención que la de una prédica moralista. Seguramente el reproche anarquista no sería tan vehemente. Lo advertido, sin embargo, es que bajo la excusa del Derecho unos sujetos imponen su voluntad sobre la de otros; les gobiernan, deciden sobre sus vidas, reprimen su albedrío; los códigos civiles y penales disfrazan de justicia y legitimidad lo que es esclavitud, violencia, latrocinio. Esto, y no otra cosa es el Derecho.

Tal es la conciencia que late en la crítica anarquista del Derecho, cuando es concebido como coacción. Justo será apostillar que no es, en absoluto, la única actitud filosófica que entiende el Derecho así. Desde luego es raro que una teoría jurídica pase por alto esta proyección en los hechos que es, al fin y al cabo, el sentido de todo ordenamiento; Reale hace de ella una de las dimensiones definitorias del Derecho, junto a los valores y la validez normativa.³⁷ Pero no son pocos los que van más allá y reducen a la manifestación fáctica la realidad del Derecho. Austin lo intuye al explicar el Derecho por la soberanía: si el soberano es el habitualmente obedecido, a su vez libre de fiscalización, la ley serán sus mandatos respaldados por amenazas.³⁸ En su conocido *Law and the Modern Mind*, denuncia

³⁵ Stirner, Max. *El único...*, op. cit., p. 154.

³⁶ Bakunin, M. *Estatismo y anarquía*, en *Obras completas*, 5, trad. de Abad, D., y Schapiro, A., La Piqueta, Madrid, 1986, p. 190.

³⁷ Reale, M. *Teoria Tridimensional do Direito*. 5ª ed., Editora Saraiva, São Paulo, 2003. En *A teoria tridimensional do direito em Miguel Reale* (2005, disponibilidad en:

<http://www.advogado.adv.br/artigos/2005/franciscodacunhaesilvaneto/teoriatri-dimensional.htm> [consultada a 19 de febrero de 2014), Da Cunha e Silva Neto, F., señala: *Assim, a norma –conforme nos é indicado por Reale – contém a correlação fático-axiológica, o que poderá determinar uma futura conversão em fato.*

³⁸ *It appears, then, that the term superiority (like the terms duty and sanction) is implied by the term command. For superiority is the power of enforcing compliance with a wish: and the expression or intimation of a wish, with the power and the purpose of enforcing it, are the constituent elements of a command* (Austin, J. *The province of jurisprudence determined*. John Murray, Albemarle Street, London, 1832, p. 20). “Aparece entonces, así, que el término *superioridad* (al igual que los

Frank *the essence of the basic legal myth or illusion*: que el Derecho pueda ser plenamente previsto. Tras esta fábula se esconde la pretensión pueril de un universo minuciosamente controlado, libre del azar y el error inherentes al desenvolvimiento humano; cuando lo cierto es que los jueces, en cada caso, *do make and change law*.³⁹ El realismo jurídico escandinavo, por su parte, no vacilará en desmarcarse de lo extraempírico⁴⁰ para ceñir su investigación al *geltendes Recht*, el Derecho válido o vigente, que no es ni el positivo ni naturalmente el natural, sino "el Derecho que es aceptado para su aplicación tanto por los jueces como por los tribunales"⁴¹.

Profundamente revelador es el aserto del juez Holmes. *The profecies of what the courts will do in fact, and nothing more pretentious are what I mean by the law*.⁴²

No se engañe la ciencia jurídica. Nada evidencia que el Derecho venga informado por principios o preceptos inscritos en el corazón de los hombres, mucho menos que estos lo respalden; tampoco que se identifique con la redacción de las leyes. Lo que los burócratas, asalariados, matones y rentistas del Estado obran (en base a la literalidad de la ley y por razón de la misma, o no): no consta más Derecho que éste. Todo lo demás son engaños o declaraciones de intenciones. Consuelos estoicos y leyendas inverosímiles. (Cada vez que el anarquismo condena el Derecho, es contra esta fuerza opresora que desenfunda su rebeldía.)

Sería quizá reduccionista, ahora bien, justificar la fobia anarquista sólo por lo coercitivo. También el aura fantástica de que es rodeado el Derecho tiene su parte de culpa. La crítica lo es

términos *deber* y *sanción*) se encuentra implicado por el término mandato. Pues la superioridad es el poder de exigir (por fuerza) el sometimiento a un deseo, y la expresión de un deseo, conjuntamente con el poder y el propósito de ejecutarlo, son los elementos constitutivos del mandato" (trad. de Tamayo y Salmorán, R., en: "La teoría del derecho de John Austin", *Anuario Jurídico*, México UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, año XI, núm. 11, 1984, p. 570).

³⁹ Manéjese la edición: Frank, J. *Law and the Modern Mind*. Tudor Publishing Company, 1936. pp. 33 y 34.

⁴⁰ "La posibilidad del pensamiento mismo depende del mundo empírico dado en el tiempo y en el espacio, concebido como el contexto coherente al lado del cual ninguno otro es concebible", toman por punto de partida Strömholm, S., y Vogel, H.H., en: *Le realisme encandinave dans la philosophie du droit*, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1975, p. 27. Lundstedt, V., se pronuncia en el sentido de que "no existe la justicia. Tampoco existe ningún 'deber ser' objetivo" ("El Derecho y la justicia: una crítica al empleo de la valoración de la justicia", trad. de Vernengo, R., en: AAVV, *El hecho del Derecho*, Losada, Buenos Aires, 1956, p. 161).

⁴¹ Villoro Toranzo, M. "El realismo jurídico escandinavo". Instituto de Investigaciones Jurídicas, disponibilidad en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/19/pr/pr4.pdf> [consultada a 21 de febrero de 2014].

⁴² "La predicción de lo que los tribunales harán efectivamente, y nada más pretencioso, es lo que entiendo por Derecho". Holmes Jr, O.W. *The Path of the Law*. 10 Harvard Law Review, 457, 1897.

principalmente de su realidad, pero también en cierta medida de su irrealdad; ambas caras muestra aquella "combinación de ficciones metafísicas y coacción física, de superstición y violencia"⁴³. El Derecho legislado, además de autoritario, antiigualitario, insolidario, es metafísico y abstracto.⁴⁴ Por lo demás, resulta contradictorio y absurdo; ya Godwin se percataba de la insensatez que supone el "subsumir" los actos humanos, siempre únicos en el tiempo y en el espacio, en la inflexible y limitada rigidez de las categorías y enunciados legales preestablecidos.⁴⁵ El encadenamiento del futuro⁴⁶: ¡quién osaba! Todo ello, por no entrar en las clásicas quejas anarquistas y no anarquistas: la desigualdad en su sujeción, entre quienes mandan y quienes obedecen, el provecho embustero del Estado...⁴⁷

Es importante tener presente que el anarquismo nunca desarrolló una teoría general del Derecho, al menos no con la seriedad de sus grandes estudiosos. Se acometieron desarrollos científicos de notable seriedad sobre la propiedad, la dinámica explotadora o la realidad del Estado; pero en cuanto al Derecho, lo que queda es una marabunta de impresiones, consideraciones y tomas de posición breves y sistémicamente insuficientes, amén de poco rigurosas y –nada nuevo– radicalmente heterogéneas.⁴⁸ Para el anarquismo el Derecho es una impresión, una experiencia, algo vivido; lejana aún la exactitud conceptual. Lo que no empece para que la oposición de base y como punto de partida al Derecho tenga su trascendencia en el conjunto del pensamiento anarquista. Lo que se extrae de este primer momento reactivo es una crítica del Derecho muy ligada a la crítica del Estado, imposición agresiva que se sirve, bajo una apariencia de legitimidad, de aquél; de suerte que al

⁴³ D'Auria, A. *Rousseau: su crítica social y su propuesta política (una lectura actual y libertaria)*. Facultad de Derecho (UBA), La Ley, Buenos Aires, 2007. p. 16.

⁴⁴ Invoca Rivaya, B., *Op. cit.*, la censura de Ricardo Mella en: *Los anarquistas*, Júcar, Barcelona, 1977, p. 115.

⁴⁵ Godwin, W. *Enquiry Concerning Political Justice*. Oxford Clarendon Press, 1971, cfr. pp. 272-277. "Godwin –explica Bueno Ochoa– descalifica a la Ley, tildándola de absurda, por participar de la naturaleza de la profecía. Su misión consiste, según su parecer, en prever las acciones de los hombres y en dictar normas concordantes. Esta visión conduciría a ratificar el principio de inalterable permanencia en detrimento del principio de perfectibilidad humana que suscribe Godwin" (*La filosofía política de William Godwin*, Madrid, 2002, disponibilidad en: <http://biblioteca.ucm.es/tesis/der/ucm-t26073.pdf>, p. 142).

⁴⁶ Hace notar Kropotkin en: *La ciencia moderna y el anarquismo*, Universidad Autónoma de Sinaba, México, 1994, p. 73.

⁴⁷ Rivaya, B. *Op. cit.* pp. 90 y 91.

⁴⁸ Godwin desentraña la razón de ser de la ley sacando a relucir su irracionalidad y su fracaso, pero no elabora una teoría del Derecho propiamente dicha, lo que conllevaría el análisis minucioso de su estructuración. Otro tanto se puede decir de Proudhon o de Kropotkin: a la crítica de la ley no antecede una apertura intelectual profunda al fenómeno jurídico. Es claro que la aversión se presupone, de ella se parte, y no es tan prioritario el conocimiento escrupuloso de lo desaprobado cuanto su desaprobación.

rechazo del Estado se une, en palabras de D'Auria, el del Derecho que lo crea.⁴⁹ Cuando el Derecho es concebido así, como conjunto de normas impuestas y a imponer coactivamente –a lo que contribuye poderosamente, como hemos visto, el contexto legalista–, el anarquismo no puede sino señalarlo como enemigo. “Si el Derecho era la ley no tenía salvación porque, amén de otras razones, conforme al ideal anarquista las leyes eran condenables de por sí, por ser creación del Estado”⁵⁰. El Estado es pura autoridad conminatoria y el Derecho su norma, mediante la cual conmina.

Al amparo de la distinción de Bakunin entre las leyes naturales, económicas y sociales, no impuestas autoritariamente, sino inmanentes a las cosas, y las de índole política y social –despreciables sin reservas–, sugiere Garaventa que “no se niega todo el Derecho sino sólo aquél que es impuesto autoritariamente y sirve para producir y reproducir el sistema de gobierno del hombre por el hombre”⁵¹. Y no puede decirse que Garaventa desacierte. Sin embargo, ¿existe acaso otro Derecho? Porque de que así sea depende la resolución del problema que nuestro trabajo se plantea.

2.3. El monopolio de la violencia

El anarquismo no es ninguna broma. El anarquismo podrá ser tachado de ingenuo, de precario, de incongruente. Del anarquismo se dirá que fracasó. Pero lo que desde mi conocimiento del anarquismo creo que nadie puede argüir es que el anarquismo sea una broma, el pasatiempo banal de un puñado de marginados sociales descontentos con la vida, una comedia en fin. El proyecto existencial de vivir jugando.⁵²

Cuando los teóricos del anarquismo dicen no a la autoridad, a cualquier tipo de autoridad, no se contentan con la mera crítica; se afanan, antes bien, en reemplazar la institución suplantada por otra posibilidad relacional, por una forma nueva de hacer las cosas. Atacan implacablemente, sí, y en la misma base lo establecido; pero a la demolición del Estado, de la Religión, de la Economía y por supuesto del Derecho, secunda un esfuerzo reedificador. Tras posicionarse contra el Derecho y anunciar –verbigracia– que de la constitución y el código civil no quedará artículo sobre artículo⁵³, el anarquismo, idealista, pero bastante más consciente de lo que

⁴⁹ D'Auria, A. “Ciencia del Derecho y crítica del Estado: Kelsen y los anarquistas”, en: AAVV, *Academia. Revista sobre enseñanza del Derecho*. Año 6, núm. 12, Facultad de Derecho (UBA), Buenos Aires, 2009. pp. 16 y 17. Es interesante que lo plantee así, por la preexistencia del Derecho, y no a la inversa: oposición a lo jurídico por provenir del Estado.

⁵⁰ Rivaya, B. *Op cit.* p. 90.

⁵¹ Garaventa, C.A. “Anarquismo, ¿contra el Derecho?”. En *Diálogos de Derecho y Política*, núm. 3, año 1, enero-abril de 2010, p. 9.

⁵² Vid. Marina, J.A. *Elogio y refutación del ingenio*. Anagrama, 2004.

⁵³ Proudhon, P.J. *¿Qué es...*, *op. cit.*, p. 259.

comúnmente se piensa, tratará de proponer modelos de resolución de conflictos alternativos a la coacción. Procederes nuevos y no tan nuevos. Las aldeas europeas, asegura Kropotkin⁵⁴, practicaron esta suerte de convivencia pacífico-reglada hasta que, con el ascenso de los Estados modernos, "la ley mató a la costumbre: las aldeas perdieron poco a poco sus Derechos, Derechos que respondían a la mayor parte de las necesidades del ser social, a la vez que se imponía una ideología que predicaba el individualismo y la centralización estatal"⁵⁵.

Bien es sabido que todos los filósofos políticos de la época –y un porcentaje de los ulteriores sobrecogedoramente cercano al 100 por 100– justificaron servil y diligentemente el proceso descrito como una necesidad, en orden a la conquista de la que habría de erigirse en la finalidad del gobierno de los hombres desde entonces: el monopolio de la violencia. *Therefore the People are to be taught, to abstain from violence to one another's person, by private revenges*⁵⁶, nos instruye Hobbes en el correcto funcionamiento del *Covenant* que todos suscribimos en su día (*Leviathan, Part II, Chapter XXX*). Si la Antigüedad fue preferentemente la indagación del mundo, y la Edad Media la pasión por el conocimiento de Dios, lo que más inconfundiblemente define la modernidad es la preocupación por el propio yo y su libertad. "Se va a tratar de fundar en el hombre, mejor dicho, en el yo, toda metafísica; la historia de este intento es la historia de la filosofía moderna"⁵⁷. Subjetivismo gradualmente extendido desde la teoría del conocimiento a la ética y la política, y que desemboca lógicamente en el anarquismo: subjetivismo extremo al que Russell se refiere como *a form of madness*, una forma de locura.⁵⁸ Sin entrar en ello, lo relevante a nuestros efectos es ese rico intermedio entre el ocaso medieval y el delirio libertario, donde las voces del humanismo hacen lo posible por conciliar el impulso individualista y la conveniencia del orden político. El resultado es el Estado soberano, único detentador de la violencia, como mal menor. Admitida la imperiosidad del aplacamiento de la potencia –ante la incompatibilidad de las voluntades, evidente para todos que *homo homini lupus*–, que exclusivamente en una fuerza (la soberana) recaiga la potestad de aplacar constituye todo un logro para el género humano. Probablemente el prototipo de gesta digna de conmemoración en el culto comitano del *Grand Être*.

Para el anarquismo, no obstante, entre que los señores –y por tanto los detentadores del poder físico, esto es, de la violencia– sean

⁵⁴ Kropotkin, P. *Il mutuo appoggio fattore dell'evoluzione*. Liberliber, 20¿?, pp. 234 y ss.

⁵⁵ Rivaya, B. *Op. cit.* p. 92.

⁵⁶ "De este modo, se ha de enseñar al pueblo a abstenerse de la violencia hacia la persona ajena a modo de venganza privada".

⁵⁷ Marías, J. *Historia de la filosofía*. Biblioteca de la Revista de Occidente, Madrid, 1980, p. 208.

⁵⁸ Russell, B. *The History of Western Philosophy*. Simon & Schuster, Inc, p. 494.

varios, sea uno o lo seamos todos no existen grandes diferencias. El reparto de la coacción es siempre inaceptable porque es concebible un mundo sin violencia; la atribución del poder a una, a algunas o a las distintas partes vicia de nulidad el supuesto contrato social, porque la libertad es irrenunciable.⁵⁹ Cuando queden definidas las pautas convivenciales de las nuevas comunidades pacíficas, el Estado, al que ya sólo el argumento de la monopolización de la violencia excusaba (superadas las viejas supersticiones acerca de su connaturalidad al animal humano y su origen divino), pierde su sentido y su legitimidad.

Como se ha dicho, la literatura ácrata diseñadora de esta sociabilidad alternativa es relativamente abundante y acreedora de atención. Cabría decir que, entre las aportaciones de unos y las de otros, no queda rama del Derecho sin rebatir ni materia jurídica sin replantear. Desde la asociación de egoístas stirneriana⁶⁰ hasta las agrupaciones voluntarias de los anarcocomunistas⁶¹, pasando por la reducción de la contratación al trueque o la distribución según las necesidades reales⁶², sobradamente ha sido presentada la anarquía – diría Reclus – como la máxima expresión del orden. Inadmitida la exhaustividad, puesto que la objeción más vulgar al anarquismo tiende a recaer sobre la evitación del delito en su utopía, sumerjámonos únicamente en la contribución anarquista a este respecto.⁶³

Fiel a su estilo, distintivo del anarquismo es aquí el abordaje del problema en su misma raíz. Los reformadores de antaño se han preguntado por el fundamento de la pena, por su humanidad y por su alcance. Han presupuesto el fenómeno delictivo como realidad ante la que reaccionar y, en base a ello, han dado pasos más o menos importantes en pos de la reformulación de la teoría del castigo, ahora concebido en clave de prevención.⁶⁴ La perspectiva anarquista es

⁵⁹ Proudhon, P. J. *¿Qué es la propiedad?* Utopía Libertaria-Anrres, Buenos Aires, 2007, p. 84.

⁶⁰ Díaz, C. *Stirner (1806-1856)*. Ediciones del Orto, Madrid, 1998. p. 50.

⁶¹ Que Malatesta, verbigracia, caracteriza como *società di liberi ed uguali, fondata sull'armonia degli interessi e sul concorso volontario di tutti al compimento dei carichi sociali* (*L'anarchia. Il nostro programma*, Liberliber, 20¿?, pp. 8-9): "sociedad de libres e iguales, fundada en la armonía de los intereses y el concurso voluntario de todos al cumplimiento de las cargas sociales.

⁶² Vita, L. J. "Trabajo y salario". En: AAVV, *El anarquismo frente al Derecho. Lecturas sobre Propiedad, Familia, Estado y Justicia*. D'Auria, A., et.al. Libros de Anarres, Buenos Aires, 2007, p. 107.

⁶³ Para la seguida aproximación: Vita, L.J., "El delito y la pena: un acercamiento desde la teoría anarquista" y Balerdi, J.C., "La lucha contra el delito: lo que las normas dicen y lo que las normas silencian", en: *El anarquismo frente...*, op. cit., pp. 147-154 y 155-175.

⁶⁴ Infaustamente no es posible el detenimiento en la evolución de la teoría de la pena. Buenas referencias en la materia lo son dos italianas: Cattaneo, M., *Il problema filosofico della pena*, Editrice Universitaria, Ferrara, 1978, y Borghese, S., *La filosofia della pena*, Giuffrè Editore, Milano, 1952.

radicalmente opuesta: sin ser los primeros en hacerlo, los anarquistas se preguntarán, antes que por sus consecuencias, por las causas del delito. Desde la fe inquebrantable en la natural bondad humana, se estima neurálgicamente erróneo perseguir la eliminación del crimen sin antes “eliminar las condiciones que lo hacen posible”⁶⁵. Un poco como el padre que en vez de reprender al hijo balbucea disgustado: ¿por qué lo has hecho?

La pregunta por la motivación del delito es siempre insuficiente. El Derecho penal lo es primordialmente de resultado; lo subjetivo – aquel conjunto de circunstancias personales motivadoras del comportamiento antijurídico– tiene poco peso en comparación con su protagonismo. Es raro que justifique una acción o que exima de responsabilidad criminal, y a lo sumo encuentra algo de juego como circunstancia modificativa de la misma. La rigidez de un positivismo que ni abdica ni prescribe lo favorece. Frente a ello, Vita nos propone meditar “si la opulencia exuberante que convive con la pobreza de manera cotidiana en nuestras ciudades no es causa suficientemente generadora de la violencia y quebrantamiento social”⁶⁶. Wacquant, si no resultará “imposible combatir la inseguridad delictiva sin tener en cuenta su fuente, la inseguridad social, que indudablemente fomenta en aquellos grupos sociales excluidos apropiarse de los bienes de consumo por los medios que les sea posible”⁶⁷. Balerdi, si no será preferible asegurar la igualdad de condiciones materiales “antes que el cumplimiento en iguales condiciones de determinadas normas”⁶⁸. El inconformismo anarquista desde sus orígenes hasta hoy, si no será tan responsable del delito como el delincuente la sociedad que le empuja a delinquir. Prueba de ello es que “los criminales, que en otro tiempo se encontraban en todas las clases sociales, salen ahora casi todos de la última fila del orden social”⁶⁹.

La prisión, además, no es nunca solución sino agravamiento de la inadaptación del reo. “El hombre que ha estado en la cárcel, volverá a ella”.⁷⁰

La mejor prevención de la criminalidad es la erradicación de sus causas: tal es la refutación básica del Estado sancionador y su *ius puniendi*. Con todo, los anarquistas más cautelosos alertan: “No debemos engañarnos, la anarquía no es sinónimo de desorden, pero tampoco de utopía. Nada garantiza que en un mundo libertario no existan los conflictos, la diferencia radica en la forma de resolverlos: si por medios contraprestatarios o coactivos como lo hace el Derecho

⁶⁵ D’Auria, A. “Anarquismo y Derecho: una aproximación a Bakunin”, en *El anarquismo frente...*, op. cit., p. 55.

⁶⁶ Op. cit., p. 149.

⁶⁷ Bermejo, M. y Belski, M., “La tolerancia cero, una intolerancia selectiva”, entrevista al sociólogo Loic Wacquant en Foro N° 2, Buenos Aires, agosto de 2000, p. 46.

⁶⁸ Op. cit., p. 166.

⁶⁹ Foucault, M. *Vigilar y castigar*. Siglo XXI, Buenos Aires, 2004, pp. 280-81.

⁷⁰ Kropotkin, P. *Las prisiones...*, op. cit., pp. 17 y ss.

positivo y su Estado, o por métodos argumentativos y conciliatorios”⁷¹. El problema es, pues, si “es posible entonces un sistema penal basado en la libertad”, si “es concebible la eliminación del sistema punitivo y su reemplazo por principios solidarios que busquen la convivencia sin coerción”; habida cuenta de que “si aún quedara un remanente de delitos, propios de inclinaciones o pasiones personales, el mandato de la sociedad anarquista será el de contenerlos desde una lógica diferente a la represiva”.⁷² Tan indeseables supuestos –verdaderos quebraderos de cabeza para el anarquismo con los pies en la tierra– habrán de ser afrontados constructiva, dialéctica y empáticamente, y en ningún caso desde la reprochabilidad; al fin y al cabo, no son más que los rescoldos de la antigua cultura autoritaria. Frente a la privación de libertad que conocemos, los anarquistas apuestan por la compensación, la puesta de manifiesto de la lesividad del propio delito o la reeducación; todo ello, previa certidumbre de que *every case is a rule to itself*⁷³. Si por un lado “deber nuestro será impedir que se desarrollen sus malos instintos”, por otro “correctivo honrado y práctico será siempre el trato fraternal, el sostén moral que encontrarán de parte de todos, la libertad”. “Y tales medios serán más poderosos que todos los códigos, que todo el actual sistema de castigos, esa fuente siempre fecunda en nuevos actos antisociales, en nuevos crímenes”.⁷⁴

3.- DERECHO COMO ORDENACIÓN: EL CONSENSO COMO ATISBO

Sin embargo, ¿es el Derecho sustancialmente coacción?

Página tras página, no escatiman los grandes escritos anarquistas en críticas, acusaciones y amenazas, en llamamientos a la rebeldía contra el ordenamiento impuesto. La negación es demoledora. No obstante, y como se ha visto, precipítase esta hostilidad fundamentalmente sobre la imagen coercitiva que los anarquistas se hacen del Derecho. ¿Qué es éste sino la implantación del hecho por la fuerza?⁷⁵ Son, sí, también refutados su carácter metafísico, su rigidez –a contrastar con la inabarcable amplitud de la conducta humana y su potencialidad–, su artificiosidad, su procedencia del poder político. Pero la crítica de la coactividad del Derecho se nos muestra preeminente hasta el punto de reducir las

⁷¹ Garaventa, C.A. “Anarquismo...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷² Vita, L.J. *Op. cit.*, pp. 153, 152.

⁷³ Godwin, W. *Enquiry concerning Political Justice and its influence on modern morals and happiness*. Introd. de Kramnick, I., Penguin, Londres, 1985, pp. 685-686. Cit. por Bueno Ochoa, L., en *La filosofía...*, *op. cit.*, p. 277.

⁷⁴ Kropotkin, P. *Las prisiones...*, *op. cit.*, p. 52.

⁷⁵ Bakunin, M. *Escritos de filosofía política*. Altaya, Barcelona, 1995, p. 304.

restantes líneas de enfrentamiento al rango de accesorias; si no hubiera violencia jurídica a combatir, estas últimas carecerían o de sentido o de relevancia. Lo que repugna al anarquismo es la relación de causalidad entre el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, heterónoma e ineludible para el hombre de a pie.

Sorprende empero, que no mucho menos presente se haga la reivindicación, en los mismos escritos, de valores tradicionalmente y hasta hoy asimilados al concepto de Derecho. Al ametrallarlo, los anarquistas se cuidan de alcanzar con él también ciertas ideas que muchos consideran inescindibles de su definición; ideas que no sólo dejan ilesas, sino que exaltan y asumen como base de sus propuestas. El respeto de toda persona, el compromiso con la palabra dada, no tomar más de cuanto a cada uno corresponde, son reglas de conducta comunes al Derecho –que las prescribe– y al anarquismo (que las enseña). La anarquía es la máxima expresión del orden, se dice que dijo Reclus; ¿no lo es también, para los juristas, el Derecho?

En la terminología de Bakunin, es más, ambos órdenes son Derecho: el uno, derecho positivo, autoritario y arbitrario, “depredador y abusivo”⁷⁶; el otro, derecho racional y humano. Pero siempre Derecho.⁷⁷ Un anarquista de tanta importancia como Proudhon acepta la sumisión al poder legislativo, y por tanto –se sigue lógicamente– a la legislación que de él provenga; y ello porque aquél “no pertenece más que a la razón, metódicamente reconocida y demostrada”⁷⁸. De la naturaleza animal, y en su seno de la humana, extrae Kropotkin una ley: la del apoyo mutuo, que es a su vez la del progreso.⁷⁹ Son sólo unos pocos ejemplos. En esta línea concibe la sociedad el anarquismo especulativo en su pureza. A veces parece que no sean tan antijurídicos. Que algo de lo que el Derecho es estimen digno de ser conservado.

Veamos, pues, con qué dimensiones o elementos del Derecho puede presentar el anarquismo mayor afinidad. Tal vez atisbemos el consenso.

3.1. Una fuente inagotable de rebeldía

Hablar del Derecho Natural es hacerlo de una historia de insubordinación, de una fuente inagotable de rebeldía. Pocos monstruos más contrahumanos que el positivismo han despedido las fauces del raciocinio; lo propio del hombre ha sido siempre la trascendencia de lo dado, también en lo jurídico. No todo mandato de la autoridad es válido. Condenados a la libertad, no podemos, no sabemos resignarnos al acatamiento mecánico, indistinto, de la

⁷⁶ Rivaya, B. *Op. cit.*, p. 104.

⁷⁷ Cfr. Bakunin, M: *Escritos...*, *op. cit.*, pp. 202, 303 y 304, y *Dios y el Estado*, trad. de Abad, E. (¿?), Júcar, Barcelona, 1992, pp. 83, 97 y 150-152.

⁷⁸ Proudhon, P.J. *¿Qué es...?*, *op. cit.*, p. 284.

⁷⁹ Kropotkin, P. *La moral...*, *op. cit.*, pp. 33 y 62.

norma con independencia de su contenido. Nos preguntamos por su necesidad, por su oportunidad, por su moralidad, por su legitimidad. Podemos ignorar nuestra conciencia, pero no podemos amputárnosla. Y a veces, si determinamos –cada uno de nosotros, y no otros en nuestro lugar– que *la ley es injusta*, esto es, que contraviene otra merecedora de mayor lealtad, nos armamos de valor y la transgredimos. Las consecuencias serán más o menos severas, desde la amonestación hasta la pena capital. Pero nuestro corazón descansará en el convencimiento de que *oboedire oportet Deo magis quam hominibus (Acts 5, 29)*⁸⁰. La inquina del Creonte que recrimina “¿Y aun así osaste transgredir estas leyes?” es la de los asalariados del legalismo de todas las naciones a lo largo de los tiempos; el imperturbable “Es que no fue Zeus, ni por asomo, quien dio esta orden, ni tampoco la Justicia” de Antígona, la réplica orgullosa y sempiterna de quienes optaron por vivir como hombres libres.⁸¹

El anarquismo no lo reconoce, pero es radicalmente iusnaturalista. Para contradecir el mito político, la imperatividad del Derecho, la sacralidad de los poderes convencionales, y para que esto no sea la rabieta infundada de un resentimiento tan levantisco como caprichoso, ha de apelar a un orden superior y auténtico que deniegue la legitimidad del impuesto. Dado que en ningún caso puede ser el hombre el que lo defina –pues que esto y no otra cosa es la autoridad–, semejante orden sólo puede ser natural o divino. Salvo para Tolstoi y otros pocos, preferiblemente natural. Lo que (también) en el pensamiento anarquista es sinónimo de racional. *La raison est la seule règle digne de l'homme.*⁸²

No basta, en efecto, con deplorar las maldades de un Derecho cuya observancia exige el Estado por los medios más brutales e inhumanos. Es inexcusable justificar la insumisión, y por lo mismo señalar qué principios, cuya fuerza moral el anarquismo reconoce, la justifican. Queda el anarquismo abocado al Derecho Natural. He aquí por qué no es beligerante, dice Bakunin, contra las leyes “naturales, económicas y sociales; no impuestas autoritariamente, sino inmanentes a las cosas, las relaciones y las situaciones cuyo desarrollo natural es expresado por esas leyes”, sino contra las “leyes políticas y jurídicas, impuestas por el hombre sobre el hombre”.⁸³ *La propriété, c'est le vol!* Pero, para que la propiedad sea un robo, ha de serlo a la luz de unas máximas que así lo establezcan. El mismo Proudhon indica cuáles: “las leyes de la razón y de la justicia”⁸⁴, decires, “el principio de la igualdad de derechos fundado en las

⁸⁰ “Hay que obedecer a Dios antes que a los hombres” (Hechos 5:29).

⁸¹ Sófocles. *Antígona*. Intr. de Lasso de la Vega, J.S.; trad. y notas de Alamillo, A. Biblioteca Clásica Gredos, Madrid, 1998, pp. 162 y 163.

⁸² Mounier, E. *Communisme, anarchie et personnalisme*. Éditions du Seuil, Paris, 1966, p. 124. “La razón es la única regla digna del hombre”.

⁸³ Bakunin, M. *Escritos de filosofía política*. Comp. de Maximoff, G.P, trad. de Escotado, A., Tomo II, Alianza, Madrid, 1978, p. 14.

⁸⁴ Proudhon. *¿Qué es...*, op. cit., pp. 191 y 192.

iguales necesidades de los hombres, [a tenor del cual] todo es de todos, con lo que quien se apropia de algo para sí está robando a todos los demás, que también tienen derecho a ello”⁸⁵. Y qué decir de Tolstoi. Su *Resurrección* es todo un canto a la Ley de Dios. Cuando Nejludov entendió por primera vez el Sermón de la Montaña, se dio cuenta: son “mandamientos simples, claros, prácticamente realizables, y que bastaría cumplir para establecer una organización social completamente nueva y no solamente hacer desaparecer, por la fuerza de las cosas, la violencia [...], sino realizar además la mayor felicidad que le sea dado alcanzar a la humanidad: el reino de Dios sobre la tierra”.⁸⁶

Pero, ¿no es éste un engaño como cualquier otro? ¿Puede el anarquista, desengañado de todas las fábulas en que se le educó y contra las que se alza, creer en una de tintes tan religiosos e idealistas como la ley natural? Desde luego se resiste a hacerlo. La postura de Godwin (por todos) ante la doctrina de los principios innatos es tajante: no evidentes por sí mismos –como los hechos o las verdades matemáticas–, desmentidos por la casuística, insatisfactorios en la descomposición elemental de sus predicados... no hay motivo para asumirlos.⁸⁷ Más bien parece que *the most preposterous propositions, incapable of any rational defence, have in different ages and countries appealed to this inexplicable authority, and passed for infallible and innate*.⁸⁸ Tales principios, probablemente inexistentes, difícilmente pueden informar la legislación o sustituirla. Ello no comporta, sin embargo, la ausencia del criterio valorativo de las conductas al que nos referimos como ley natural. Lo que ocurre es que *reason is a thousand times more explicit and intelligible than law*, y que *every case is a rule to itself*.⁸⁹ Cada relación puede ser únicamente regulada por los principios que rigen su propia naturaleza⁹⁰, luego no deja Godwin la sociedad en el vacío normativo, aunque esta normatividad no emane ya ni del gobierno político ni de unos *innate principles* esencialmente ilusorios, sino de la razón y el conocimiento.

Cada anarquista operará su propia suplantación de las clásicas formulaciones del Derecho Natural, precisamente para salvarlo. Lo que en Godwin y en Proudhon es el reinado de la razón, es la moralidad y la solidaridad en Kropotkin, o la ley del amor en Tolstoi.

⁸⁵ Rivaya, B. *Op. cit.* p. 97. Que cita a Proudhon, *¿Qué es...?*, *op. cit.*, pp. 112, 63 y 73.

⁸⁶ Tolstoi, L. *Resurrección*. Librodot, ed. de René Contreras, p. 282.

⁸⁷ Godwin, W. *An enquiry concerning political justice*. The University of Adelaide Library, 4^o edition, 1842, from p. 31.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 33. “Las más absurdas proposiciones, racionalmente indefendibles, han apelado en distintas edades y lugares a esta autoridad inexplicable, pasando por innatas e infalibles”.

⁸⁹ *Ibid.*, pp. 472 y 463. “La razón es mil veces más explícita e inteligible que la ley”; “cada caso es una norma para sí mismo”.

⁹⁰ *Vid.*, sobre este particular, la edición de Penguin de *Political Justice*, p. 691.

La particularidad del iusnaturalismo anarquista, nos dice D'Auria, es que la idea de justicia que lo preside "no se presenta como un orden de valores por encima del derecho positivo, sino opuesta a todo derecho positivo, cualquiera que sea el contenido normativo de éste"⁹¹. Sin embargo, no es menos ley natural que la que discrimina la que desacredita indiscriminadamente.

El Derecho Natural, indisoluble de la teoría anarquista, parece serlo también de la ciencia jurídica. Si las constituciones medievales invocan a Dios y sus mandatos como fuente del Derecho superior al rey, las modernas incluyen "principios bien directamente morales, bien de tipo económico-social, que pueden considerarse también dotados, aunque indirectamente, de carácter moral"⁹². Hasta hace poco, "Derecho Natural" era una de las asignaturas a cursar en las facultades de Derecho. Pudiera ser que la supremacía de la justicia, como fundamento y como finalidad, uniera en su espíritu a juristas y anarquistas, en puridad unos y otros servidores de la misma. Quedaría, empero, por dar respuesta a la cuestión de si verdaderamente el Derecho y lo que conocemos por Derecho Natural tienen necesariamente algo que ver, por mucho que así se nos haya repetido a lo largo de los siglos. Pero posterguemos, por motivos sistemáticos, la resolución de este problema ciertamente decisivo.

3.2. El Derecho y la Ley

A medida que –siempre, ya se previno desde un primer momento, bajo las limitaciones que el propio objeto de estudio impone– se progresa en el trazado de los contornos de la crítica anarquista del Derecho, se pone de manifiesto cómo se hace recaer ésta principalmente sobre la ley. Si, como vemos, no termina el anarquismo de pronunciarse con claridad respecto al Derecho (mucho menos con uniformidad), el rechazo de la ley es enérgico, feroz e indubitable. Común a todos los anarquistas. Y ello porque la ley no es ya, hacia el s. XIX, ordenación de la razón al bien común⁹³, sino voluntad discrecional del Estado respaldada por la fuerza.

Es en esta apreciación que funda Rivaya la tesis de que el auténtico blanco de la saña de los autores anarquistas no fue tanto el Derecho cuanto la ley.⁹⁴ Emplaza al efecto a Proudhon, Bakunin y Kropotkin. Para el francés, sería el Derecho más que un conjunto de leyes; el arremetimiento de Bakunin en "Dios y el Estado" se referiría sólo al legislado; para Kropotkin, también el consuetudinario sería Derecho: hasta el punto de bastar a las idílicas comunidades medievales, donde "la rebelión contra una justa decisión de la ley de

⁹¹ D'Auria, A. "Anarquismo y Derecho...", *op. cit.*, p. 18.

⁹² Almoguera, J. *Lecciones de Teoría del Derecho*. Reus, Madrid, 2009, p. 142.

⁹³ Como en Santo Tomás de Aquino (*Summa Theologiae* 1ª IIº, q. 90).

⁹⁴ Cfr. § 2.1. *in fine*.

la costumbre era simplemente *inconcebible*⁹⁵. Lo que condenaría al Derecho a la colisión anarquista, observa Rivaya certeramente, sería su identificación con la ley positiva –en boga desde la Revolución francesa y hasta hoy–, pues a lo que no renunciará el anarquismo es a aborrecer esta última.

Que lo jurídico escape a lo legal (como Derecho procedente del Estado) es, así, cuestión determinante con vistas al consenso a cuyo atisbo se abre nuestra profundización. Sólo esto posibilitaría el acercamiento conceptual entre las esferas que lo protagonizan. Sin embargo, es ésta una de esas disquisiciones tan poco susceptibles de solución (satisfactoria) como las mismas ideas de Derecho y ley. Si no se forjara cada jurista su propia visión de uno y otra, tal vez pudiérase concluir si se trata o no de la misma cosa. Pero la realidad es que, también aquí, la confusión terminológica empaña la reflexión jurídica.

Nada desdeñable es la insistencia teórica en la diferenciación. Aristóteles la acomete con gran seguridad y precisión. Por un lado, dice, se habla de la ley, que puede ser particular o común: “llamo particular a aquélla que, escrita, sirve de norma en cada ciudad; común, las que parecen, sin estar escritas, admitidas en todas partes” (Retórica, Libro I, 1368b). Por otro, de aquélla actividad referida al justo reparto de los bienes en la comunidad, el *dikaion*, propiamente el Derecho. Unas y otras leyes conforman éste, pero primordialmente las comunes o no escritas; la ley particular sólo es Derecho en la medida en que refleje la realidad económico-social de la polis, germen jurídico primero. El Derecho preexiste a la ley. Es por ello “propio de un hombre de más valía aplicar y observar las leyes no escritas, antes que las escritas” (Ret, I, 1375b). El planteamiento será heredado por los jurisconsultos romanos. *Scriptum ius est lex, plebi scita...* Luego ni las leyes (*quod populus iubet atque constituit*) ni los plebiscitos (*quod plebs iubet atque constituit*), derecho escrito, agotan la extensión del *ius*, que contempla también lo no declarado. En efecto, *constat autem ius nostrum aut ex scripto aut ex non scripto*.⁹⁶ En la *Summa Theologiae*, el tratamiento del derecho (2ª IIº, q. 57) es completamente autónomo del de la ley (1ª IIº, q. 90). Incluso en el sistema de fuentes proclamado en nuestro Código Civil parece sobrepasar el Derecho a la ley en sentido amplio: *Las fuentes del Derecho español son la ley, la costumbre y los principios generales del Derecho* (artículo 1.1). O la regulación, *ex idem*, de las obligaciones contractuales: éstas tienen, sin ser leyes, *fuerza de ley entre las partes contratantes* (art. 1091).

Pero la escisión grecorromana no casa con los postulados del Estado democrático de Derecho. Cimentado en la omnipotencia del

⁹⁵ Y cita a Henry Maine (*Village Communities*): “porque la ley, la moralidad y los hechos no se distinguían unos de otros en aquel tiempo”. Kropotkin, P. *Il mutuo appoggio...*, op. cit., p. 206.

⁹⁶ Gayo, *Instituta, Liber Primus*, II, 3.

legislador (voz infalible del pueblo), el *Rechtsstaat* significa tanto que el Estado se somete al Derecho (que él mismo crea) como que no hay Derecho sino por el Estado. Esto mismo reprocha Duguit a la contribución de Von Möhl: los límites de la actuación del Estado quedan al libre arbitrio del propio Estado, pues basta que éste, mediante el dictado de una norma jurídica de la jerarquía adecuada, remueva los límites que él mismo se había fijado con una norma jurídica anterior, para no violar la regla de la auto obligación o autolimitación.⁹⁷ Piénsese en la disposición que encabeza el Código Civil español: ¿no sería suficiente una ley de rango ordinario para suprimir la referencia a la costumbre y los principios generales del Derecho? Y esa misma ley, ¿no podría igualmente derogar la concesión a los contratos de la imperatividad que a día de hoy se les reconoce? La respuesta de Walline a Duguit es que, desde un punto de vista estrictamente jurídico, son las limitaciones que emanan del Derecho positivo las únicas que tienen verdadero carácter jurídico. O lo que es lo mismo, las únicas que los individuos tienen derecho a valer formalmente ante el Estado. “Por lo tanto, los valores ideales que pueden servir de pauta para enjuiciar la justicia del Derecho positivo que limita al Estado, si no están contenidos en normas jurídicas, son tema de estimativa o axiología, pero no forman parte del sistema objetivo de limitaciones propiamente jurídicas”⁹⁸.

Que el Derecho sea privativamente el del Estado, esto es, el creado o por lo menos avalado por el poder político, depende al final de la noción de Derecho de que se parta. Es por ello que la dialéctica queda, también en este aspecto, anclada en el limbo del alcance que cada anarquista predica de lo jurídico, problema éste al que tampoco puede esperarse que den respuesta clara. Sea como fuere, sí que parece que el anarquismo apele a una suerte de Derecho en las cosas, inherente a la espontaneidad de las sociedades, que nadie impone y que en libertad todos los hombres practican, ya que, verbigracia, “cuando el pueblo reprueba realmente una conducta y la juzga mala, procura impedir la siempre mejor que todos los legisladores, todos los jueces y todos los esbirros de profesión”⁹⁹. En breve veremos si esto es acercarse a lo jurídico.

3.3. Derecho consuetudinario y Derecho contractual

En el anarquismo, el odio del Derecho legal es directamente proporcional a la idealización del consuetudinario. Ya se ha visto cómo Kropotkin demuestra la viabilidad de la convivencia no reglada por el Estado en la descripción de formas históricas de apoyo mutuo:

⁹⁷ Fleitas de León, L. “A propósito del concepto de ‘Estado de Derecho’: un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética”. Revista La Ley, Uruguay, Año X (2011), nº 20, p. 28.

⁹⁸ Fleitas de León, L. *Op cit.*, p. cit.

⁹⁹ Malatesta, E. *Ideario*. Publicaciones Mundial, Barcelona, 19¿?, p. 151.

la tribu, la comunidad rural, las corporaciones, la ciudad del Medievo.¹⁰⁰ Aquí, el orden social es obra de la costumbre, a su vez expresión de la natural tendencia humana a cooperar; a los individuos, tan conscientes de los beneficios que la comunidad reporta como de las implicaciones de integrarla, genera el comportamiento injusto tal repugnancia que ni lo barajan como opción. Entre los buriatos o los uralo-altaicos todo es común¹⁰¹; los cabilios acogen y nutren a todo aquel que busca refugio¹⁰²; no hay Khivsuri que dé falso testimonio¹⁰³; y todo ello, no porque el gobierno ruso –cuya influencia sobre tales pueblos es por entonces mínima– lo decreta y garantice, sino por razón de unos usos inmemoriales.¹⁰⁴ Al loar Archinov, en su “Historia del Movimiento Makhnovista”, “el profundo sentido de libertad que caracterizó a los movimientos revolucionarios de las masas ucranianas”, lo pone en relación con “las tradiciones de la *Volnitza* [la costumbre que rigiera la llamada ‘vida libre’ de los exiliados y fugitivos de los países de Europa del Este], que se perpetuaban desde los tiempos más lejanos”. A un escenario no muy distinto aspira el jurista español Dorado Montero, próximo al anarquismo: “las leyes irán desapareciendo gradualmente a medida que el Estado actual, basado en la fuerza, vaya transformándose en un Estado cooperativo, basado en la libre racional voluntad de todos sus miembros”¹⁰⁵. La orientación de la conducta subjetiva a la luz de las pautas dadas, no de los antojos del soberano, sino por el moldeamiento infalible que el instinto humano opera sobre la cotidianidad prístina y libre de las perversiones de la civilización, es para el anarquismo la más perfecta contraposición a la norma escrita. No menos absurda que nefasta.

Cuando la ley de la costumbre, que no es sino la de la razón humana adaptada a las necesidades y particularidades de cada concreta asociación, haya desplazado íntegramente a la del Estado, armonizará naturalmente. Su eficacia no admitirá la coacción, pero tampoco requerirá de ella: su máxima será *FA QUEL CHE VUOI, ed in essa quasi riassumiamo il nostro programma, perché –ci vuol poco a capirlo– riteniamo che in una società armonica, in una società senza il*

¹⁰⁰ Kropotkin, P. *Il mutuo appoggio...*, op. cit., p. 32.

¹⁰¹ Kropotkin, P. *Op. cit.*, pp. 215 y ss.

¹⁰² Kropotkin, P. *Op. cit.*, pp. 220 y ss.

¹⁰³ Kropotkin, P. *Op. cit.*, p. 226.

¹⁰⁴ En el mismo sentido, por ejemplo, en *The State: Its Historic Role, The Anarchist Library*, 2009, p.12. De los cabilios, los mongoles y los malayos explica que, libres de todo gobierno, y siendo hombres de derecho consuetudinario e iniciativa individual, no han sido arrancados de la actuación autónoma por la fuerza corruptora del Estado y de la Iglesia. “Frente a la idea estatal del derecho que se deriva de la ley, Kropotkin opone la idea de un derecho libre, espontáneo, que surge naturalmente de la interacción humana (costumbres y usos)”, explica D’Auria en “Kropotkin: contra el Derecho y las prisiones” (*El anarquismo frente...*, op. cit., p. 140), y cita “Palabras de un rebelde” (Edhasa, Barcelona, 2001).

¹⁰⁵ Costa, J. Apéndice al volumen *El Problema de la ignorancia del Derecho*. Sucesores de Manuel Soler Editores, Barcelona - Buenos Aires, p. 42.

*governo e senza proprietà, ognuno VORRÀ QUEL CHE DOVRÀ*¹⁰⁶. Un Derecho nuevo, y esencialmente antagónico del que conocemos, para “un mundo nuevo, el de toda la humanidad solidarizada”¹⁰⁷.

Paragonable será la simpatía por lo que podríamos denominar Derecho contractual, fruto de los acuerdos voluntaria e incondicionadamente suscritos por hombres libres, que en el anarquismo vienen a sustituir tanto al Derecho imperativo como a las (igualmente abusivas) vinculaciones asimétricas determinadas por la situación de inferioridad de una de las partes. Ricardo Mella hace de esta modalidad de contratación libre la esencia del anarquismo.¹⁰⁸ Se trataría, como se adivinará, de una suerte de pactos y transacciones muy particular, cuya ejecución nada garantizaría, más allá de la honestidad de los sujetos movidos por el valor moral del compromiso con la palabra dada. Por otro lado, en el clima de libertad, igualdad y fraternidad de la sociedad anárquica, depurada de todos aquellos factores que en las nuestras motivan y explican los incumplimientos contractuales, no habría por qué temer que se produjesen. Sea como fuere, el Derecho contractual no supondría cercenamiento alguno de la libertad, pues cada contrato sería en todo caso promoción de la misma, declaración (reciprocidad promissoria) de un encauzamiento de las energías de varios a un mismo fin igualitario, solidario y siempre comunitario.

En nada se parece pues el contractualismo anarquista al hobbesiano. *La condition essentielle* del primero, disipa Proudhon cualquier duda al respecto, *est que les contractants se réservent toujours une part de souveraineté et d'action plus grande que celle qu'ils abandonnent*.¹⁰⁹ El contrato social por el que se instituye al monarca absoluto, aquellos por los que los trabajadores devienen esclavos de los patronos, o incluso cualesquiera otros, por insignificantes que parezcan, no conmutativos, pueden considerarse viciados de nulidad: la igualdad y la libertad son irrenunciables. D'Auria explica magistralmente el sentido de la figura del contrato en la propuesta anarquista y su mecánica.¹¹⁰ No consiste ya su alegación en la tergiversación de la libertad, en su vigilancia desde el Estado, o un mito para la legitimación del orden político. “Por el contrario, en la propuesta anarquista, los contratos libres serían la realidad”, es decir,

¹⁰⁶ Malatesta, E. *L'anarchia...*, op. cit., p. 49. “HAZ LO QUE QUIERAS, y en ella casi resumimos nuestro programa, porque -se entiende con facilidad- asumimos que en una sociedad armónica, en una sociedad sin gobierno y sin propiedad, cada uno QUERRÁ LO QUE DEBERÁ”.

¹⁰⁷ Bakunin, M. *Estatismo y anarquía...*, op. cit., p. 281.

¹⁰⁸ Mella, R., y Lombroso, C. *Los anar...*, op. cit., p. 117.

¹⁰⁹ P.-J. Proudhon. *Du principe fédératif*. Œuvres complètes, tome *Du principe fédératif*. France et Rhin, Paris, Marcel Rivière, 1959, p. 324. “La condición esencial es que los contratantes se reserven siempre una parte de soberanía y de acción mayor de la que ceden”.

¹¹⁰ D'Auria, A. “Introducción al ideario anarquista”, en: *El anarquismo frente...*, op. cit., pp. 43 y ss.

no causa, sino expresión del conjunto de relaciones naturalmente existentes, "por las cuales los hombres se asocian y cooperan motivados por sí mismos en múltiples pero pequeñas agrupaciones de primer y segundo grado". En el contexto ácrata, los contratos son objeto de una caracterización asombrosa: no sólo son recíprocos, sinalagmáticos, concretos y parciales o limitados (entre personas que se obligan a efectuar sacrificios equivalentes, y que conservan siempre más de lo que ceden al contratar), sino también rescindibles en cualquier momento por cualquiera de las partes. "No hay obligación permanente; los convenios son libres y duran mientras las partes lo consientan; por lo tanto no hay sanciones punitivas por incumplimiento". Si lo concebimos como socialismo antiautoritario, dice D'Auria, la asimilación de este ideal es la del mismo núcleo duro del anarquismo.

La costumbre y el contrato se perfilan, apreciamos, como auténticos muros de sujeción del edificio utópico libertario. Y al mismo tiempo, al igual que el recurso al Derecho Natural, lo asemejan al cuerpo dogmático de los juristas: ¿no son ambos conceptos jurídicos de primera importancia? ¿O por el contrario ha adoptado la ciencia jurídica, al servicio de su finalidad subyugadora, dos ideas que propia y primitivamente no pertenecen más que al desenvolvimiento espontáneo de los pueblos sin envilecer?

3.4. El derecho subjetivo

Arribamos a la cuarta gran proximidad. La última de las fronteras sin definir entre lo jurídico y lo anarquista.

La estructuración de la teoría jurídica desde el derecho subjetivo como materia prima, origen y fin del mismo Derecho desde la Modernidad es notoria, y en gran medida preponderante. En efecto, coincide su alternativa en la carrera del pensamiento con la de la *via moderna* que, desde Ockham, se asevera releva a la *antiqua* propia de la filosofía clásica. Del derecho subjetivo nos dice Villey que si bien el término "no data sino del siglo XIX, la noción de derecho concebido como el atributo de un sujeto (*subjectum res*) y que no existe más que en beneficio de dicho sujeto, se remonta, por lo menos, al siglo XIV". Desde entonces, prosigue el mismo Villey, contamina la Escolástica de la Baja Edad Media, el Renacimiento español y, finalmente, el sistema de Hobbes, el mismo en el que descansa la justificación de nuestros Estados policiales.¹¹¹ Sin el derecho subjetivo no se entiende tampoco a Locke: titularidad de cada individuo por Derecho Natural, pero incompatibles en un estado primario no reglado o de libertad, es misión del Estado tutelarlos mediante la más comedida limitación. Misión, por lo demás, constitutiva del mismo Estado y en cuya ausencia no se concibe:

¹¹¹ Villey, M. *Op. cit.*, p. 102.

*Where there is no longer the administration of justice, for the securing of men's rights, [...] there certainly is no government left.*¹¹²

El mismo espíritu informaría las revoluciones norteamericana y francesa, y con ellas la Historia política de los últimos siglos: *We hold these truths to be self-evident, that all men are created equal, that they are endowed by their Creator with certain unalienable Rights, that among these are Life, Liberty and the pursuit of Happiness*¹¹³, proclama la *Declaration of Independence* de 1776; *le but de toute association politique*, hace lo propio el art. 2 de la *Declaration des droits de l'homme et du citoyen* de 1789, *est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme*¹¹⁴.

No puédesse decir que nuestro tiempo no sea fiel a sus hitos. Subjetivos y sociales, los derechos proliferan. Son muchos los autores que alertan de los peligros de este abuso en su formulación y atribución. ¿Cómo conciliarlos todos, asumiendo por lo demás las obligaciones que necesariamente y por su propia definición conllevan¹¹⁵? Basta el análisis de cualquier campaña electoral, acto reivindicativo o discurso político, o el estudio de cualquier texto legal, para percatarse de su protagonismo.

Nos percatamos igualmente, ahora bien, de que si el derecho subjetivo es entendido cual potencia del sujeto, y su reivindicación y amparo como afirmación moral de la autonomía del individuo, también en el anarquismo es protagonista. Hasta identificarse con la misma significación de la acracia, que es, desnuda y esencialmente, compromiso con la libertad y su reinado. Stirner, el más consecuente de los anarquistas, es al fin y al cabo la exaltación del derecho subjetivo depurado de condicionamientos o reconducciones exógenas: "Tienes el derecho de ser lo que Tú tienes poder de ser. Sólo de Mí deriva todo derecho y toda justicia: tengo el derecho de hacerlo todo, en tanto que tengo el poder para ello".¹¹⁶ Evoca la

¹¹² Locke, J. *Second Treatise of Government*. Edited, with an Introduction, by McPherson, C.B., Hackett Publishing Company, Indianapolis and Cambridge, 1980. p. 102. "Donde no hay administración de justicia para la garantía de los derechos del hombre, [...] no hay ya gobierno".

¹¹³ "Sostenemos como evidentes estas verdades: que todos los hombres son creados iguales; que son dotados por su Creador de ciertos derechos inalienables, entre ellos la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad".

¹¹⁴ "La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre".

¹¹⁵ A fin de cuentas, *there can be occasion for talk of rights only in a universe wherein there is occasion for conflict between individuals* (Golding, M.P., *Legal Reasoning, Legal Theory and Rights, Collected Essays in Law*, Duke University, USA, 1968, p. 526): "sólo en un universo donde cabe el conflicto entre individuos, cabe hablar de derechos". *This is why, as Hart asserted, rights concern the proper distribution of freedom* (Wellman, C., *An Approach to Rights: Studies in the Philosophy of Law and Morals*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1997, p. 4): "es por ello que, cual afirmara Hart, los derechos se refieren a la adecuada distribución de la libertad".

¹¹⁶ Stirner, Max. *El único...*, op. cit., p. 145.

equiparación de derecho y potencia en Spinoza, resultado de la aleación panteísta-determinista en un sistema en el que *Deus jus ad omnia habet*, y este derecho *nihil aliud est quam ipsa Dei potentia* (*Tractatus Theologico-Politicus*, XVI)¹¹⁷; y no en vano comparte centuria el más consecuente de los anarquistas con el pandectismo alemán, el mayor productor de obras en torno a la misma noción de derecho subjetivo, poder de acción libre, fuerza de la voluntad del sujeto, más expresivamente, *Willensmacht*.

Pero no sólo el libertarismo individualista –contrarreplicando anticipadamente a los negadores de la *anarquismidad* de Stirner– se funda en ella. No en menor medida ocurre así en Kropotkin, en las mismas palabras que consideramos¹¹⁸ el sentido del anarquismo: la negación a la sociedad del derecho de castigar a quien sea y como sea, por cualquier acto antisocial. *A contrario*, la afirmación del derecho de quien sea de actuar como mejor le parezca, aun contra los valores de la sociedad, sin ser castigado por ella. Derecho subjetivo en su versión absoluta, y hasta sus últimas consecuencias.

En realidad y paradójicamente, el escenario anarquista es un maremagno de deberes, aunque no ya jurídicos sino morales. El precio del desencadenamiento de la potencialidad es, se sigue lógicamente, la vinculación a su albedrío de aquellos sobre quienes recaiga. “Eliminar cuanto en la sociedad actual impide el libre desenvolvimiento de estos sentimientos” es cargar sobre la comunidad, e individualmente sobre cada uno de sus miembros, el deber de respetarlos adopten la dirección que adopten. El deber de renunciar a controlar un universo naturalmente caótico y abandonarse a un devenir imprevisible e inviolable... Pero temer esto, objetará el anarquismo eternamente, carece de justificación. Es no haber entendido el significado de la anarquía. “La libertad del individuo es incrementada y no limitada por la libertad de todos. Sólo soy libre cuando todos los seres humanos que me rodean, hombres y mujeres, son igualmente libres. Lejos de limitar o negar mi libertad, la libertad de los demás es su condición necesaria y su confirmación”.¹¹⁹ No hay deberes allí donde no hay autoridad. El presupuesto de la incompatibilidad de las libertades de que su necesidad se deriva no tiene cabida entonces.

4. EL CAMINO, LA POSADA Y LA TRAGEDIA

Cuando se atisba ya el final del recorrido que acometimos, parece que éste no hubiera dado todos los frutos que cupiera esperar que diera, que más cabos sueltos de los deseables deslustrasen

¹¹⁷ En esta misma línea interpretativa: Bartuschat, W. *Potenza e Diritto nella teoria politica spinoziana*, en: AAVV, *Rivista Teoria*, febbraio 2012, pp. 153-166.

¹¹⁸ *Vid.* § 1.2.

¹¹⁹ Bakunin, M. *Escritos...*, *op. cit.*, Comp. de Maximoff, p. 14.

todavía la articulación de ideas esbozada pero no resuelta a lo largo de estas páginas. Ya desde un primer momento se anunció que la belleza de la profundización y su interés no habrían de residir tanto en una conclusión que al final no deja de ser recopilación de premisas ya entrevistas, cuanto en una continuidad que, aun llamada a no ser más que planteamiento y desarrollo de elementos problemáticos, no puede eludir el contenido valorativo. Con todo, impropio sería negar que las dificultades suscitadas del acercamiento del anarquismo al Derecho quedaron pendientes de liquidación en el capítulo anterior, con promesa de veredicto *peraltro*, y aunque no deba esperarse desde luego un fallo definitivo y firme en la materia que nos ocupa, el efecto de cosa juzgada sobre una dicotomía anarquismo-Derecho irresoluble, sí que se impone aportar, culminante y sintéticamente, la más digna respuesta posible al gigantesco interrogante que el conjunto de la obra ha terminado por representar.

Pensé, en efecto, que la estrecha relación de los puntos de convergencia entre el anarquismo y el Derecho y la conclusión que ya entonces intuía hacía conveniente la postergación, a esta última, de la resolución de aquellos. Recuérdese que en todos los casos se habló de una afinidad meramente aparente o aproximativa, estrictamente tética (casi estética), exenta de un asentamiento conceptual riguroso que hiciese posible la superación de este primer momento de cercanía superficial. En realidad –insisto: se ha ido deduciendo progresivamente–, lo determinante es aquí la idea del Derecho que se tenga; a medida que trasciende el mundo de la efectividad –de los efectos dados o *puestos*– para adentrarse en el de la idea, y acaso porque el anarquismo permanece recluido en este último, las posibilidades armonizatorias aumentan exponencialmente. La justicia natural, el orden jurídico en las cosas, la costumbre, la autonomía de la voluntad, el derecho subjetivo, son en igual proporción guiños al anarquismo y delirios del mismo Derecho. Para acercarlo al anarquismo, tenemos que poner a soñar al Derecho, pues aquel no parece dispuesto a dejar de hacerlo.

Llevar a término esta tentativa de conciliación, o lo que es lo mismo, responder a la pregunta por la incompatibilidad entre lo jurídico y lo anarquista, requiere en primer lugar esclarecer lo que sea el Derecho. A lo que a su vez no satisface la adhesión servil a cualquiera de las escuelas que, con mejor o peor fortuna, aventuraron su propia concepción al respecto. Aprender la auténtica entidad del Derecho es determinar si se trata verdaderamente de algo que acontece¹²⁰, deslizar todas las ficciones interpuestas entre la norma y los hechos, ir al porqué, y sobre todo al para qué, del deber ser que pregona, y observar cómo éste afecta a sus supuestos destinatarios. Tal vez nos encontremos con la necesidad de renunciar a examinar el Derecho como un todo

¹²⁰ Zubiri, X. "Prólogo a la primera edición" de: Marías, J. *Historia...*, *op. cit.*, p. xxv.

orgánico, armónico y casi personalizado, para afanarnos *invece* en localizar dónde entra en juego y cómo lo hace; sólo aquí radica su entraña. Sólo el Derecho en acción, funcionando efectiva y exitosamente, es Derecho.

Se descubre entonces –cuando no se indaga ya en los textos, a los que nadie atendería de no ser porque son aplicados día tras día de común acuerdo, sino en la realidad de las cosas– que el Derecho adopta forma de consecuencia ante la práctica de determinadas conductas. Más concretamente: de consecuencia social, obrada, verificada o hecha efectiva sobre mí por otro u otros, *i.e.*, por personas que no son yo. Se desmarca pues de las consecuencias naturales, ejecutadas del mundo por razón de las leyes naturales que lo rigen, y de las morales, en las que nada tienen que ver los hombres sino únicamente Dios a través de la conciencia. De ahí la fascinación de los estoicos: se puede ser virtuoso en cualquier situación. La única certeza que el héroe necesita. Pero, ya ceñidos al terreno de las consecuencias sociales de nuestros actos, no tarda en surgir la siguiente cuestión: ¿Agota lo jurídico dicho terreno? ¿Hay, por el contrario, consecuencias sociales distintas de aquellas que conforman el Derecho?

El primer impulso es sin duda la decantación por la respuesta negativa. Desde ser abandonado por la pareja hasta ser elogiado por un amigo, ante nosotros se abre rápidamente un amplio abanico de reacciones sociales donde no parece que el Derecho tenga nada que decir. Es el ámbito de lo privado, de lo espontáneo, de lo no reglado... No opera aquí la implacabilidad del Derecho, se nos dice. Pero si seguidamente analizamos la consecuencia jurídica (el embargo, la prisión) y la contrastamos con las integrantes de aquel ámbito supuestamente social pero no jurídico, nos encontramos con que las diferencias entre unas y otras no son tan grandes. O mejor, eufemismos aparte: que unas y otras consecuencias son idénticas.

¿Por qué las diferenciamos, pues? ¿Por qué no toda reacción procedente de otro es considerada sencillamente social, y es comúnmente catalogada, desde nuestra mentalidad, ora como jurídica, ora como social en sentido propio? Opino que los motivos son dos. Primero, para salvar el maravilloso mundo de lo no jurídico. Segundo, por el papel de las instituciones en nuestra representación del mundo. Un ciudadano de a pie al que se pida distinguir entre la imposición de una multa y el enfado de un amigo, instintivamente hará referencia a la procedencia estatal de la multa. Unas consecuencias provendrían del Estado, o se darían por la voluntad del mismo, y sólo éstas recibirían la condición de jurídica. Pero, ¿qué es el Estado? ¿Por qué el Estado lo es, o mejor, en base a qué un conjunto de señores actúan en su nombre, cual si fueran el Estado mismo? ¡Legitimidad!, se nos responde. Pero la legitimidad no es un hecho. Es la excusa a cuyo amparo el Estado (entiéndase, las personas que en cada caso operan en su nombre) despliega

consecuencias sobre los actos de sus súbditos. No se entiende por qué dicha justificación debiera discriminarlas de las que pueda desplegar un particular sobre mí sin respaldo legal alguno. Y, sin la noción de legitimidad, sus castigos y los tipificados en el Código Penal participan de una misma naturaleza: imposición eficaz del hombre sobre el hombre. Lo jurídico es, pues, lo social. O, si se prefiere, la etiqueta engrapada sin motivo a una serie de consecuencias sociales que en poco o nada se distinguen de las restantes.

Si las consecuencias sociales pueden ser positivas o negativas (puedese percibir una subvención o ser compelido al pago del impuesto), a lo que aspira el anarquismo es a la erradicación de las segundas. "Dejando a cada uno actuar como mejor le parezca, negando a la sociedad el derecho de castigar a quien sea y como sea, por cualquier acto antisocial"... Es lo que late en la propuesta de Kropotkin. Tampoco los anarquistas reconocen subgrupos en el océano de las consecuencias sociales de nuestros actos: directamente embisten contra todas las que supongan un atentado contra el hombre. Contra todas las sanciones de cualquier índole. El orden social anarquista (el más perfecto, aseguran) queda simplificado a lo natural y lo moral.

A la luz de esta reformulación de la realidad del Derecho se está en grado de disipar la nebulosa que envuelve las eventuales afinidades enunciadas al abordar un consenso que, ahora sí, podemos proclamar inviable. Así concebidos el Derecho y el anarquismo, no sólo no cabe su avenencia, sino que describen una contraposición visceral en cuanto al deber ser de las relaciones humanas. Si el Derecho Natural cimienta y da sentido a la teorización libertaria, queda por solucionar, se dijo en el epígrafe 3.1 *in fine*, si es también inseparable del Derecho efectivo o vigente. ¡La respuesta es no! La ley ha de ser justa para ser Derecho, repite incansable el iusnaturalismo. Pero la ley injusta, ¿deja de aplicarse, empíricamente hablando, por no adecuarse a las exigencias éticas de la justicia natural? Y si no calificamos como Derecho lo que quienes ostentan el poder imponen sobre los que carecen del mismo, ¿cómo referirse a ello? La experiencia constata que las leyes más inmorales ostentan la misma imperatividad –la misma fuerza, la misma eficacia– que las conformes a las prescripciones del Derecho Natural (que no necesariamente es Derecho aunque así lo designemos). Que el Derecho *debería ser* justo, de ninguna manera quiere decir que lo sea.

Algo parecido puede decirse de la afirmación del contenido jurídico de las instituciones y relaciones sociales fraguadas históricamente y preexistentes a la legislación positiva, decires, del Derecho en las cosas. Por supuesto que tales instituciones y relaciones, desarrolladas naturalmente y en pos de una finalidad socialmente enriquecedora, deberán (*deberían*) informar el Derecho que el gobierno de la comunidad en cada caso imponga: el Derecho

de verdad. Pero, aunque sí moralmente, nada impide físicamente que el tirano, la oligarquía o el mismo pueblo escupan en su propia tradición jurídica, implantando, siempre que reúnan la capacidad coactiva bastante al efecto, un Derecho (que será plena y propiamente Derecho) repugnante a sus instituciones y relaciones naturales de antaño, rompiendo con ellas definitivamente. El Derecho más inadecuado y menos deseable es tan Derecho como cualquier otro.

La costumbre y el contrato tienen fuerza jurídica únicamente en la medida en que el Derecho así lo disponga, en tanto en cuanto que el Derecho los admita como formas de vinculación obligacional. En un Estado donde el sistema de consecuencias sociales imperante no tutele la imperatividad de los contratos y de la costumbre, erigiéndolos así verdaderamente en Derecho consuetudinario y Derecho contractual, no podrán aspirar estos a gozar de más autoridad que la moral. ¿Qué relevancia jurídica tendría un contrato que un juez no hiciera efectivo en caso de incumplimiento? ¿Y una costumbre proscrita?

¿Y qué diremos del derecho subjetivo? ¿Hay concordancia entre su protagonismo en lo jurídico y su afirmación ácrata? No, desde que sabemos que las consecuencias sociales negativas del comportamiento humano, que constituyen el grueso de los ordenamientos jurídicos (instrumento indeclinable y predilecto del Derecho), son intromisión en la libertad, contaminación y limitación de ésta, que para el anarquismo ha de ser absoluta; y no se conformará con menos. El anarquismo es la depuración del derecho subjetivo, que el Derecho *per se* malogra.

“¡No hay pacto posible con la injusticia!”.¹²¹ Y el Derecho, conjunto de consecuencias sociales revestidas de una legitimidad ilusoria e insostenible –obediente a una antropología pesimista hobbesiana que el anarquismo rechaza por principio–, es injusto por el mero hecho de serlo, porque que el Derecho sea significa que se imponga en cada caso efectivamente. Por eso el anarquismo y el Derecho están irremediabilmente condenados a no entenderse nunca y de ningún modo. A la enemistad perpetua, y no sólo especulativa: a la lucha por una humanidad eternamente oscilante entre la realidad y el deseo, entre la comedia de la dominación y la tragedia de una acracia irrealizable. *Non più capaci dell'ubbidienza necessaria nei bruti, e non ancora degni de la libertà divina dei santi.*¹²²

El anarquismo es una entelequia, sí. Pero una entelequia tan humana, tan sensible a los más hondos y sinceros anhelos de nuestro

¹²¹ Proudhon, P.J. *Apuntes autobiográficos*. Ed. por Boyenne, B. Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 210.

¹²² Papini, G. *Storia di Cristo*. Vallecchi Editore, Firenze, 1923, p. 254. “Incapaces ya de la obediencia a los brutos, e indignos todavía de la libertad divina de los santos” (Papini, G. *Historia de Cristo*. Trad. a cargo de Editorial Porrúa. Ediciones Folio, S.A., 2004, p. 180).

corazón, que es inevitable plantearse si no valdrá la pena abandonarse a ella no obstante su irrealidad, derribar todas las barreras del raciocinio y ceder a la tentación de *ser anarquista aunque el anarquismo sea mentira y lo sepamos*, porque todos lo sabemos... ¿Hay cometido más fácil que refutar el anarquismo desde la lógica? ¿Desde la razón, por mucho que el anarquismo insista – equivocadamente, a mi juicio– en descansar en ella e invocarla? Todos los intentos de oponer al anarquismo certezas, evidencias, premisas y realidades resultan en banalidad y ridículo. Parecen incluso mezquinos, canallas, infelices obstáculos intelectuales a una pasión radical por la libertad.

¿Qué sobreponer, pues, a la fuerza desiderativa del anarquismo? ¿Cómo no sucumbir al encanto idílico de la utopía? Sólo otra pasión, otro convencimiento implacable y suprarracional, otra tragedia puede hacerlo. Pero, ¿cuál podrá equiparar, en atractivo, a la libertaria? ¡Qué aspiración colectiva, abstracción hecha de su viabilidad, podrá hacernos más felices que la anarquía! ¿La hay acaso? Seamos o no naturalmente políticos, ¿es la vinculación política definitivamente nuestro destino? No creo legítima la censura de quienes no se resignen a que así sea pues, lo reconozcamos o no: todos sentimos como ellos! Pero tanto como proclamo su derecho – siempre moral– a la fantasía y la insumisión, he de afirmar el del monarca, contraposición de la acracia, a combatirlo. *A no creerse el anarquismo* e imponer sobre la comunidad el orden jurídico, como misión. El Estado de Derecho, monopolio de la violencia y garantía incrédula, desengañada, de nuestra seguridad y en la medida de lo factible de nuestra libertad, es el derecho del rey realista pertrechado de la capacidad material de gobernar. No hay más alternativa al libertinaje, ninguna otra motivación puede justificar la autoridad.

Pero ya no quedan reyes como los de antes. “Los Reyes verdaderamente Reyes que, aun mediocres, están por encima de los indecisos caprichos de las multitudes ciegas y locas. Los Reyes que gobiernan con esa autoridad que ha de ser única para que sea eficaz y que responde de sus errores, siempre menos atroces que los de la plebe, únicamente ante Dios. Pero los hombres de hoy no quieren esos Reyes. No son capaces de amarlos, ni de soportarlos siquiera. Prefieren un enjambre de tiranuelos, inhábiles y viciosos, que los oprimen y ordeñan en nombre de la libertad”. Papini llevaba razón: hace siglos que los reyes dignos de tal nombre han desaparecido de la tierra.¹²³ Y cuanto más lejos queda la memoria de su real audacia, más insoportable y vesánica es la nostalgia de la libertad adánica que no recuperaremos hasta el último Advenimiento. Desconociendo que “el camino que conduce a la libertad perfecta no se llama destrucción, sino santidad, y no se encuentra en los sofismas de Godwin o de

¹²³ *Ibid.*, p. 180.

Stirner, de Proudhon o de Kropotkin, sino únicamente en el Evangelio de Jesucristo”.

RELACIÓN ENTRE LOS DERECHOS HUMANOS DEL MIGRANTE Y SU CONDICIÓN SOCIOJURÍDICA EN ESPAÑA

RELATIONSHIP BETWEEN MIGRANTS' HUMAN RIGHTS AND ITS SOCIOLEGAL CONDITION IN SPAIN

EDILENY TOMÉ DA MATA*

RESUMEN: Desde un punto de vista complementario y atrevido este manuscrito plantea la toma en consideración de la condición sociojurídica de los inmigrantes como uno de los factores en el acceso y disfrute de los derechos humanos por parte de los migrantes residentes en España. Para ello, primero realiza una aclaración en torno a tres conceptos clave en la materia tales como Derechos Humanos, migración y condición socio jurídica; segundo hace una somera reflexión sobre la ciudadanía migratoria y finaliza mostrando, a través de preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería, la prevalencia de la condición socio jurídica del migrante sobre las condiciones humana, sociopolítica y familiar de los migrantes.

ABSTRACT: *From a complementary and daring point of view, this text raises the consideration of migrants' social and legal condition as one of the factors in the access and enjoyment of rights on the part of migrants' residents in Spain. For that, first makes an explanation on three key concepts in the subject as Human Rights, migration and social and legal condition; second, makes a brief reflection about migratory citizenship and finish by showing, from the precepts of the Spanish Foreign Organic Law, the prevalence of migrant social and legal condition over human, social and political, and familiar migrants' conditions.*

PALABRAS CLAVE: derechos humanos, migrante, condición socio jurídica.

KEY WORDS: *human rights, migrant and socio legal condition.*

Fecha de recepción: 03/02/2015

Fecha de aceptación: 02/06/2015

1.- INTRODUCCIÓN

La cuestión sobre los sistemas de garantía de derecho ya ha sido disertada por varios autores e intelectuales en varias ocasiones apuntando temas a la vez divergentes y complementarios. Así, Peces Barba (1980) y Aguiar de Luque (1981) pusieron el acento en garantías constitucionales, Ferrajoli, uno de los juristas y filósofos del derecho más respetados y referente de nuestra época, ha desarrollado argumentos en torno a garantías normativas (2004 (4ª ed.)), garantías penales (1995) y democracia constitucional (2011). Por último y sin ánimo de agotar el elenco de juristas garantistas, Pisarello (2007) ha desarrollado su tesis sobre la garantía del derecho en torno a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC).

Nuestro interés en este manuscrito es seguir en la senda de los debates planteados en torno a los sistemas de garantía de derecho e introducir, desde un punto de vista complementario y modesto, la

* Investigador del GISAP (Grupo de Investigación Social y Acción Participativa - Universidad Pablo de Olavide). edtomata@gmail.com

condición sociojurídica de los inmigrantes residentes en España como uno de los factores clave en y para el ejercicio de sus derechos tanto fundamentales como básicos.

Pero antes de entrar en materia permitidnos realizar una aclaración sobre los conceptos que creemos relevantes en el presente texto: Derechos Humanos, migrante y condición sociojurídica.

En primer lugar, a diferencia de la concepción convencional o tradicional de los derechos humanos, como simples normas o cuestiones inherentes a la condición humana (Bobbio, 1991) y por ende metafísicas, entendemos los derechos humanos como productos culturales (Herrera Flores, 2005). Es decir, primero se contempla su contextualización, enmarcados en un ámbito socioeconómico, sociocultural y sociopolítico determinado, y segundo, se concibe a los derechos humanos como un proceso de lucha que conlleve al disfrute de condiciones materiales e inmateriales propios de la dignidad humana. Es decir, la necesaria existencia de condiciones que permitan una real actitud y aptitud de los individuos o grupos poblacionales en un ámbito social determinado (Herrera Flores, 2008).

En relación con el tema del manuscrito en cuestión es necesario, ante todo, contextualizar los ámbitos socioeconómico, sociocultural y sociopolítico tanto de los grupos poblacionales migrantes así como de los ámbitos territoriales donde residen. Ello es importante ya que creemos que sin la contextualización caeríamos en las falacias universalistas, metafísicas y vacías de contenidos y concreciones. En el presente artículo tratamos de exponer por un lado cuestiones relacionadas con los grupos poblacionales migrantes en general ya que creemos que a pesar de sus amplias diferencias, en lo referente a la condición jurídica son comunes, sobre todo en relación a aquellos portadores de una autorización de trabajo y residencia temporales. En cuanto al contexto, teniendo en cuenta que las competencias en materia de nacionalidad, inmigración, emigración, extranjería y derecho de asilo siguen siendo de ámbito nacional (arts. 149.1.2 y 13 de la Constitución Española (CE) salvo excepciones tras la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) del año 2009, hemos preferido contemplar el territorio nacional.

En segundo lugar, concibiendo a priori la idea de Estado moderno como algo *imaginadamente construido* (Anderson, 2000) y, por ende, igualmente *imaginados* sus fronteras e identidades apriorísticas, defendemos el desplazamiento de un individuo o grupo poblacional más bien de un lugar a otro (migración) que de un país a otro (inmigración). En este sentido, compartimos a medias los argumentos de las instituciones gubernamentales españolas competentes que razonan y legitiman sus políticas migratorias, entre otros, en base a su legitimidad territorial como Estado, por un lado y, por otro, colaboramos en el fomento del uso de la expresión migración que a su vez sirva de catalizador en la defensa de libertad

de movimiento de personas. En esta línea consideramos migrantes a las personas extranjeras residentes y no inmigrantes.

En tercer y último lugar, en el lenguaje académico contemporáneo ya se ha disertado sobre la condición humana (Arendt, 2003), la condición postcolonial (Mezzadra, 2008), la condición social, entre otras. Pretendiendo ser defensores del concepto del derecho como *experiencia jurídica* (Treves, 1947) y no simplemente desde el matiz positivista, creemos igualmente en la condición sociojurídica. Esta última trataría de visibilizar la influencia de lo jurídico en la condición social, económica, cultural... de un individuo o grupo poblacional determinado. En este manuscrito intentamos, pues, hacer evidente las influencias de la condición jurídica de los grupos poblacionales migrantes en sus respectivas condiciones humana, económica, familiar, entre otras. Es decir, creemos que es tal la prevalencia del ser jurídico del migrante en la sociedad española que invisibiliza otras cuestiones como que es un Ser Humano que necesita medios económicos para sobrevivir, cuenta con una familia, es un ser cultural y con una o varias identidades, cuestiones todas ellas que creemos importantes a fin de complejizar la condición de los grupos poblacionales migrantes y evitar así el simplismo. Este trabajo es el inicio de la investigación en la materia, pues en esta fase resaltaremos los aspectos normativos en materia de extranjería en España que hacen que prevalezca la condición sociojurídica sobre otras antes mencionadas.

Nuestro método de análisis basado en la recopilación bibliográfica sobre inmigración, ciudadanía y derechos humanos tiene como guía por un lado, una realidad compleja en la juegan un papel importante las relaciones de poder y los sistemas de valores que se desarrollan en los ámbitos socioeconómicos, sociopolíticos, socioculturales... (Herrera Flore, 2008: 80) y, por otro, el que migración es concebida como un proceso desestabilizador de bases conceptuales tradicionales de la sociedad occidental (Mezzadra, 2011).

En este sentido, hemos dividido el texto en dos partes: primero realizamos una contextualización de la inmigración en España resaltando así las características de los extranjeros residentes, sus ámbitos continentales de procedencia, las principales nacionalidades y, las Comunidades Autónomas (CC.AA.) con mayor porcentaje de la población migrante. Siempre en esta línea de contextualización de la inmigración realizamos algunas reflexiones sobre la ciudadanía migratoria.

En segundo lugar, analizamos, a través de preceptos de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) la primacía de la condición sociojurídica del migrante ante las condiciones humana, sociopolítica y familiar.

2.- CONTEXTUALIZACIÓN DE LA INMIGRACIÓN EN ESPAÑA: EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS Y LA CIUDADANÍA.

2.1 Datos generales, demográficos y poblacionales.

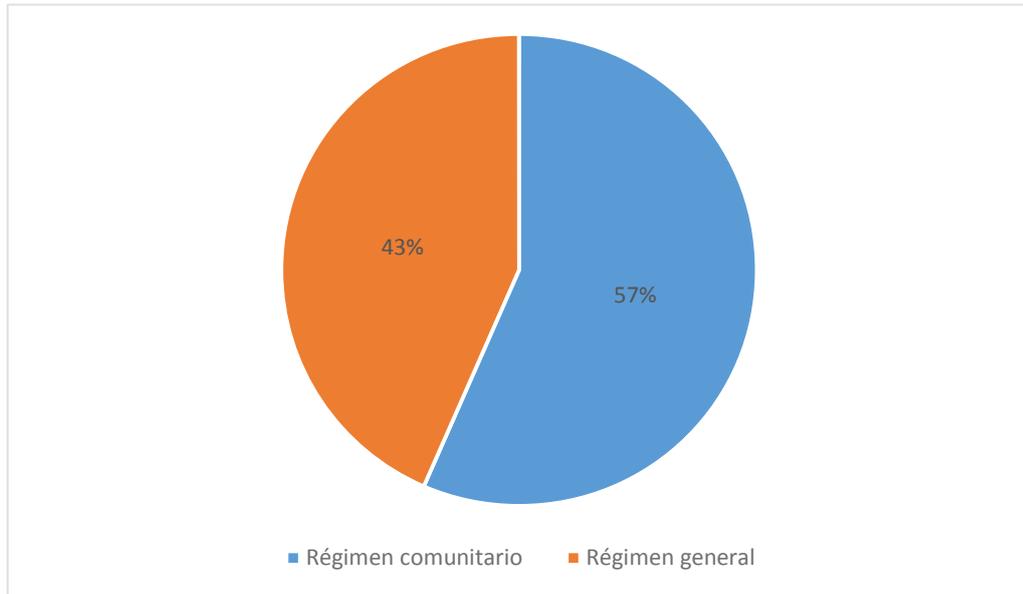
Es muy común iniciar la lectura de un trabajo científico sobre inmigración y mencionar que España era país de emigración y a partir de los años noventa se convirtió en país de inmigración. Creemos por un lado que es importante percibir la finalización de un proceso migratorio no solamente con la salida de los emigrantes sino igualmente con su vuelta (Martín, 1991). En este sentido, creemos que en España este hecho no se ha cumplido, es decir, no todos aquellos que emigraron en los años 50-60 retornaron. Además, dada la crisis económica y financiera, en los últimos años existe un mayor número de emigrantes españoles que de migrantes extranjeros (Alba Monteserin; Fernández Asperilla y Martínez Vega, 2013). Por otro lado, en la frase mencionada al inicio del párrafo se denota una cierta falta de sensibilidad en la multiculturalidad de la sociedad española. Es decir, se da por hecho que el crisol de culturas (multiculturalidad) en España inició con la llegada de los inmigrantes, algo que resulta irrisorio dado los procesos históricos de este país.

En la línea de antes expuesto, la migración a España se dará a mediados de los años ochenta debido a determinadas demandas de manos de obra en España y diversos factores que impulsaban la salida de individuos y familias de sus respectivos países de origen (push and pull). Chacón (2006) habla de una "nueva inmigración" por la procedencia y zonas de origen, el nivel de desarrollo de las zonas, por las culturas y religiones, por los rasgos, entre otras.

A fecha de 31 de diciembre de 2014 había en España un total de 4.925.089 de extranjeros con autorización de residencia (extracomunitarios) o certificado de registro de ciudadano de la Unión (comunitarios).

Como podemos ver en el siguiente gráfico (Gráfico 1), el 56% de los extranjeros son del régimen comunitario y el 43% pertenecen al régimen general.

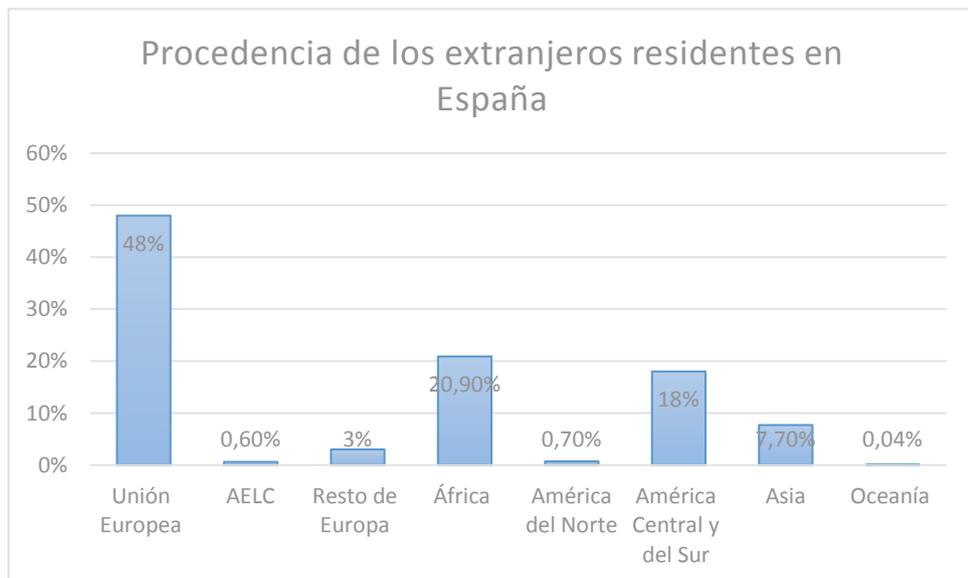
Gráfico 1: Régimen de extranjería



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

En cuanto a la procedencia continental de los extranjeros residentes en España, predominan los de la Unión Europea con un 48%, seguido de africanos con un 20,9% y en tercer lugar los procedentes del Centro y Sur de América con un 18%.

Tabla 1: Procedencia de los extranjeros residentes en España



Fuente: Elaboración propia en base a datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social

El amplio porcentaje de los extranjeros de la Unión Europea se debe en parte a la migración de la UE-15 mayoritariamente de

“turismo residencial” y a la migración de extranjeros procedentes de Rumanía (Viruela, 2002, 2010). Una de las principales razones del bajo porcentaje de los extranjeros de América Central y del Sur, que ya fue uno de los principales grupos poblacionales migrantes en España, se debe a la situación económico y financiera actual en España y en Europa lo que provocó su retorno voluntario (o forzado) (OPAM, 2013).

Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, las principales nacionalidades extranjeras residentes actualmente en España son: Rumania (953.183), Marruecos (770.735), Reino Unido (275.817), Italia (217.524) y Ecuador (192.404). Esos datos nos muestran que la mayoría de los extranjeros residentes en España ni llegan en pateras, ni tampoco son extranjeros extracomunitarios. Existe una diversidad más amplia de datos que se ocultan tras los discursos de las medias y político-partidarios.

Las Comunidades Autónomas (CC.AA.) con mayor porcentaje de extranjeros en España son: Cataluña (1.085.523), Madrid (798.187), Andalucía (676.613), Comunidad Valenciana (660.194) y Canarias (258.184). Los datos aquí expuestos son muestra del aspecto instrumental (De Lucas, 2001, 2012) de las políticas migratorias europeas y españolas. Es decir, las tres principales Comunidades Autónomas de acogida de extranjeros en España son por un lado metrópolis industriales necesitadas de mano de obra (Cataluña y Madrid) y, por otro, un ámbito autonómico necesitado de mano de obra en la agricultura intensiva (Andalucía).

Una vez realizada una somera contextualización de la inmigración en España, a continuación trataremos de reflexionar sobre el concepto de ciudadanía migratoria. No se puede hablar de la relación entre los derechos humanos y la condición sociojurídica del migrante sin mencionar a la ciudadanía. El reconocimiento formal y efectivo de ésta última es el punto de partida para el acceso y disfrute de condiciones materiales e inmateriales que haga que la vida sea digna de ser vivida.

2.2 Debate en torno a la ciudadanía migratoria

El concepto de ciudadanía que utilizamos hoy día es fruto de un proceso de construcción que en Europa inició en la Grecia Antigua. Como señala De Lucas y otros autores (2008), desde los inicios ya tenía aspectos excluyentes. Es evidente que desde aquellas épocas no solamente ha cambiado las estructuras políticas, económicas, demográficas, entre otras de la sociedad europea, sino igualmente los marcos de referencia de quién es ciudadano y quién no (Mezzadra, 2008). Sin embargo un aspecto de gran relevancia que pervive desde la época decimonónica hasta nuestros días relacionado con la ciudadanía, es su vínculo con la nacionalidad, es decir, la relación entre ciudadanía y Estado-nación (Arango, 2006; De Lucas, 2006,

2014). En este sentido, la ciudadanía opera en un mundo moderno como una suerte de estatus medieval [...], ligado al nacimiento y protegido por las prerrogativas del Estado, que decide quién será admitido como inmigrante y que impone la naturalización como prerequisite de adquisición de membresía, excluyendo de la ciudadanía plena a una serie de estatus intermedios ligados a la condición de migrante (VV.AA, 2008).

Esta concepción del vínculo entre ciudadanía y Estado-nación no es una casualidad, sino que se debe especialmente a la fabricación de una identidad nacional homogénea e imaginada (Anderson, 2000) a través de creación de narrativas político-fundacionales, la promoción (o imposición) de un idioma común y el fomento del sentimiento de pertenencia y de lealtad junto a determinadas instituciones, tradiciones y prácticas (VV.AA., 2008). Es lo que Bhabba (1994) denominó la conformación de narrativas donde los jirones, remiendos y harapos de la vida cotidiana [...] deben ser repetidamente convertidos en signos de una cultura nacional coherente, en tanto el propio acto de performance narrativa interpola un creciente círculo de sujetos nacionales. El resultado de todo es, entre otros, la desconsideración de la heterogeneidad existente (VV.AA., año), así como la creación y el fomento de extraños y ajenos a esa cultura homogénea.

A ello se añade que dada las características de las políticas migratorias europeas y españolas (utilitarista, instrumental, funcional) los inmigrantes no forman parte del escenario político ciudadano. Es decir, se requieren mano de obra temporal a los que se les conceden derechos restringidos vinculados a su condición laboral y, en este sentido, se plantea la presencia migrante como algo provisional, parcial y superficial (De Lucas, 2001, 2012).

En la línea de lo antes mencionado se dará pues en la sociedad una especie de estratificación cívica (Morris, 2002), que reconocerá derechos formales a los inmigrantes teniendo en cuenta su tipo de autorización de residencia (Arango, 2006). Así, a los naturalizados (citizens) se les reconocerá plenos derechos en igualdad de condiciones que los españoles; a los llamados *denizens* se les reconocerán formalmente casi todos los derechos excepto los políticos; a los migrantes con permisos temporales se les reconocerán los derechos limitados y vinculados a su condición de trabajador o trabajadora, aunque dependiendo del país de origen y, por último, a los inmigrantes irregulares se les privará de todo derecho excepto en circunstancias excepcionales y de urgente necesidad.

Si a ello añadimos cambios en los modos complejos y articulados en la determinación del ciudadano o no ciudadano (Mezzadra, 2008) y, por consiguiente que las claves de delimitación de ciudadanía son otras, el debate se complejiza más. Es decir, mientras que en otros tiempos se definía la figura del ciudadano/a en base a la *propiedad* u otras cuestiones, hoy en día parece que son

ciudadanos/as aquellos/as que dispongan de un trabajo formalmente reconocido y, en base a ello, coticen a la seguridad social, permitiéndoles tener acceso a los derechos, los sociales en particular. La *centralidad del trabajo* en su vínculo con la ciudadanía será, además, el factor que determinará la satisfacción e integración de un individuo o grupo poblacional en un ámbito social determinado. Ello hará que el individuo o el grupo poblacional se encuentren en una continua inclusión y exclusión, mejor dicho, *inclusión diferenciada*, debido especialmente, a los desajustes económicos y financieros. En otras palabras, estar o no (o sentirse o no) integrado en la sociedad dependiendo de que las circunstancias económicas y financieras se lo permitan o no.

En definitiva que junto al reconocimiento formal y el ejercicio efectivo del estatus de ciudadano hay un amplio trecho de diferencia. El *citizens, denizens* o inmigrantes con autorización de residencia temporal pueden tener reconocidos formalmente ciertos derechos en tanto ciudadanos, pero si no logran cumplir o mantener con las claves preestablecidas por la centralidad del trabajo, pueden pasar de un día al otro al lado de los incluidos de forma diferencial, que sería lo mismo que excluidos.

En base a lo antes expuesto, en relación a la concreción de la ciudadanía migratoria creemos que no solamente resulta inviable debido a la inestabilidad y precariedad laboral de los y las migrantes, sino debido igualmente al concepto moderno de ciudadanía y a la condición de *straniero* de los migrantes (Tomé da Mata, 2011: 185-190). Es decir, la determinación histórica y social apriorística de quién es ciudadano y quién no en España y, la construcción apriorística desde los puntos de vista histórico y social de un individuo o grupo poblacional como extraños y ajenos a los aspectos considerados propios de la sociedad española, son cuestiones clave a la hora de plantear el tema de ciudadanía migratoria. En este sentido, los migrantes comunes en España no solamente quedarán exentos de la condición de ciudadanía por los desajustes económicos y financieros al tratarse de grupos sociales con amplias desigualdades económicas y sociales, sino que además no están apriorísticamente en el listado histórico de Españoles ya que han sido previamente concebidos, por lo histórico y lo social, como ajenos y extraños a la cultura Española.

Frente al escenario mencionado en párrafos anteriores, varios autores reivindican una ciudadanía a posteriori en la que más que reconocimiento formal se dote de condiciones materiales e inmateriales necesarias para el acceso a los derechos (Arango, 2006), una ciudadanía diferenciada o multicultural que a su vez requeriría amplios cambios de paradigmas políticos y culturales y, por último igualmente cambios de paradigma en materia migratoria percibiendo ésta última como un fenómeno global, complejo e integral (De Lucas, 2006, 2014).

3.- LA CONDICIÓN SOCIOJURÍDICA: CLAVE EN LA DETERMINACIÓN DE LAS CONDICIONES HUMANA, SOCIOPOLÍTICA Y FAMILIAR DEL MIGRANTE

Percibiendo los Derechos Humanos en tanto proceso de lucha que conlleve a la adquisición de condiciones materiales e inmateriales que hagan que la vida sea digna de ser vivida, tomemos en consideración a la condición sociojurídica del inmigrante como una condición inmaterial que obstaculiza este proceso de lucha, es decir, que obstruye el ejercicio de los Derechos Humanos de los migrantes.

Hablar de condición sociojurídica, como dijimos en párrafos anteriores, no nos referimos solamente a la estratificación cívica según Morris, sino igualmente a las situaciones de regularidad e irregularidad administrativa. En verdad el vínculo entre éstas últimas no existe mucha diferencia no solamente debido a los desajustes económicos y financieros que puedan conllevar a la situación de irregularidad administrativa, sino como dijo Solanes (2001, 2010), la irregularidad administrativa no es un fenómeno natural sino una consecuencia de las políticas de acceso implementada por los propios Estados.

La potestad del legislador para legislar en materia de extranjería y así garantizar el orden político y la paz social está amparada en los artículos 10.1 y 13.1 de la Carta Magna. Otra cuestión es, por un lado, que la lucha contra la inmigración irregular constituya un fundamento de garantice el orden político y de la paz social y, por otro, si en el marco de esta potestad legislatora y estatal se tiene en cuenta ciertos principios éticos básicos (Carens, 2013).

Como complemento a lo antes dicho, argumenta Ágüelo (2011), que cualquier Estado de Derecho receptor de inmigrantes ha de mantener preferentemente el objetivo de canalizar legal y ordenadamente los flujos migratorios en base a la capacidad de acogida y necesidades y/o posibilidades del mercado de trabajo. Pero lo esencial es que estos principios no sean excluyentes, por ello se debe tener en cuenta su demografía, la cooperación internacional, la solidaridad internacional y la cooperación al desarrollo.

Sin embargo creemos que estos principios tampoco deben girar en torno a los intereses tan sólo estatales lo que conllevaría a que fueran utilitaristas y funcionales (Zincone, 1992, 2011), sino que es necesario también tener en cuenta los desajustes estructurales que impulsan la salida de los migrantes de sus respectivos países de origen o residencia, y que ciertos tratos a los migrantes residentes en 'suelo europeo' supone la involución en los principios éticos, culturales, sociales y democráticos de las sociedades europeas (Mezzadra, 2010).

En el marco de esta potestad antes mencionada, entre otras cuestiones, se deja bien claro que el ejercicio de los derechos por

parte de los extranjeros depende de su situación de regularidad o irregularidad administrativa (art. 2 bis e) de la Ley 2/2009).

No es nuestra intención analizar en este apartado todos los derechos de los extranjeros residentes en España, sí verificar el vínculo en el ejercicio de algunos de ellos con la condición sociojurídica por un lado y, por otro, vulneraciones de otros derechos obviando cuestiones básicas como la unidad familiar. Así, en las siguientes líneas trataremos de detallar el ejercicio de ciertos derechos sociales y colectivos y su vínculo con la condición sociojurídica de los inmigrantes.

3.1 Ejercicio de los derechos sociales y colectivos y la condición sociojurídica de los migrantes

El ejercicio de los derechos sociales y colectivos por parte de los inmigrantes residentes en España generó polémicas cuando de la reforma de la Ley Orgánica 4/2000 por la Ley Orgánica 8/2000 bajo el gobierno del Partido Popular. La reforma en cuestión restringía el ejercicio de los derechos de manifestación, reunión, asociación, sindicación, huelga y educación tan sólo a los inmigrantes en situación de regularidad administrativa. Esto le valió varios recursos de inconstitucionalidad y, por consiguiente la Sentencia del Tribunal Constitucional (STC) 236/2007.

Hoy día tras la reforma de la Ley Orgánica de Extranjería 2/2009 ha habido varias modificaciones en la normativa acatando así lo establecido en la STC 236/2007 así como varias Directivas europeas en la materia. Sin embargo, el ejercicio de ciertos derechos sigue vinculado a la situación jurídica del migrante.

En la línea de lo mencionado en el párrafo anterior, aunque la STC establezca que el ejercicio del derecho de sindicación y huelga deba realizarse independientemente de la condición sociojurídica del migrante, es evidente que para afiliarse a un Sindicato y poder ejercer el derecho de huelga es necesario ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia provisto de su autorización de trabajo y residencia (Moya, 2011).

Igualmente se requiere una determinada condición sociojurídica cuando se trate del ejercicio del derecho de participación política. Es decir, a pesar de que el art. 6 de la Ley Orgánica de Extranjería (LOEx) reconozca el ejercicio del derecho de participación pública a los extranjeros, ello se contradice con lo establecido en el art. 13.2 de la Constitución Española (CE) que restringe su ejercicio a los españoles y aquellos países que tengan un Acuerdo de Reciprocidad con el Estado español. En otras palabras, se requiere la condición de naturalizado y/o dependiendo de las relaciones bilaterales entre España y el país de origen del migrante para la efectividad del derecho de participación política.

El acceso a las ayudas públicas en materia de vivienda (art. 13 LOEx) también requiere la situación de regularidad administrativa del migrante. Además en el contenido del artículo se denota una cierta 'estratificación cívica' entre los migrantes, ya que se establece que los residentes de larga duración tienen derecho a dichas ayudas en las mismas condiciones que los españoles a diferencia de los extranjeros temporales.

El ejercicio del derecho de educación sigue la senda de la STC 236/2007 y reconoce dicho derecho a menores de dieciséis y menores de dieciocho años. El derecho en cuestión incluye el acceso a una educación básica, gratuita y obligatoria y supone la obtención de la titulación académica correspondiente y el acceso al sistema pública de becas y ayudas en las mismas condiciones que los españoles.

El derecho en cuestión también es reconocido a los extranjeros residentes (en situación de regularidad administrativa), pero no a los extranjeros en situación de irregularidad administrativa a los que relega a 'enseñanzas para su mejor integración' (art. 9.3 LOEx).

Otra cuestión espinosa en la relación entre el ejercicio de los derechos y la condición sociojurídica de los migrantes es la reagrupación familiar. Su ejercicio no solamente requiere la regularidad administrativa a la hora de tramitar la documentación de reagrupación familiar y otros requisitos más (art. 18 LOEx), sino que además para la reagrupación de ascendientes menores de 65 años se requiere la justificación de razones humanitarias, y para ascendientes mayores de 65 años tan sólo podrá realizarla aquellos extranjeros que tengan la residencia de larga duración, tarjeta azul o se encuentren el régimen especial de investigadores.

El derecho en cuestión no se reconoce como un derecho fundamental a pesar de que el art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos lo reconozca como tal (Moya, 2011). Otro obstáculo en las condiciones para un ejercicio efectivo de este derecho es la no firma y ratificación por parte de España, ni de ningún Estado europeo, de la Convención Internacional para la protección de los trabajadores extranjeros y sus familias, de la ONU de 1990, donde se establece varios preceptos de protección de los trabajadores migrantes y sus familias. A fin de profundizar en la relación entre la Convención antes mencionada y la LOEx, así como la necesidad de que el Estado español ratifique dicha Convención vid. De Lucas; Ramón y Solanes (2009). Informe sobre la necesidad y oportunidad de ratificación por España de la Convención internacional de la Organización de las Naciones Unidas de 1990 sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios.

Siguiendo en la relación entre el ejercicio de los derechos y la condición sociojurídica de los migrantes, es igual de controvertido el ejercicio de los derechos sociales (art. 14 LOEx). El acceso a los servicios y prestaciones sociales básicas está permitido

independientemente de la situación jurídica del migrante y, el acceso a los servicios sociales especializados es sólo un 'privilegio' de los migrantes residentes.

En términos generales el acceso a los servicios sociales está supeditado al registro en el padrón municipal de habitantes. Este último hecho ha sido motivo de amplio debate en la STC 17/2013, de 31 de enero. La Sentencia en cuestión es fruto del recurso de inconstitucionalidad 1024-2004 interpuesto por el Parlamento Vasco respecto a diversos preceptos de la Ley Orgánica 14/2003, de 20 de noviembre, entre otras normativas.

Entre otras decisiones la Sentencia en cuestión declara inconstitucional el art. 58.6 de la LOEx ya que no respetaba lo establecido en el art. 24 CE sobre la protección judicial de los derechos.

Nos interesa sin embargo centrarnos en un hecho que creemos está vinculado con el tema de este manuscrito relacionado con el acceso a datos del padrón municipal por la Policía Nacional. Según la sentencia en cuestión no existe vulneración ninguna ni de la Ley de Protección de Datos (LOPD) ni de la intimidad de los extranjeros, ya que los artículos 10.1 y 13.1 CE lo facultan a fin de cumplir con los preceptos de la lucha contra la inmigración irregular. En concreto establece que las prácticas de control tampoco pueden considerarse discriminatorias hacia los extranjeros ya que "... se dirige a controlar la regularidad y permanencia de los extranjeros en España en los términos dispuestos por el legislador orgánico, el cual puede perseguir lícitamente dicha finalidad garantizando así el respeto a la ley evitando su vulneración" (Rojo, 2013).

Sin embargo, tanto expertos en extranjería como el voto particular, consideran que se vulnera de forma indirecta los derechos de educación y asistencia sanitaria ya que su ejercicio depende del empadronamiento (Aja, 2013) y, el honor y la intimidad personal y familiar de los extranjeros, establecido en el art. 18.4 CE (Rojo, 2013).

El voto particular en concreto considera, entre otras cuestiones, que el padrón municipal es básicamente un registro administrativo que se constituye en condiciones para el ejercicio de derechos y no un instrumento de control de flujos (Rojo, 2013).

Más allá de la Ley de Extranjería, otros instrumentos que discriminan entre la regularidad e irregularidad administrativa en el ejercicio de los derechos son el Real Decreto 16/2012, de 20 de abril y la Ley Orgánica 4/2015, de 30 de marzo, de protección de la seguridad ciudadana. La primera establece que la asistencia sanitaria se restringe a los residentes trabajadores y sus beneficiarios salvo casos de excepción y de necesidad urgente y, la segunda, vulnerando varios compromisos internacionales, la Constitución y la propia LOEx, planteando la "devolución en caliente" de los migrantes

en situación de irregularidad administrativa. No desarrollaremos su contenido en este manuscrito da su extenso debate.

En definitiva, a diferencia del principio universal a priori que reconoce derechos a todos y todas sin excepción, su contextualización, en este caso en la LOEx y respeto a los derechos sociales y colectivos en España, quedan restringidos, por lo menos, por la condición sociojurídica del migrante.

4.- CONCLUSIONES

A modo de conclusión, consideramos atrevido situar a la misma altura, aunque sea desde el punto de vista complementario, la condición sociojurídica como un factor de garantía de derechos a nivel de aquellos planteados por juristas de renombre y amplio reconocimiento. Sin embargo, creemos que es necesario no porque no se haya planteado antes sino para que se convierta en uno de los elementos en el que fijarnos a la hora de referirnos a la efectividad de los derechos de los migrantes.

En esta línea somos conscientes que ello requiere no solo voluntad personal y profesional, sino igualmente cambios de paradigma que nos conlleve a renombrar las cosas y reinventar los conceptos según las necesidades temporales y espaciales y, haciendo justicia a la memoria histórica. En lo referente al presente manuscrito se hace necesario adaptar los conceptos de Estado, derechos humanos y migrante a la condición social de aquél y aquella que en condiciones de debilidad se desplaza de un lugar a otro.

Igualmente se hace necesario una visión que supere las dicotomías y los simplismos de los hechos y que intente percibir la realidad social desde la transdisciplinaridad, los procesos de relaciones sociales, políticas, teóricas, productivas, culturales, económicas e identitarias, y los aspectos complejos de las vidas de los sujetos, en este caso de los/las migrantes.

En este sentido los derechos humanos de los migrantes deben dejar de ser simple connotaciones inherentes a su condición humana para ser condiciones materiales e inmateriales reales, justas y sin desigualdades apriorísticas.

Creemos, pues, que debemos ser conscientes que no existe un "colectivo inmigrante" sino como mucho grupos poblacionales migrantes y, por ello, las planificaciones de las políticas en la materia no pueden ser bajo el precepto de "todo vale igual" sino teniendo en cuenta la ambigüedad y complejidad de los migrantes.

Contextualizando la migración extranjera en España, creemos que es un desafío para las instituciones gubernamentales y la propia sociedad española, la llegada de individuos y grupos poblacionales procedentes de otras partes del mundo. Pero el "enfrentamiento" a este desafío debe hacerse desde un enfoque más solidario, abierto, humanista y asumir que la heterogeneidad es una de las señas de

identidad de la sociedad española desde hace siglos y, en particular de la sociedad andaluza.

En este marco contextual es importante aclarar que el discurso predominante en los mass media y político partidista sobre la llegada de los migrantes en pateras, que a su vez da la sensación de invasión poblacional, es una falacia pues la mayoría de los migrantes en España proceden de la Unión Europea y la principal nacionalidad migrante es la rumana.

Resalta igualmente el carácter instrumental y funcional de las políticas migratorias europeas y españolas debido a la ubicación de los migrantes en las Comunidades Autónomas (CC.AA.). Es decir, las tres principales Comunidades Autónomas de acogida de extranjeros en España son por un lado metrópolis industriales necesitadas de mano de obra (Cataluña y Madrid) y, por otro, un ámbito autonómico necesitado de mano de obra en la agricultura intensiva (Andalucía).

Hablar de la relación entre el acceso y/o disfrute de los derechos humanos y la condición sociojurídica de los migrantes significa, en parte, plantear el debate en torno a la ciudadanía. Ésta última desde la época decimonónica sigue vinculada a la nacionalidad obligando a naturalizarse a todos aquellos y aquellas que quieran formar parte de la 'citizenship'.

Dicha obligación de naturalización forma parte de un proceso de construcción identitaria homogénea y la reafirmación de extraños y ajenos a esta homogeneidad que en el caso de España es necesario echar la vista atrás y recuperar varios escenarios históricos que muestran aportaciones sociales y culturales y presencias de aquellos hoy considerados ajenos a lo cultural e identitario español.

En esta línea de debate en torno a la ciudadanía dada además las características de las políticas migratorias europeas y españolas, a los migrantes se les reconocerá una ciudadanía material relacionada con su condición de trabajador o trabajadora. Se dará así pues una cierta estratificación cívica dependiendo de la condición jurídica que tienen los migrantes. Pero es cierto que dicha estratificación es sólo formal ya que el citizens, denizens o inmigrantes con autorización de residencia temporal pueden tener reconocidos formalmente ciertos derechos en tanto ciudadanos, pero si no logran cumplir o mantener con las claves preestablecidas por la centralidad del trabajo, pueden pasar de un día al otro al lado de los incluidos de forma diferencial, que sería lo mismo que excluidos.

En base a lo expuesto los migrantes temporales en España no solamente quedarán exentos de la condición de ciudadanía por los desajustes económicos y financieros al tratarse de grupos sociales con amplias desigualdades económicas y sociales, sino que además no están apriorísticamente en el listado histórico de Españoles ya que han sido previamente concebidos, por lo histórico y lo social, como ajenos y extraños a la cultura Española.

Frente a ello es necesario por un lado cambios de paradigmas en torno al fenómeno migratorio y, reflexiones profundas sobre la determinación apriorística de la ciudadanía, construcción de extraños y ajenos a un aspecto cultural homogéneo, así como un concepto de ciudadanía más acorde con las características culturales e identitarias de la sociedad española actual.

Tal como dijimos al inicio de estas conclusiones en el proceso de acceso y disfrute de los derechos por parte de los migrantes es importante tener en cuenta la condición sociojurídica como uno de los factores de facilidad u obstaculización. La determinación de la condición sociojurídica se enmarca en la línea de las prerrogativas estatales y legisladoras, algo amparado tanto por la CE como por la LOEx, pero que sin embargo carece que de ciertos principios morales, solidarios, de cooperación internacional, cooperación al desarrollo, codesarrollo y hasta de percepción de involución de las sociedades europea y española en principios sociales y democráticos. Es decir, se percibe que los tratos a los migrantes en Europa y en España como algo ajeno al tratarse de una 'relación' con alguien extraño a lo europeo y español.

En este vínculo entre el acceso y disfrute de derechos y la condición sociojurídica se restringe el acceso a derechos como de sindicación y huelga, participación política, ayudas en materia de vivienda, educación, reagrupación familiar, derechos sociales, intimidad personal y familiar, asistencia sanitaria, entre otros.

Incluir la condición sociojurídica en el juego de acceso y disfrute de derechos por parte de los migrantes nos permite percatar que a diferencia del principio universal a priori que reconoce derechos a todos y todas sin excepción, su contextualización, en este caso en la LOEx y respeto a los derechos sociales y colectivos en España, quedan restringidos, por lo menos, por la condición sociojurídica del migrante.

Ante eso es necesario y urgente iniciar una reflexión que permita que prevalezca la condición de Ser Humano del migrante, de individuo cultural, la convivencia familiar, sus necesidades y demandas sociales, así como su arraigo en el contexto donde resida o conviva.

BIBLIOGRAFÍA:

Aguiar de Luque (1981). Luis, *Las garantías constitucionales de los derechos fundamentales en la Constitución Española*. Madrid: ed. UNED, Facultad de Derecho

Aja, Eliseo (2013). «Los derechos de los extranjeros: calidad de la ley y de las sentencias». Barcelona: Institut de Dret Públic, (en línea) <http://idpbarcelona.blogspot.com.es/2013/03/los-derechos-de-los-extranjeros-calidad.html> (consultado: 12/04/2015)

Alba Monteserin, Susana; Fernández Asperilla, Ana y Martínez Vega, Ubaldo (2013). *Crisis económica y el nuevo panorama migratorio en España*. Madrid: Fundación 1º de mayo

Anderson, B. (2000). *Comunidades imaginadas. Reflexiones sobre el origen y la difusión del nacionalismo*. México: ed. Efe. Fondo de Cultura Económica

Arango, Joaquín (2006). "Derechos sociales, ciudadanía e integración" en *Inmigración y derechos de ciudadanía*. Barcelona: ed. CIDOB, pp. 118-125

Arendt, H. (2003). *La condición humana*. Traductor: Ramón Gil Novales. Argentina: ed. Paidós

Bhabha, Homi (1994). *The location of culture*. London and New York: ed. Routledge

Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos* trad. Rafael de Asís, Madrid: ed. Sistema. Fundación Sistema

Carens, J. (2013). *The ethics of immigration*. Oxford: ed. Oxford University Press

Chacón Rodríguez, Lorenzo (2006). "De suecas a ecuatorianas y el retorno de la política" en *Inmigración y derechos de ciudadanía*. Barcelona: ed. CIDOB, pp. 46-65

De Lucas, Javier y Añon Roig, María José (2012). "Sobre resistencia, ciudadanía y democracia". Revista El Cronista social del Estado social y democrático de Derecho. Nº. 32. pp. 18-24

- De Lucas, Javier (2003). "La inmigración como *res política*" en Chamizo de la Rubia, José y Yamgnane, Kofi (eds.) *Movimientos de personas e ideas y multiculturalidad*, Deusto: ed. Universidad de Deusto

- De Lucas, Javier (2001). "Hacia una ciudadanía europea inclusiva. Su extensión a los inmigrantes" en Revista Cidob d'Affers internacionals. N.º 53. pp. 63-75

Ferrajoli Luigi (1995). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: ed. Trotta

- Ferrajoli, Luigi (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: ed. Trotta
- Ferrajoli, Luigi (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: ed. Trotta

Herrera Flores, J. (2005). *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*. Madrid: ed. Los libros de Catarata

- Herrera Flores, J. (2008). *La Reinención de los derechos humanos*, Sevilla: ed. Atrapasueños/ Colección Ensayando

Martin, Emma (1991). "La inmigración andaluza a Cataluña: causas, sistemas de organización y trasplante de la cultura andaluza" en Prats, J.; Contreras, J; Martínez, U; Moreno, I. (eds.) *Antropologías de los pueblos de España*. Madrid: ed. Taurus. pp. 299-306

Mezzadra, S. (2008) *La condizione postcoloniale. Storia e politica nel mondo globale*. Bologna: ed. Ombre Corte

- Mezzadra, Sandro (a cura di) (2006). *Oltre la cittadinanza. La politica dei governati. Partha Chatterjee*. (Traduzione Matteo Bortolini), Roma: ed. Meltemi
- Mezzadra, Sandro, (2005). *Derecho de fuga. Migraciones, ciudadanía y globalización*. Madrid: ed. Tinta limón ediciones/ Mapas. Traficantes de sueños.
- Mezzadra. S. (2011). *The Gaze of Autonomy. Capitalism, Migration, and Social Struggles*, en: V. Squire (ed), *The Contested Politics of Mobility: Borderzones and Irregularity*, London: Routledge

Mignolo, W. (2003) *Historias locales/diseños globales. Colonialidad, conocimientos subalternos y pensamientos fronterizos*, Madrid: ed. Akal

Morin, E. (1994) *Introducción al pensamiento complejo*, Barcelona: ed. Gedisa

Morris, L. (2002) *Managing migration: civic stratification and migrant's rights*. London. Routledge

Moya, David y Aguelo Navarro, Pascual (2011). *La reforma de la Ley Orgánica de Extranjería*. Madrid: ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales

Peces-Barba Martínez, Gregorio (1980). *Derechos fundamentales*. Madrid: Latina Universitaria

Pisarello, Gerardo (2007). *Los derechos sociales y sus garantías*. Madrid: ed. Trotta

Rojo Torrecilla, Eduardo (2013). "¿Volvemos al debate entre control de la inmigración y políticas de integración, entre seguridad y libertad? Un apunte a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional sobre la LO 14/2003". El blog de Eduardo Rojo, (en línea) <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2013/02/volvemos-al-debate-entre-control-de-la.html> (consultado: 12/04/2015)

Solanes Corella, Angeles (2001). "Sujetos al margen de ordenamiento jurídico: inmigrantes sin papeles" en De Lucas, Javier; Peña, S. y Solanes, A. *Trabajadores migrantes*. Valencia. ed. Germania. pp. 201-218

- Solanes Corella, Angeles (2010). *Un balance tras 25 años de leyes de extranjería en España*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. N.º 90. pp. 77-102

Tomé da Mata (2011). E., *La efectividad de los derechos sociolaborales de los inmigrantes negroafricanos en Andalucía* [Tesis Doctoral] Facultad de Ciencias Sociales. Departamento de Trabajo Social y Servicios Sociales (Universidad Pablo de Olavide)

Treves, Renato (1947). *Derecho y cultura*, Buenos Aires: Editorial DEPALMA

Viruela, Rafael (2002). La nueva corriente migratoria de Europa del Este, Cuadernos de geografía. N.º 72. pp. 231-258

- Viruela, Rafael (2010). "Movilidad geográfica de los rumanos. Estructura territorial de las migraciones interiores en España" en EMPIRIA. Revista de Metodología de Ciencias Sociales. Nº. 19. pp. 157-181

VV.AA. (2008). Los derechos de participación como elemento de integración de los inmigrantes, Bilbao: ed. Fundación BBVA

Zincone, G.; Penninx, R. and Brokert, M. (eds.) (2011). *Migration Policymaking in Europe: the Dynamics of Actors and Contexts in Past and Present*, Amsterdam: Amsterdam University Press

- Zincone, Giovanna (1992). *Da sudditi a cittadini. Le vie dello Stato e le vie della società civile*. Bologna: Ed. Il Mulino

LA REFORMA DEL SIDH: UN ASUNTO POLÍTICO SIN VISOS DE FORTALECIMIENTO*¹

THE ISHR REFORM: A POLITICAL ISSUE WITHOUT STRENGTHENING PERSPECTIVES

Asier Tapia Gutiérrez**

RESUMEN: En el artículo se analizan los puntos principales de la reforma del Sistema Interamericano de Derechos Humanos para conocer qué intereses políticos tiene cada país o grupo de países, y qué de cierto tienen algunas de sus reivindicaciones. Se observará que si bien algunas de estas reivindicaciones están perfectamente fundadas, la reforma no derivará en un fortalecimiento del Sistema pese a que sus carencias son reconocidas por todas las partes. Ningún país está dispuesto a ceder en sus posiciones sin antes lograr sus objetivos políticos, no siempre relacionados con la defensa de los Derechos Humanos.

ABSTRACT: *This article will discuss the key questions of the reform of The Inter-American System for Human Rights in order to know what political interests of each country or group of countries are about it, and what certain are some of their demands. It will be observed that while some of these demands are well founded, nothing will lead to a strengthening of the system, despite its shortcomings are recognized by all parties. No country is willing to compromise on their positions as long as they do not achieve their political goals, anything related to the defense of Human Rights.*

RESUMO: *No artigo são analisados os principais pontos da reforma dos Direitos Humanos Interamericanos para saber que interesses políticos tem cada país ou grupo de países, e que realmente tem algumas das suas reivindicações. Será observado que, a pesar de que alguns destes são perfeitamente razoáveis, nada irá resultar em um reforço do sistema, apesar do fato de que suas deficiências são reconhecidas por todas as partes. Nenhum país está disposto a ceder em suas posições em ambos os casos, em quanto não alcançar seus objetivos políticos, nada relacionado com a defesa dos Direitos Humanos.*

Palabras Clave: CIDH, Derechos Humanos, OEA, reforma, sistema interamericano.

Key words: Human Rights, ICHR, inter-American system, OAS, reform.

Palavras Clave: CIDH, Direitos Humanos, OEA, reforma.

Fecha de recepción: 26/03/2015

Fecha de aceptación: 02/06/2015

* Trabajo elaborado en el marco del proyecto de investigación 'Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos', referencia DER2013-48284-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

¹ Análisis del proyecto de reforma del SIDH y las implicaciones jurídico políticas del mismo.

** Abogado, Máster en Cuestiones Contemporáneas de Derechos Humanos. Profesor Universidad Tecnológica de Bolívar (Cartagena de Indias) asiertg@hotmail.com

1. -INTRODUCCIÓN

El presente artículo nace a raíz de la inquietud surgida en el autor con ocasión de la reforma por el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) que se ha llevado a cabo en la Organización de Estados Americanos (OEA) durante los últimos años. El intento de reforma se ha acabado configurando como permanente, creando fuertes choques diplomáticos entre varios gobiernos del continente y grandes protestas por parte de muchos movimientos sociales. La reforma es comprendida por el autor como parte de un amplio proceso de cambio político que paulatinamente ha venido dándose en buena parte de países latinoamericanos.

El proceso de cambio político ha derivado en un cambio progresista de las políticas de muchos de estos países, despertando un mayor interés por la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, derechos que habían sido dejados de lado frente a la hegemónica visión liberal de los Derechos Humanos. Una gran parte de críticos a este proceso de reforma creen sin embargo, que el deseo de los impulsores de la reforma es simplemente debilitar el sistema con el fin de no ver atacada la soberanía nacional por instrumentos internacionales de Derechos Humanos en un momento que ellos gobiernan con mayorías holgadas y en el que estos derechos pueden ser parte de una estrategia política de oposición.

Para analizar estas cuestiones, a lo largo del presente artículo vamos a comenzar exponiendo cómo este cambio político por el progreso ha propiciado una institucionalización de organizaciones supranacionales que podría culminar en una integración de países en términos de cooperación y solidaridad. Analizaremos si éste proceso de integración, que podría acabar con la propia OEA, ha tenido en cuenta en su conformación los Derechos Humanos y su correspondiente protección a través de instrumentos jurídicos.

Seguidamente se estudiarán los aspectos que el autor ha considerado más polémicos del proceso de la reforma del SIDH exponiendo las causas que pueden originar esta conflictividad. Se analizarán las posiciones de los diversos estados en cada ámbito problemático de la reforma de cara a conocer qué interés pueda existir tras ellas. Atenderemos de manera especial las posiciones de los países de la Alternativa Bolivariana para las Américas (ALBA), principales acusados, por parte de muchos movimientos sociales y académicos del continente, de este deseo de debilitar el SIDH y en especial a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

Se expondrán a continuación las reivindicaciones más exclusivas de los países del ALBA y cuáles pueden ser los motivos de las mismas, si un verdadero fortalecimiento, la inclusión de derechos de corte no tan liberal como cooperativo, o un verdadero deseo de emancipación-exclusión de los países norteamericanos.

Por último se expondrá en qué culminó el proceso de reforma y su intento posterior de revitalizarlo, ligando estos resultados a la discusión de los asuntos más polémicos antes expuestos y al pequeño intento de retomar el proceso aparecido un año después sin mayores resultados. Acabaremos concluyendo qué ha supuesto todo el proceso para el futuro del SIDH y en especial de la CIDH, determinando si realmente se ha producido un fortalecimiento del mismo, o si por el contrario pueden suponerse malos presagios de cara al futuro.

2.- ¿INTEGRACIÓN POR EL PROGRESO EN LATINOAMÉRICA: UNA CUESTIÓN POLÍTICA Y DE DERECHOS?

En Latinoamérica en general y Sudamérica en particular se viene produciendo desde hace más de una década un cambio importante en la ideología de sus gobiernos. Los motivos concretos que han propiciado este cambio tan evidente de credo político pueden ser discutibles y pueden ir desde por el rechazo y contraposición a las medidas de ajuste estructural que las Instituciones Financieras Internacionales (IFIs) impusieron décadas atrás, pasando por las nuevas respuestas que estos gobiernos progresistas prometían y ejecutaron con el crecimiento económico advenido posteriormente, hasta el hartazgo de los partidos tradicionales o el simple fortalecimiento electoral de los movimientos sociales que se contrapusieron a las anteriores medidas y que desembocaron en partidos políticos cercanos a las bases electorales.

Independientemente de los motivos, es innegable que este cambio progresivo a nivel regional ha evidenciado un aumento de la preocupación por la justicia social y por la disminución de las desigualdades en los gobiernos latinoamericanos, negativa connotación común de los países parte del grupo Latinoamericano y Sudamericano.

El cambio en los discursos hacia una mayor preocupación por las personas en situación más precaria, más allá de las siglas de los partidos que los proclamen, se vio fortalecido a partir de la victoria de Hugo Chávez en 1998. Esta transformación en los ejecutivos regionales se hizo cada vez más incuestionable con las sucesivas victorias en otros países de movimientos de corte progresista más o menos radicales, como los representados por Lula, Néstor Kirchner, Tabaré Vázquez, Evo Morales, Rafael Correa, Daniel Ortega, Fernando Lugo, Mauricio Funes u Ollanta Humala, sin tener en cuenta a los sempiternos Castro o los

sucesivos gobiernos de la Concertación Chilena. Este cambio se ha mostrado de manera más evidente en los países sudamericanos que en los centroamericanos, fruto quizás de un movimiento social mejor cohesionado y organizado en los primeros, y de problemas como la inseguridad en muchos países de América Central que dificultan la focalización de objetivos políticos en otras cuestiones distintas a la citada materia.

Entre todos estos cambios de gobierno por el progreso y por la reducción de las desigualdades se atisban al menos dos grupos, que sin embargo tampoco en su interior absolutamente homogéneos, como pueden ser los de un radicalismo progresista más marcado y cuyos ejemplos más evidentes son Hugo Chávez, Rafael Correa, Evo Morales y Daniel Ortega, frente a otros de connotaciones más socialdemócratas como Lula, Tabaré Vázquez o los mismos Kirchner en la Argentina. La principal diferencia entre estos dos grupos está en la radicalidad de su discurso, no sólo hacia el interior del Estado en la profundización de la lucha contra la desigualdad social, sino también en la política exterior en referencia al deseo emancipador respecto de los estados Norteamericanos y Europeos. La causa de esta pequeña divergencia entre estos dos grupos puede en ocasiones no ser tanto la ideología de sus gobernantes, como las causas socio-económicas y políticas en que cada uno de estos políticos se han tenido que mover² (Lalander 2008). Los frecuentes apoyos en periodos electorales como los de Lula o Kirchner a Chávez evidencian que les unen más cuestiones que las que les separan, pese a los intentos de algunos medios de comunicación de resaltar esta separación.

En términos de derechos este renovado interés social se expresa en priorizar los derechos económicos, sociales y culturales respecto de los derechos civiles y políticos a los que en ocasiones acusan de estar instrumentalizados por los poderes fácticos empresariales en detrimento de la gobernabilidad y de los deseos del pueblo a los que a menudo se remiten. Este cambio ha propiciado modificaciones en la gobernabilidad de sus respectivos países, y han sido a menudo tildados de autoritarios o profundamente antidemocráticos por algunos autores (Gratis 2007) en una aparente muestra repetitiva de las tensiones de la guerra fría entre los países soviéticos defensores de los anteriores derechos y los Occidentales más cercanos a las libertades individuales. La OEA ha sido en ocasiones acusada también como institución imperialista por varios

² La evidencia más palpable se atisba no sólo en la moderación del discurso de Humala en su segunda postulación presidencial respecto de la primera, sino incluso en la radicalización del discurso de Hugo Chávez a partir del año 2005 con la abstención de la oposición a presentarse a las elecciones y el advenimiento de Correa y Morales como presidentes de sus respectivos países.

miembros del bloque ALBA sobre todo Ecuador, Venezuela, Bolivia y Nicaragua.

En este contexto crítico con la institucionalidad existente y a la par de un crecimiento económico que ha permitido su generoso financiamiento, nació un proceso de conformación de alternativas institucionales supranacionales entre las que sin duda destacan el ALBA como una alternativa a los Tratados de Libre Comercio (TLC) desde una perspectiva comercial de cooperación y colaboración frente a la competencia que sostienen los regímenes liberales basados en el libre comercio. La Comunidad de Estados Latinoamericanos y del Caribe (CELAC) está fundamentada en principios similares a la anterior pero con un alcance territorial más amplio y con unos propósitos de integración más políticos hacia el exterior, trascendiendo el ámbito puramente comercial³.

La Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR)⁴ es la que está adquiriendo un mayor grado de relevancia como institución con influencia política e integradora con un amplio número de órganos de diverso alcance y materias, que pareció cobrar fuerza política evidente a raíz del apoyo brindado a Evo Morales ante movimientos autonomistas que parecían desear una desestabilización del gobierno boliviano, pese a las dificultades institucionales entre Ecuador y Colombia unos meses antes, que propiciaron la renuncia por parte de Colombia de la presidencia pro-témpore.

Sin duda la vocación integradora sudamericana se refleja con la creación del Consejo de Defensa Sudamericano de UNASUR (CDS) que implica el intento de integración en un ámbito tan directamente relacionado con la soberanía estatal y tan poco susceptible a la cooperación como el ámbito militar de un país, que ni una institucionalidad tan afianzada como la Unión Europea ha podido consolidar.

Estos intentos de institucionalización suponen sin lugar a dudas una procura de emancipación de los países norteamericanos, que pudiera también propiciar el colapso de la OEA.⁵ De la reforma del SIDH podríamos decir que supone un paso más entre otros o un paso fundamental como parte de esta estrategia emancipadora, o que simplemente los motivos o razones de la reforma nada tienen que ver

³ Es sin duda interesante también cómo al Alianza del Pacífico puede suponer un duro golpe para la integración del modelo UNASUR en A. Tapia "La Alianza del Pacífico: un acicate o un golpe para la integración en Latinoamérica" *Asuntos del Sur*, <http://www.asuntosdelsur.org/blog/2014/11/14/la-alianza-del-pacifico-un-acicate-o-un-golpe-para-la-integracion-en-latinoamerica/> última visita 20 de Mayo de 2015.

⁴ En un principio denominada Comunidad Suramericana de Naciones.

⁵ La OEA agrupa, hasta ahora a todos los países del continente a excepción de una Cuba que resiste como el último eslabón americano de la guerra fría.

con dicha estrategia, teniendo en cuenta la diversidad existente entre tantos países y los tiempos y el momento en que cada uno de ellos se encuentra ahora mismo.

La inclusión de la reforma del SIDH en la estrategia emancipadora se refleja de manera evidente en palabras como las de Rafael Correa cuando afirma que *"Nuestra América no vive una época de cambios sino en un cambio de época"* para después resaltar que la *"OEA debe revolucionarse o desaparecer"*⁶.

Esta posición respecto de la OEA no es compartida por todos sus miembros, ni siquiera quizás por la mayoría, pero sí por muchos de los gobiernos miembros del ALBA. Sin embargo, en lo que respecta al proceso de reforma en pos del fortalecimiento del SIDH es destacable ante todo que un motor fundamental para su puesta en marcha no hayan sido sólo esos estados sino Brasil, que se sitúa cada vez más como un líder regional a nivel no sólo económico, sino político y sin el cual ninguna reforma de calado a nivel regional tendría visos de consolidación. A este respecto Sánchez (2013) afirma que Brasil fue el gran ganador ya que *"fue quien inició todo el proceso, lo impulsó cuando quiso y lo detuvo cuando le fue conveniente."*

3.- LOS DERECHOS HUMANOS EN LA NUEVA INSTITUCIONALIDAD LATINOAMERICANA

En el ámbito de los Derechos Humanos, en estos nuevos organismos de integración se optó por el pragmatismo de no incluir un tema tan complejo como es la adopción de mecanismos de supervisión y control en caso de violaciones a los Derechos Humanos y en el que podría haber posiciones enfrentadas que impidieran la creación o fortalecimiento de estas instituciones por la integración. Asimismo, el ALBA y la CELAC no pretenden abarcar todos los ámbitos que la OEA ya abarca, por lo que es doblemente comprensible que no incluyan instrumentos de Derechos Humanos, ciñéndose al objetivo concreto para el que fueron creados.

En lo que respecta al ALBA, como institución destinada a ser una alternativa de comercio al ALCA podemos observar que pertenece a una cosmovisión alejada del individualismo imperante en las relaciones liberales de comercio, introduciendo cuestiones como la cooperación, la solidaridad o la colaboración, conceptos aparentemente contrarios al

⁶ Rafael Correa en 42ª Asamblea General de la OEA, Cochabamba, Bolivia. http://www.youtube.com/watch?v=M1cAKP7yREs&playnext=1&list=PL406448BA5338572E&feature=results_video última visita 20 de febrero de 2015.

comercio desde un punto de vista liberal. Sin embargo, no incluye en sus estatus jurídicos instrumentos de Derechos Humanos que amparen estos valores distintos a los hegemónicos, lo que enfatiza el carácter político de la institución.

La CELAC tampoco contiene instrumentación al respecto para la defensa de los Derechos Humanos más allá de pequeños textos declaratorios en la Declaración de Caracas de 3 de Diciembre de 2011⁷, que afirman retóricamente el respeto por los mismos y por el derecho internacional. Sin embargo, la asunción de Raúl Castro de la presidencia pro-témpore de la misma en este año 2013 no deja lugar a dudas de una nueva forma de comprenderlos.

En lo que respecta a UNASUR las diferencias con las dos instituciones previas son insignificantes en términos de instrumentación en Derechos Humanos ya que no hay mención alguna de posibles órganos destinados a su defensa en el subcontinente ni tan siquiera en el protocolo adicional de compromiso con la democracia⁸. Apenas se observan leves referencias generales al tema, en su Tratado Constitutivo y otros documentos no sustanciales. Es comprensible debido a su posición todavía primaria en términos de institucionalización, dado que por el momento es poco más que una institución donde se reúnen diversos miembros de los estados parte de la organización sin tener mecanismos de ejecución realmente autónomos⁹. Ecuador intentó promover ya en 2011 una coordinación Suramericana de Derechos Humanos con un enfoque claramente político y enfocado fundamentalmente en la promoción de los Derechos Humanos careciendo de órganos jurisdiccionales y estando representado por representantes estatales. Ello podría provocar un debilitamiento del SIDH de DH si bien finalmente se evitó la idea de la duplicación (Gabriela Kietzel 2014).

⁷ Declaración de Caracas de 3 de Diciembre de 2011 [http://www.sela.org/attach/258/default/Declaracion de Caracas.pdf](http://www.sela.org/attach/258/default/Declaracion%20de%20Caracas.pdf) última visita 20 de Mayo de 2015.

⁸ Protocolo adicional al Tratado Constitutivo de UNASUR sobre compromiso con la democracia. <http://www.unasur.org/uploads/61/5e/615e42826e009f160d8d8d420a2086bf/Protocolo-adicional-compromiso-con-la-democracia.pdf> última visita 20 de Mayo de 2015.

⁹ UNASUR está intentando crear una Corte Penal de UNASUR para castigar la delincuencia transnacional. Esta nueva Corte no afectaría al trabajo del Sistema Interamericano ya que no castigaría a los Estados sino a personas vinculadas a delitos transnacionales y sin ejercer de forma subsidiaria sino respecto de conductas transnacionales tales como trata de personas, narcotráfico y tráfico de armas o delitos conexos como el lavado de activos. Esta posibilidad se encuentra todavía en una fase preliminar.

3.- UNA REFORMA DE UN SISTEMA EN PERMANENTE REFORMULACIÓN

3.1 Promoción o protección de derechos humanos¹⁰

A lo largo de todo el proceso de reforma se observa la contraposición de fomentar la promoción de los Derechos Humanos frente a su protección como si fueran dos asuntos aislados que no se fortalecieran mutuamente. El trasfondo de la disputa no es sino un intento de que uno de los asuntos fundamentales a cumplir por parte de la CIDH fueran cuestiones como asesorías a Estados u otro tipo de medidas de promoción que no impliquen obligatoriedad o una mala imagen pública de los gobiernos, como puede resultar de la exigencia o las críticas en su ausencia de tareas de protección.

El origen de esta disputa existente entre promoción y protección se remonta al origen de la misma CIDH, que nace como órgano político destinado a la promoción de los Derechos Humanos, y que no es hasta la adopción de la Convención Americana de Derechos Humanos -CADH- cuando se consagra también su función de tutela o protección de Derechos Humanos (Schiller, Kietzel y Bascary, 2012). Esta doble función de promoción y protección que pueden reforzarse mutuamente¹¹ conlleva también la dificultad de balancearla y con ello compaginar los intereses que cada uno de los Estados pueda tener en relación con cada una de estas funciones en cada momento¹².

Fortaleciendo la participación conjunta y constructiva de gobiernos, miembros del SIDH y de la propia Sociedad Civil a diferentes niveles, se llegaría a acuerdos que impedirían confrontar estas dos funciones tan importantes. Esta cooperación reforzaría al Sistema y a los Derechos Humanos. Para poder darse este trabajo en conjunto debería existir previamente una intención real de fortalecer el sistema independientemente del interés político particular de cada gobierno, cuestión que no parece haber en el momento de discusión de esta reforma.

La posición del propio Grupo de Trabajo que destacó como uno de los temas prioritarios la labor de promoción no haciendo lo propio con la de protección deja dudas de la intención de esta postura y del Grupo de Trabajo en sí. Resulta coherente afirmar que es una forma diplomática

¹⁰ Punto VII del Temario del Informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos (en adelante informe del Grupo de Trabajo) GT/SIDH-13/11 rev. 2 de 13 de Diciembre de 2011.

¹¹ Cuestión aparecida en el Informe del Comité Jurídico Interamericano relativo al proceso de Fortalecimiento CP/INF 6421/12 de 27 de Marzo de 2012. Pág. 12.

¹² Y el permanente problema de la financiación y su inherente coste de oportunidad.

de revalorizar la una frente a la otra, cuando ambas son tareas fundamentales y son parte de una misma discusión. Tal y como afirma Yukyan Lam (2012 pág. 39), según la CADH, *"la CIDH no sólo debe estimular la conciencia de los Derechos Humanos en el hemisferio sino que además tiene que atender denuncias específicas de violaciones de Derechos Humanos"*.

Enfatizar la promoción sin hacerlo a la vez de la protección como parece pretender el Grupo de Trabajo, supondría quitarle parte de su autonomía a la CIDH al invocarle de forma prioritaria uno de sus deberes sustanciales frente al otro. Esto se vería agravado doblemente si no hay un aumento de la financiación, ya que implicaría un nuevo reparto con el que la protección saldría debilitada frente a la promoción.

No dejan de ser curiosas ciertas afirmaciones como la del representante de la República Dominicana en su texto remitido al grupo de trabajo aseverando que *"la promoción es la función principal de la Comisión y que se han de priorizar actividades relativas a ello por encima de la protección de los Derechos Humanos"*¹³.

La postura de Ecuador, más sutil que la anterior, apenas hace mención alguna a la protección¹⁴ enfatizando ampliamente y con diversas propuestas la necesidad de apoyo a los Estados en términos de promoción, en lo que se puede leer como debilitar lo indeseado, fortaleciendo lo deseado y obviando el resto. La postura de Venezuela en los debates es prácticamente análoga a la ecuatoriana con la diferencia sustancial de aportar muchos menos ejemplos del modo en que se podría apoyar la promoción por parte de la CIDH.

Como hemos visto la República Dominicana erigió como uno de sus baluartes fundamentales el de priorizar la promoción; a Panamá podemos ubicarla en el lado opuesto, ya que no sólo afirma que la promoción no puede estar por encima de la defensa sino que la propia defensa es un mecanismo de promoción en tanto en cuanto que los fallos que crean jurisprudencia sirven más para la promoción que varios seminarios¹⁵. En este mismo sentido se ubican Perú y Uruguay¹⁶.

En un punto intermedio entre ambos se puede incluir a Colombia y Costa Rica y en menor modo a Brasil que solicita asistencias técnicas a

¹³ Texto remitido por la República Dominicana, *Compilación de las presentaciones de los Estados Miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo*. GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1 7 de Noviembre de 2011. Págs. 42 y 43.

¹⁴ Propuestas para la aplicación de las recomendaciones del "Informe del grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", CP/INF. 6604/12 de 30 de Noviembre de 2012, págs. 89-108.

¹⁵ Texto remitido por la Panamá, *Compilación de las presentaciones de los Estados Miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo*. GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 17 de Noviembre de 2011, pág. 44.

¹⁶ Op. Cit Propuestas para la aplicación..., págs. 217-235 y 235-260 respectivamente.

los Estados si bien afirma que la promoción es el objetivo principal de la CIDH. Argentina por otra parte equipara la importancia de ambas funciones pero de manera menos evidente que en el caso de Panamá¹⁷.

Las posturas timoratas por parte de los países a quienes no se presupone un deseo de debilitar la CIDH, puede deberse a que no se haya considerado debidamente el peligro que pudiera suponer reforzar la promoción sin medidas paralelas que refuercen a su vez la función de protección de la CIDH, o bien que estos países simplemente tienen los mismos objetivos relacionados con debilitar el sistema interamericano o la CIDH que se presupone sólo a los del ALBA, prefiriendo llevar a cabo medidas que llamen menos la atención con ese mismo objetivo.

Las posturas de casi todos los países miembros del SIDH, exceptuando quizás los norteamericanos, es preferiblemente la de recibir consejos para ejecutarse internamente, en lugar de verse criticados en la esfera internacional y publicitados públicamente como incumplidores. Ello evidencia el fortalecimiento de la soberanía frente a presiones externas y el rechazo generalizado a un escarnio público como país incumplidor en Derechos Humanos que evidencia la importancia del sistema.

El motivo de la disputa en este tema proviene parcialmente de la polémica forma de ir asumiendo responsabilidades por parte de la CIDH a lo largo de su historia y en clara relación con la época en que unas dictaduras de ninguna manera iban a ratificar Tratados de Derechos Humanos vinculantes.

En este sentido el interés de los países ALBA de lograr la firma de la CADH por parte de los países que no lo han hecho, no haría tan necesaria la protección por parte de la CIDH que se convierte en necesario debido a la ausencia de la firma, ratificación o adhesión por parte de otros Estados. Esto no justifica sin embargo, el amplio interés de muchos de los Estados de debilitar la protección priorizando la promoción.

3.2 Medidas cautelares: ¿aclaración para una mayor credibilidad o para una mayor debilidad?

Las medidas cautelares han sido siempre objeto de grandes críticas por parte de todos los países y en todos los sistemas que las apropian, cuando se ven afectados por ellas. El motivo es que el gobierno al que le son ordenadas las mismas lo recibe como una crítica al

¹⁷ Texto remitido por, Argentina, Brasil, Colombia y Costa Rica respectivamente, *Compilación de las presentaciones de los Estados Miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo*. GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1 7 de Noviembre de 2011, págs. 39-42.

ejercicio y defensa de los Derechos Humanos al interior del Estado por parte de un ente extranjero y con gran repercusión pública¹⁸.

Como no podía ser de otro modo, en el último proceso de reforma las medidas cautelares se han erigido también en uno de los grandes caballos de batalla y una de las principales fuentes del conflicto entre los que se han denominado defensores del SIDH y de aquéllos que según los anteriores quieren atacar la independencia del sistema y en especial de la CIDH y sus capacidades jurídicas autónomas.

Las medidas cautelares afectan de una u otra forma y en mayor o menor medida a casi todos los países del continente, pero con especial fuerza a aquéllos con una estructura económica más centrada en el extractivismo de minerales que a menudo provoca la denuncia de pueblos indígenas y/o campesinos que ven afectados sus territorios en las consabidas extracciones de minerales sin obtener a cambio contraprestación de ningún tipo y sin ser consultados previamente por ello.

Esta estructura económica de extracción es algo común en el continente, por lo que afecta a países del ALBA como puedan ser Venezuela, Ecuador o Bolivia, pero también a otros considerados de progresismo más moderado como Brasil (quien fue un apoyo decisivo para el presente proceso reformador a raíz de su enfado con la medidas cautelares aprobadas por la CIDH a favor de las comunidades indígenas de la Cuenca del Rio Xingú, Pará y la consiguiente solicitud al estado brasileño de suspender la construcción de la represa de Belo Monte) e incluso a algún otro de carácter más conservador con un largo historial de denuncias como Colombia más relacionadas con la peligrosidad de defender los Derechos Humanos a raíz del conflicto interno existente.

Si a todo esto le sumamos la peculiaridad jurídica en la que está basada la imposición de estas medidas por parte de la CIDH nos encontramos con un choque frontal entre muchos Estados y una CIDH que quiere mantener su capacidad de promoción y defensa de Derechos Humanos fundamentada en una autonomía de actuación. El hecho de que las medidas cautelares sean molestas para gobiernos de ideologías contrapuestas aparenta alimentar una cierta unanimidad en debilitar la posibilidad que la CIDH tenía hasta el momento en relación con las mismas para ejecutarlas, mantenerlas o eliminarlas.

Las razones de la molestia de gran parte de los Estados con el trabajo de la CIDH en relación con las medidas cautelares proviene de dos ámbitos, por un lado el ya referido en relación de afectación a proyectos de desarrollo económico que se comprenden como una intromisión en la soberanía del Estado y por otro, la habitual publicidad

¹⁸ Op.Cit Punto III de Informe del Grupo de Trabajo.

negativa que sufren los gobiernos cuando se saca a la luz pública sus violaciones de Derechos Humanos o su escaso respeto por los mismos.

En el proceso de reforma del SIDH cuando se ha hablado del asunto de medidas cautelares se ha abordado en base a dos cuestiones: si la CIDH está legitimada o no para decretarlas y las directrices bajo las cuáles pueden tomarse decisiones en relación con ellas. Tal y como alerta Luz Marina Monzón (2012): *“Poner en un mismo plano de discusión la vinculatoriedad jurídica de un mecanismo de protección -y por ende la legitimidad de la facultad de la CIDH- con las críticas al procedimiento, se genera un equívoco que no permite abordar la génesis de la inconformidad de los Estados en relación con las medidas cautelares”*. La mezcla de las dos cuestiones hace sospechar que el objetivo de la gran mayoría de países americanos es desde luego debilitar la posibilidad de llevar a cabo estas medidas excepcionales por parte de la CIDH.

Por tanto una de las cuestiones claves a analizar será evaluar si las medidas cautelares impuestas por la CIDH son o no vinculantes para los Estados¹⁹, ya que si bien aparecen como tal en la CADH, este instrumento no otorga explícitamente a la CIDH la capacidad para implementarlas y por tanto no serían vinculantes. A este respecto es clara la posición de Ecuador que en diversas ocasiones deniega la vinculatoriedad de las mismas al afirmar que *“es la corte la que juzga, no la CIDH”* y de esta última que en la Convención *“por ningún lado dice es autónoma”*, atacando frontalmente una de las máximas aceptadas hasta el momento por casi todos los gobiernos respecto de la metodología de trabajo de la CIDH y la sustancia que permitió a este instrumento erigirse en implementador de las medidas cautelares.

La posibilidad de dictar medidas cautelares ha sido *de facto* reconocida por los Estados desde tiempo atrás, lo que implica una cierta dificultad para extraer a la CIDH esta capacidad en un proceso denominado de fortalecimiento del sistema. Esta capacidad ha ido conformándose como una suerte de concesión voluntaria por parte de los Estados a la CIDH, denominado por algunos académicos *“reconocimiento ad-hoc al Tratado”*, que de cualquier modo acaba suponiendo una dependencia de la coyuntura de apoyo de los Estados y un atentado directo contra la autonomía y la independencia de la misma (Monzón pág. 34).

No queda duda por otra parte, de que del tenor del artículo 41 de la CADH *“promover la observancia y defensa de los Derechos Humanos”*

¹⁹ Es digno de detallar como en el caso de Colombia la Corte Constitucional colombiana ha establecido que son vinculantes y obligatorias para el Estado en Restrepo 2012 pese a que a raíz del reciente caso Petro ordenaba restituirle de su destitución ejercida por el procurador y el presiden Santos decidió hacer caso omiso interpretando que sólo son vinculantes en caso de afectaciones al derecho a la vida.

que establece la función elemental de la CIDH, se deduce con evidencia que debe hacer todo lo que esté en sus manos para la defensa de los Derechos Humanos. La confianza que la CIDH parecía tener hasta este momento, implicó que el uso de las medidas cautelares ha sido con este objetivo único y que habiendo asumido esta capacidad de manera evidente y transparente procedió a incluirlo en su propio reglamento. Sin embargo, la confianza no es nunca un buen argumento para la seguridad jurídica en ningún ámbito del derecho, motivación que está afectando a la CIDH cuando parece estar perdiendo este atributo por parte de algunos estados. Ello no quiere decir que su uso en ocasiones pueda haber sido mejorable (Timponi 2012 págs. 31-32), pero el modo de reformar este aspecto hasta el momento no parece encaminado a la mejora de su uso sino más bien a un debilitamiento de la misma CIDH.

Trascendiendo la legitimidad o no para imponerlas por parte de la CIDH que finalmente depende de la importancia que uno u otro Estado le dé a la necesidad de aceptación explícita en un instrumento²⁰, es innegable que la asunción autónoma para adoptar medidas cautelares es cosa común en diversos órganos de Derechos Humanos²¹.

Otro de los modos de debilitar la implantación de medidas cautelares consiste, como se expuso previamente, en el procedimiento. Para ello se intenta establecer una metodología de actuación para su implementación que a menudo choca con la perentoriedad inherente al instrumento de las medidas cautelares ante la posibilidad de que las violaciones de Derechos Humanos se estén produciendo durante el proceso de estudio del caso. Ante esta realidad la solución fundamental es la confianza y el apoyo a la competencia de los comisionados de la CIDH que sólo impondrán estas medidas cuando estimen que la afectación producida por ellas es menos importante que las violaciones de Derechos Humanos que pudieran evitar. Una confianza que vendría emanada del fomento del diálogo entre los Estados y la propia CIDH así como de la discusión ante el reciente nombramiento de estos comisionados que los estados proponen entre los más expertos.

Otro punto que impide confiar en un deseo real de fortalecimiento en el asunto de las medidas cautelares es que ya se produjo en el año

²⁰ Y que en el caso del sistema europeo tampoco está explicitado su permiso para imponerlas.

²¹ En el siguiente estudio podemos observar no sólo que la capacidad de imponer medidas cautelares no es habitualmente expresado implícitamente en estatutos constitutivos de varios instrumentos de Derechos Humanos sino que la actuación de la CIDH se acerca en muchos aspectos a casi todos los instrumentos internacionales de Derechos Humanos como puedan ser la Corte Europea, Comisión Africana etc en *Comparative Analysis of the Practice of Precautionary Measures Among International Human Rights Bodies* enviado al encuentro especial del Consejo Permanente de la OEA por parte de CEJIL, International Human Rights clinic, , University of California. Berkeley, California, Diciembre de 2012.

2009 un intento de “explicitar” los modos y mecanismos para implementar medidas cautelares en la reforma del reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y que en el propio documento de posición de la CIDH de 9 de Abril de 2012 ya es expresado en respuesta a las recomendaciones que le dirigió el grupo de trabajo respecto de este tema²². Algunos de los autodenominados defensores del SIDH comprenden como parte de un proceso de acoso continuo al que se somete a la CIDH a través de los grupos de reflexión, que según las palabras del director de Human Rights Watch América José Miguel Vivancos “*no tiene otro objetivo que hacer sentir a los miembros de la Comisión una observación permanente sobre ellos*”, lo que sería un ataque evidente sobre su independencia y autonomía, máximas de cualquier organismo internacional de Derechos Humanos que se precie de ser respetable (Vivancos 2012).

La gran mayoría de países, incluidos los norteamericanos, apoyaron las recomendaciones provenientes del Grupo de Trabajo en relación con las medidas cautelares que tratan sutilmente de acabar con la autonomía en su aplicación por parte de la CIDH, tratando de imponer pequeños requisitos para su otorgamiento o mantenimiento²³. Sin duda Ecuador y en menor medida Nicaragua fueron los que más pusieron en evidencia incluso la legitimidad de la Comisión para dictarlas, al afirmar el primero la posibilidad de suprimir la atribución de otorgarlas²⁴, y el segundo abiertamente que la CIDH debe ajustarse a la CADH y en definitiva dejar a la Corte la exclusividad de otorgar medidas provisionales en lugar de cautelares.

Es fácil observar la importancia que se le ha dado a este asunto en todo el desarrollo del proceso de reforma de la CIDH observando simplemente cómo es claramente el tema sobre el que más se ha debatido en las sesiones o más espacio ha ocupado en los sucesivos documentos²⁵.

²² En documento de posición sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de Derechos Humanos de 9 de Abril de 2012, OEA/ser.l/V/II Doc 68 <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28287S.pdf> pág. 16. Última visita 15 de Enero de 2015.

²³ Propuestas para la aplicación de las recomendaciones del “Informe del grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, CP/INF. 6604/12 de 30 de Noviembre de 2012.

²⁴ Ibidem pág. 93.

²⁵ Por ejemplo en el caso de “Medidas para la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos y propuesta de proyecto de resolución para el período extraordinario de sesiones de la asamblea general”, CP/doc.4813/12 de 18 de Diciembre de 2012 supone 13 hojas del total de 52 siendo ampliamente el punto más extenso de los 7 que consta.

Podemos concluir por tanto que si bien los países del ALBA han sido los más reivindicativos y directos contra la ejecución de medidas cautelares y Brasil fue fundamental para el comienzo de este proceso de reforma a consecuencia de una medida cautelar, la gran mayoría de países apoyan *sotto voce* debilitar la CIDH en este asunto para no verse afectados por esta práctica.

3.3 Financiación de la SIDH y el informe separado sobre libertad de prensa.²⁶

A diferencia de otros puntos de la agenda reformadora hay un aparente acuerdo global de que la CIDH y el SIDH adolecen claramente de una financiación adecuada para el amplio rango de actividades a su cargo de proteger y promover los Derechos Humanos. Todos los países (a excepción quizás de los caribeños que observan la posibilidad de tener que aportar más dinero con ojos recelosos) afirman desear una adecuada financiación para el mismo, cuestión que por uno u otro motivo nunca llega. No obstante, como expondremos a continuación siempre hay un interés político ligado al aumento de la financiación por parte de los diversos Estados.

El hecho de que exista un quórum respecto de la necesidad de aumentar la financiación no implica que no existan profundas divergencias respecto de cómo se ha de financiar a la CIDH, hasta el punto de hacer inviable el adecuado cumplimiento de los mandatos. Difícilmente un proceso de fortalecimiento del SIDH va a cumplir su objetivo si el sistema no ve mejorada su financiación ostensiblemente. No es temerario afirmar que si no se llega a un acuerdo en la financiación es porque tanto gobiernos de uno como de otro bloque (presumiendo que hay una lucha de al menos dos bloques en el proceso) intentan usar la financiación, o más bien su insuficiencia, como instrumento político de cada una de las partes.

Al igual que hemos observado en otros apartados del trabajo, el origen del conflicto relacionado con la financiación proviene de tiempo atrás. Uno de los puntos de fricción más importantes relacionados con el financiamiento procede de la decisión autónoma de la CIDH a finales de los 90, de conseguir dinero procedente de la cooperación externa (Gaviria 2000). Es comprensible que sea criticada la dependencia del exterior para financiar una materia política delicada como son los Derechos Humanos, ya que como ocurre incluso en la cooperación internacional se ha observado que ambas traen condicionantes y/o objetivos *ad hoc* a la misma, so pena de desaparecer en el momento menos esperado (Birdsall 2004), dificultando con ello la necesidad de

²⁶ Op.Cit Apartado VIII de Informe del grupo...

ambas materias de implementar acciones y objetivos a medio y largo plazo.

Es comprensible también que la CIDH ante la insuficiencia del fondo regular y la dependencia de las aportaciones voluntarias de los países miembros de la OEA, que provenían casi de manera exclusiva de EE.UU, decidiera ampliar la obtención de fuentes de financiación de la cooperación internacional diversificando con ello la dependencia y a su vez separándola de un país que no es ejemplo de apoyo al SIDH en su conjunto, como muestra su falta de aquiescencia con la Convención Americana. Como punto de apoyo a la recepción de este nuevo dinero proveniente de la cooperación María Claudia Pulido expone que permitió: "i) *enfrentar el atraso procesal, especialmente en la etapa inicial del procedimiento, ii) avanzar en el fortalecimiento institucional, mediante el desarrollo de plataformas informáticas orientadas a la digitalización del procedimiento ante la CIDH y iii) reorganizar la secretaría ejecutiva*" (Pulido 2012 pág. 60).

En el documento respuesta al informe del Grupo de Trabajo queda desde un principio meridianamente claro que la CIDH "*compromete mejores esfuerzos*" para cumplir con su tarea pese a "*su escaso presupuesto y los limitados recursos a su disposición*"²⁷. Posteriormente en el punto relativo a la eficacia del sistema y los recursos disponibles ²⁸ hace un resumen conciso del aumento de trabajo que recibe la CIDH evidenciando una discrepancia importante entre este aumento de trabajo y el aumento de la financiación recibida.

En la posición de los Estados se observa que ninguno reniega de dar una mayor aportación al sistema, si bien algunos, entre ellos Argentina, Ecuador o México incluyeron matices más o menos evidentes de rechazo a la financiación de países externos a la OEA, así como a las aportaciones con fines concretos, cuestión relacionada directamente con la polémica que despierta la relatoría de la libertad de expresión²⁹.

3.4 ¿Es el informe de la relatoría de la libertad de prensa más importante que los de otras relatorías?

Otro de los grandes puntos de discusión, no sólo durante el proceso de reforma sino de la academia y de los autodenominados defensores del SIDH, ha sido el referido al informe que la relatoría de la

²⁷ Documento de posición CIDH 9 de Abril de 2012 [OEA/ser.I/V/II Doc 68 pág. 1.](http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28287S.pdf) <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28287S.pdf> última visita 20 de Mayo de 2015.

²⁸ Ib ídem. Puntos 28-37. Pág. 11.

²⁹ Propuestas para la aplicación de las recomendaciones del "Informe del grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", CP/INF. 6604/12 de 30 de Noviembre de 2012.

libertad de prensa realiza. Las discrepancias fundamentales son la especial y holgada financiación de que esta relatoría goza para sus actividades así como para el informe especial que realiza y los motivos y origen de dicha financiación³⁰.

La posibilidad de realizar un informe independiente de manera adecuada guarda relación con la capacidad de financiación externa (no exclusiva sino fáctica) que esta relatoría tiene. El resto de relatorías de la CIDH desearían tener sin duda estas mismas capacidades y ello ha motivado que en los debates sobre la reforma, principalmente los países del ALBA hayan criticado esta financiación interesada por parte de países no sólo americanos, donde se destaca la financiación de EE.UU, sino también de Estados observadores como es el caso de los europeos.

A menudo la academia y los denominados defensores han dibujado este informe y la posibilidad de ser eliminado como uno de los grandes objetivos del proceso por parte de los países del ALBA, que vienen siendo duramente criticados por los medios de comunicación masivos de sus países que les atacan permanentemente afirmando que su libertad de expresión está en peligro y siendo coartada por acción directa de estos gobiernos³¹. Sin embargo, no ha habido tantos escritos relativos al por qué esta relatoría y su informe tienen o deben tener prevalencia respecto de los otros si a los Derechos Humanos se les considera indivisibles y ninguno tiene una importancia jerárquica superior respecto a otros.

Si atendemos los datos de los años 2011 y 2012 observamos que esta relatoría especial no obtiene nada del Fondo Regular proviniendo toda su financiación de sus fondos específicos y superando en más de cuatro veces la siguiente relatoría o unidad con mayor presupuesto que en el año 2011 fue la relativa a los derechos de las mujeres (más de 900.000 dólares frente a casi 220.000). En 2012 fue también la de mayor presupuesto excluyendo a la Unidad para los derechos de los gays, lesbianas y las personas transex, bisexuales e Intersex, creada en Noviembre de 2011 y que recibió un total de más de 340.000 dólares, la proporción fue similar ya que la relatoría de la libertad de expresión recibió un monto apenas un poco mayor que el año previo y de nuevo sólo de fondos específicos, siendo el segundo mayor presupuesto el de la Relatoría sobre Defensoras y Defensores de Derechos Humanos con

³⁰ La especial situación de esta relatoría implica que es la única que emite un informe anual independiente al de la CIDH desde 1998, dotándole de mayor visibilidad respecto de las otras siete relatorías existentes así como la especial financiación que posee en comparación con esas otras relatorías.

³¹ Es innegable la confrontación del gobierno Chávez con los medios a partir de la no renovación de la licencia de RCTV que llegó a solicitar por parte de EE.UU una visita de la CIDH al país o la del Universo contra el gobierno Correa e Ecuador como ejemplos paradigmáticos de esta confrontación.

un total de poco más de 200.000 dólares³². No deja de ser igualmente curioso que del total de presupuesto de relatorías y unidades (2 y 2,4 millones respectivamente año 2011 y 2012) una amplia mayoría provenga de fondos específicos (1,4 millones sobre 2 y casi 1,9 millones sobre 2,4 respectivamente)³³.

El motivo de esta postura financiera holgada por parte de la citada relatoría es la preponderancia que recibe la libertad de expresión como base de la democracia por los países del hemisferio occidental, que sin duda anteponen los derechos civiles y políticos frente a los derechos que requieren una mayor acción gubernamental para su adecuado cumplimiento. Para ello no dudan en financiar la defensa de este derecho o relatorías que evalúan el cumplimiento del mismo haciendo caso omiso de otros.

En este sentido han ido las críticas provenientes de Ecuador, con especial vigor en la asamblea de Cochabamba, cuando sintiéndose parte de una campaña de acoso mediático en su país y en especial a raíz del caso *El Universo* ante la CIDH, se preguntaba si la libertad de expresión tenía primacía sobre otros derechos (en clara referencia a los derechos sociales en los que se erige como defensor absoluto) así como si consistía en la libertad de prensa o la libertad del dueño de la imprenta. En el mismo sentido se cuestionaba por qué de las 19 misiones especiales, la única con informe y presupuesto propio es la de libertad de expresión³⁴. Esto supone una coherencia teórica clara con su proyecto de gobierno, sin embargo como venimos observando a lo largo del artículo, no hay apenas propuestas en términos de acción relativos a la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales, sino más bien de ataque frente a aquello que afecte a las decisiones de su gobierno de una u otra forma.

En el documento del grupo de trabajo aparece la intención de acabar con la especificidad del destino de los fondos³⁵. Varios Estados además del ya citado Ecuador fueron quienes hicieron más énfasis en ello. Argentina es uno de los países que más énfasis pone en este aspecto reconociendo sin embargo el gran trabajo realizado por la relatoría de la libertad de expresión y proponiendo la posibilidad de un fondo obtenido con recursos externos que la CIDH se encargaría de distribuir en función de su evaluación de necesidades y consultando con

³² En <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/finanzas/CIDH%20-%20Ejecuci%C3%B3n%20Presupuestaria%20A%C3%B1os%202011-2012%20-%20Relator%C3%ADas.pdf>

³³ *Ibidem*. Última visita 10 de Marzo de 2015.

³⁴ 5 de Junio Asamblea general de la OEA <http://www.youtube.com/watch?v=n0LUAakX6-U> última visita 28 de Marzo de 2015.

³⁵ En el apartado VII e), del informe, dentro de apartado sobre financiación.

los donantes³⁶. México propuso pragmáticamente la posibilidad de poner un límite de un 20% a estos fondos de la contribución voluntaria³⁷. La postura uruguaya incide en que el cambio de unas relatorías respecto de otras ha de ser aumentando la financiación del resto de relatorías tomando como ejemplo práctico a la de expresión y en ningún caso haciendo una equiparación de financiación hacia abajo³⁸, en una posición pragmática de apoyo en base a la situación de hecho del poder de la relatoría sobre libertad de expresión. Sería interesante observar que los países que vienen financiando la relatoría de libertad de expresión pasaran a financiar asimismo otras afirmando una importancia hacia todos los derechos por igual así como que los que critican esta desigualdad pasen a financiar las otras expresando no tanto la preocupación por la fortaleza de la relatoría de la libertad de expresión sino su preocupación de que el resto no estén igualmente bien financiadas.

Difícilmente se deduce de lo anteriormente expuesto la posibilidad de debilitar únicamente a esta relatoría salvo que ponerla en igualdad con las demás implique una debilidad. Lejos de ello puede suponer una revitalización del debate sobre las jerarquías de unos derechos frente a otros y de cómo la misma observación liberal del sistema de Derechos Humanos implica que finalmente sea el mercado quien superponga unos derechos frente a otros.

Es cierto que existe la posibilidad de que salgan todas fortalecidas equiparando su presupuesto hacia arriba y ubicándolas de forma paralela en un informe conjunto, sea el anual de la CIDH o uno global de todas las relatorías. De lo contrario la libertad de expresión seguirá siendo una libertad a ser defendida muy por encima de otros derechos o libertades sin una justificación aparente más allá de ser un instrumento fundamental de una forma particular-individualista de comprender los Derechos Humanos.

³⁶ Propuestas para la aplicación de las recomendaciones del "Informe del grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos", CP/INF. 6604/12 de 30 de Noviembre de 2012, pág. 15-18.

³⁷.Ib. Ídem Pág. 182.

³⁸ Ib. Ídem. Pág. 257

3.5 El controvertido Capítulo IV del informe anual de la Comisión Interamericana³⁹

El hecho de aparecer el objetivo precedido de la palabra criterios deja a las claras un intento de controlar o delimitar -el modo en que la CIDH toma la decisión de incluir a uno u otro país en este apartado del informe.

La inclusión de un Capítulo en el Informe Anual sobre la situación de Derechos Humanos en aquéllos países que la CIDH considera con problemas especialmente críticos, supone como vemos, otra cuestión polémica relacionada con la discrecionalidad por parte de la CIDH de cumplir debidamente la promoción y protección de los Derechos Humanos en el continente. El origen de este Capítulo IV proviene de una práctica que hábilmente incluyó la Comisión desde sus inicios (Ramírez 2012, pág. 50) pese a no estar establecido normativamente el contenido del informe en ese momento. Emanada de la comprensión discrecional de la CIDH sobre la necesidad de observar con especial dedicación en la década de los 70 a países como Uruguay, Cuba, Chile o Paraguay cuyas situaciones democráticas eran comprendidas como difíciles en relación con el cumplimiento de los Derechos Humanos.

Con el progresivo fortalecimiento de la democracia en la mayoría de países, algunos comienzan a observar con cierto recelo esta autonomía de la CIDH para incluir a algunos países en este Capítulo IV y una presión progresiva favorece que en 1996 se establezcan ya unos criterios para elegir a los países que pasarían a formar parte del capítulo. En un principio son cuatro criterios referidos a países no democráticos⁴⁰; posteriormente se incluye un quinto criterio que permite una mayor capacidad de elección por parte de la CIDH⁴¹. Este último criterio vuelve a suscitar suspicacias de algunos Estados. Estas suspicacias y las consiguientes presiones provocan que con la emisión del nuevo reglamento de la CIDH del año 2000 se apuntale jurídicamente los requisitos para incluir a los países en el Capítulo IV y cuya novedad fundamental es que el país que va a ser incluido sea informado previamente pudiendo presentar sus opiniones sobre el mismo. La CIDH se guarda la posibilidad o no de incluir estas opiniones en el informe, lo que equivale a ser el responsable último del contenido del informe.

³⁹Parte VII con el apelativo de criterios para la construcción del Cap. IV de Op.Cit Informe del grupo...

⁴⁰ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996, Capítulo V, 14 de marzo de 1997.

⁴¹ CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1997, Capítulo V, 14 de Febrero de 1998.

En la actual reforma del SIDH de nuevo se observa que aquel aparente aumento de la seguridad jurídica en el modo de elección de los países a ser incluidos en el Cap IV sigue sin resultar suficiente. El interés no radica tanto en saber el modo en que se va a elegir a los Estados, sino en la capacidad de éstos para influir en la elección, lo que significaría una politización absoluta de la misma y que acabaría suponiendo un método de control para aquéllos países que no tengan una mayoría de decisión en la OEA. Lejos de suponer un fortalecimiento de los Derechos Humanos supondría una persecución ideológica fundamentada en derechos.

Es destacable que en los subpuntos en que se han dividido el apartado VII del Informe del Grupo de Trabajo aparecen cuestiones al respecto del Capítulo IV como reflejar la eficacia del mismo, revisar metodología, criterios y procedimiento de elaboración e incluir la situación en Derechos Humanos de todos los Estados de la región⁴², lo que supone de nuevo un intento de delimitar la actuación de la CIDH. Una de las cosas más destacables es que en el último subapartado aparece también *estudiar la posibilidad de incluir no sólo derechos civiles y políticos sino también económicos, sociales y culturales*. Este asunto podríamos comprenderlo como uno de los escasos momentos en que en el proceso de reforma se ha tratado de incluir una visión más amplia de los Derechos Humanos. Entre las posturas de los países es destacable cómo apenas Ecuador y en menor medida Brasil hacen referencia alguna a incluir información relativa a estos derechos en el informe.

En las posiciones de los países observamos como varios de ellos, entre los que podemos destacar Argentina, Brasil, Guatemala, Colombia o el mismo Ecuador apoyan un informe que incluya a todos los países o unos criterios más claros en caso de permitir cierta discrecionalidad de elección a la CIDH, proponiendo algún tipo de participación de los estados en el informe o la aparición en el informe de la posición del estado. El objetivo de este apartado no es otro que de una u otra forma el Estado participe o influya en el capítulo IV lo que atacaría sin lugar a dudas una reducción de la autonomía de la CIDH. Una participación entre estados y la CIDH en términos de confianza podría suponer una mejora en la defensa de los Derechos Humanos, pero en un momento de cierta polarización de las partes parece poco probable que pudiera darse debidamente.

Nicaragua fue junto a Venezuela el más agresivo contra este capítulo IV al proponer eliminarlo ya que la discrecionalidad lo ha convertido en instrumento político (Venezuela no llega a proponer la

⁴² Op.Cit. Propuestas para la ...

eliminación), cuestionando de forma paralela la financiación mediante contribuciones externas con fines políticos⁴³.

Por otro lado Canadá tiene una postura bien diferenciada de las anteriores apoyando absolutamente el modo en que se está elaborando hasta ese momento el capítulo IV y la discrecionalidad de la CIDH para la elección de los países así como Uruguay en este mismo sentido realiza un análisis histórico de cómo este capítulo y la inclusión de Uruguay aportó para el fin de la dictadura por lo que apoya la utilidad de este tipo de instrumento⁴⁴.

3.6 Otras reivindicaciones políticas de los países transformadores del SIDH

Si por algo se ha caracterizado el intento transformador de la SIDH por parte de aquéllos países criticados ferozmente, ha sido dotar a la OEA y al SIDH de una connotación política como parte de la lucha contra el imperialismo norteamericano. Como venimos observando no hay sin embargo un programa que implique una mayor capacidad de fortalecimiento de la defensa de otro tipo de derechos que esos países afirman a menudo en su discurso.

En este sentido podemos ubicar las afirmaciones en diversas fases del proceso de reforma, como pueda ser no aceptar que la sede de la CIDH esté situada en Washington cuando EEUU no acepta la competencia de la Corte ni ha firmado la CADH. El gesto simbólico de reubicarla en Buenos Aires evidenciaría en cierto modo un ataque al manido imperialismo norteamericano. Sin duda, como han afirmado los críticos, esto no es nada más allá de algo puramente simbólico de hacer sentir a EE.UU que América Latina ya no es su patio trasero. A su vez es innegable admitir que estas presiones políticas son las que permiten avances en términos de Derechos Humanos y que esta exposición pública es la mayor de las fortalezas a su vez de los instrumentos de Derechos Humanos.

Alguna nota positiva podría advenirse como evitar las dificultades que pudieran tener algunas víctimas o sus acompañantes para acudir a los tribunales dificultados por las siempre complicadas burocracias para la entrada de inmigrantes en EE.UU.

Más profundo y valioso sin embargo resulta el intento de que los países que no sean signatarios de la CADH sean forzados políticamente a ratificar estos instrumentos permitiendo a todos los países del continente jugar con las mismas reglas. Apenas 24 de los 34 estados miembros activos de la OEA son parte de la CADH, de los cuáles 21

⁴³ Ib.Ídem.

⁴⁴ Ib.Ídem.

reconocen además la competencia de la Corte. A este intento de lograr que todos tomen parte de estos sistemas se le ha dado por llamar, erróneamente por cierto, un intento de universalizar el sistema (Vargas 2012). Eso supondría un fortalecimiento de la legitimidad de todo el sistema al estar todos los Estados y gobiernos en un plano de igualdad de exigencia activa y pasiva.

Sin embargo, pese a ser un asunto política y jurídicamente tan trascendente, no deja de ser curioso que en muchos de los documentos y discusiones por el que ha pasado el proceso de reforma ni siquiera se ha hecho mención del asunto por parte de algunos Estados, lo cual llama poderosamente la atención⁴⁵. Incluso los denominados países del ALBA, presumiendo que pudieran tener unos objetivos más o menos homogéneos, no pudieron enfatizar mucho su posición sobre la "universalización". El hecho de que Venezuela el 6 de Septiembre de 2012 llevó a cabo un instrumento de denuncia de la CADH desde luego no colaboró para legitimar una posición de grupo.

Sorprende que muchos de los que se erigen en defensores del sistema no concedan importancia alguna a este asunto como demuestra el hecho de que apenas existen artículos académicos ni periodísticos que traten una cuestión que sería trascendental en el ámbito del fortalecimiento del sistema. La argumentación al respecto es que todos los Estados parte de la OEA deben cumplir la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre estando facultada la CIDH para velar por sus incumplimientos⁴⁶. Este argumentario es el que ha propiciado que la CIDH haya aumentado progresivamente de manera autónoma sus funciones, alimentando así también a sus críticos. Fortalecer la legitimidad de los instrumentos originarios mediante presiones políticas para que todos formaran parte de ellas sería un argumento sin duda más efectivo para lograr un verdadero fortalecimiento de todo el Sistema.

Como ya hemos expresado en otros apartados resulta extraña la ausencia de referencias a derechos económicos, sociales y culturales que pudieran cambiar de sesgo el prisma de observación de los Derechos Humanos. La única conclusión al respecto es que el interés en el fortalecimiento del SIDH no guarda relación con ello sino con las funciones de la CIDH principalmente.

⁴⁵ En el documento *Compilación de las presentaciones de los Estados Miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo*. GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1 7 de Noviembre de 2011, se observa que apenas Costa Rica y Ecuador hacen referencia alguna al asunto dentro del apartado Desafíos a Mediano y Largo Plazo de la CIDH.

⁴⁶ Óp. Cit. 1.

4.- REFORMA POR EL FORTALECIMIENTO DEL SIDH O UN PASO MÁS HACIA SU INEFICACIA

La simple observación del documento final de este proceso de reforma deja a las claras que no va a suponer ningún punto de inflexión para la CIDH ni el SIDH. Cuestión que no deja de ser curiosa tras tanto tiempo de debate y tantas discusiones sobre tantos temas polémicos⁴⁷.

Uno de los asuntos sutiles pero que deja claras las intenciones de algunos Estados no conformes con el resultado del mismo es lo observado en el punto de encomendar al Consejo Permanente la continuación del diálogo sobre los aspectos fundamentales para el fortalecimiento del SIDH⁴⁸. Ello parece desear dejar abierto el proceso de reforma hasta lograr el aparente objetivo de debilitarlo en lo que algunos han dado en llamar la estrategia de la "reforma eterna" (David Lobatón 2014). Así se intentó relanzar la Reforma mediante los 12 Compromisos resultantes de la IV Conferencia de Estados Parte del Pacto de San José que finalmente donde se destaca especialmente el llamado a la Universalidad de la CADH y el intento de cambio de sede de la CIDH a un Estado Parte de la misma⁴⁹. Su contenido denota más un intento de mantener el proceso vivo para un mejor contexto político que permita realizar los cambios que en el estudiado proceso no se pudieron efectuar frente a una realidad que expresa fehacientemente el fin del mismo.

El apartado relacionado con la promoción y protección de Derechos Humanos se expresa en el punto 4 del documento final en el que se alienta a la CIDH a la promoción de los Derechos Humanos sin hacer referencia alguna a la protección e incluyendo el apéndice de "*inclusive mediante el apoyo a los sistemas nacionales*"⁵⁰. Como ya hemos expresado en su momento la CIDH puede comprender perfectamente la protección como un modo fundamental de promoción pero es indudable que este punto puede suponer una presión más a ejercer contra su autonomía. Será fundamental para ello el adecuado cumplimiento del siguiente punto referido a la financiación que no implique una desviación de recursos hacia la promoción en detrimento de la protección.

En el punto 5 se hace referencia a la necesidad de que se financie adecuadamente con el Fondo Regular de la OEA, permitiendo que hasta ese momento la financiación pueda seguir recayendo sobre las contribuciones voluntarias de quien desee hacerlas e incluyendo

⁴⁷ AG/RES. 1 (XLIV-E/13), 24 de Marzo de 2013.

⁴⁸ *Ibidem*. Punto número 2.

⁴⁹ IV Conferencia de Estados Parte del Estado de San José, Haití 27 de Mayo de 2014.

⁵⁰ *Ib.* *Ídem*. Punto número 4.

tímidamente un brindis al sol del estilo “preferentemente sin fines específicos”⁵¹. El resultado esboza un acuerdo en el que tanto los países favorables a las aportaciones voluntarias como los contrarios vean sus posiciones reflejadas en mayor o menor medida. Como punto positivo en aras del fortalecimiento cabe destacar que en el punto siguiente se hace referencia a elaborar un análisis por parte del Consejo Permanente sobre los costes de pleno funcionamiento del SIDH⁵², lo que proporcionará números concretos a las evidentes necesidades de capital del sistema.

Uno de los puntos en que en mayor medida se evidencian los deseos de los países del ALBA es sin duda el punto 7 donde se enfatiza la necesidad de igualar todas las relatorías existentes fortaleciéndolas⁵³, lo que implicaría igualar todas tomando como ejemplo la de libertad de expresión. Esto supondría como advertimos en el apartado oportuno un fortalecimiento evidente si ello implicara no perjudicar otras responsabilidades y la obtención de una financiación adecuada para su ejercicio.

En el último de los puntos aparece un llamado a formar parte de la CADH así como a aceptar la jurisdicción contenciosa de la Corte⁵⁴ que supone un ejercicio positivo pero no aporta nada esencialmente nuevo en términos de practicidad para la consecución del objetivo expuesto, suponiendo poco más que una invitación cargada de diplomacia política sin posibilidad de efectividad práctica.

La brevedad del documento sorprende si tenemos en cuenta la gran cantidad de tiempo que se ha dedicado en foros formales e informales al mismo. Esta resolución evidencia que las posturas entre los diversos países eran distantes en muchos puntos y más de lo que queda expresado en papeles. Ha ganado la diplomacia de lograr un acuerdo aunque éste no suponga ningún avance práctico sustancioso ni en contenido ni en metodología alguna para lograr lo que pudieran ser objetivos del proceso. Ello implica que difícilmente el SIDH se va a ver realmente fortalecido con el fin de este proceso, aunque la práctica posterior pueda conllevar cambios reales.

5.- CONCLUSIONES

En el capítulo inicial se exponía cómo en Latinoamérica en general y en Sudamérica en particular se han venido produciendo y profundizando progresivamente cambios políticos en gran cantidad de países que se alejan de la visión individualista liberal de los gobernantes

⁵¹ Ib. Ídem Número 5.

⁵² Ib. Ídem Número 6.

⁵³ Ib. Ídem Número 7.

⁵⁴ Ib. Ídem Número 8.

previos y las políticas dictadas desde el exterior por las Instituciones Financieras Internacionales. Todos estos países y sus respectivos gobiernos han profundizado la importancia en los derechos económicos sociales y culturales frente a los derechos civiles y políticos de propensión más individualista en su actuar gubernamental. Sin embargo, del análisis de la participación de los diversos Estados y del mismo contenido de las reformas del SIDH se puede concluir que éste el objetivo principal de la reforma no ha sido adecuarla a la mayor protección de este tipo de derechos. A este respecto apenas se han observado referencias al efecto más allá de la contrariedad para con la especial financiación de la relatoría de la libertad de prensa como derecho básico sustanciador de una visión liberal de los mismos, asunto que contiene una complejidad más allá de la relación con estos derechos y leves referencias en momentos muy determinados.

La reforma era presentada por grandes grupos académicos y de la Sociedad Civil como un intento de los países del ALBA de debilitar la CIDH en particular y el SIDH en general como parte de su estrategia por acabar con la OEA. A lo largo de todo el artículo hemos podido observar cómo si bien se ataca la autonomía de la CIDH y se potencia la soberanía estatal, esto no era fomentado en exclusiva por los estados ALBA sino por la gran mayoría y con mayor ferocidad en algunos puntos concretos por estos Estados a los que el resto dejaban realizar el trabajo sucio. Esto se observa de manera destacada en el caso de la negociación de las medidas cautelares donde prácticamente todos los Estados apoyaron restringir la discrecionalidad de la CIDH de una u otra forma, siendo cierto que no todos atacaban incluso la legitimidad de las mismas como Ecuador o Venezuela.

En el artículo queda en evidencia también que el sistema y la CIDH adolecen de graves problemas para la realización de sus competencias, destacando una consensuada precaria financiación que afecta a la ejecución del resto de sus competencias y que ninguno intenta potenciar sin incluir condiciones políticas particulares. Ello derivará en un mantenimiento del precario *Status Quo* financiero y una debilidad del sistema no achacable a ningún Estado en particular y a todos en general.

A lo largo de todo el artículo se observa que la mayoría de asuntos en discordia como pueda ser sea la asunción de financiación voluntaria y/o externa y el consiguiente aumento de financiación de la relatoría de la libertad de prensa, la duda entre promoción y protección, la inclusión de países a los que prestar especial atención en el Capítulo IV o la misma imposición de medidas cautelares, provienen de progresivas asunciones autónomas de competencias por parte de la CIDH a raíz de la carencia total de regímenes democráticos en la región décadas atrás. Este periodo ha sido superado y debe motivar un cambio en su forma de

proceder sin perder sus capacidades de gestión autónoma, pero con claros procesos de participación conjuntos de Estados y Sociedad Civil de la región a fin de fortalecer el sistema. No se puede cambiar estos problemas estructurales de origen con pequeñas reformas pero tampoco obviándolas y pretendiendo que todo siga sin cambios cual si no pasara nada.

La CIDH supone un instrumento que asume competencias que debería ejercer la Corte Interamericana que al no estar adherida y/o ratificada por todos los estados del Continente no puede ejercer debidamente a nivel regional. Ello provoca la sorpresa de que apenas Ecuador y otros países del ALBA hayan apoyado decididamente los intentos de "universalizar" todos los instrumentos del SIDH, siendo criticados por ello debido a una aparente obsesión de estos países contra los norteamericanos. La universalización derivaría en la debilidad de la CIDH principalmente porque perdería la competencia actual de tapar las deficiencias estructurales del sistema en aras de una participación en términos de igualdad en el sistema en su conjunto.

Si observamos los temas planteados, la participación de cada uno de los Estados y los antecedentes previos a esta reforma, se puede concluir que el proceso no fue en absoluto un intento de fortalecer la SIDH sino una batalla política en términos de poder parte de un proceso global de cambio que pretende el fortalecimiento de la soberanía estatal y la emancipación respecto de la hegemonía norteamericana del que indirectamente se ve afectada la defensa de los Derechos Humanos en cuanto instrumento más allá de la soberanía estatal que en ocasiones se ha usado con objetivos políticos que nada tenían que ver con su fundamento.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Artículos de revista

Birdsall N. (2004), "Seven deadly Sins: Reflections on Donor Failings" *Reform and Growth: Evaluating the World Bank Experience*, 181.

Chiller, G. Kietzel, G. y Bascary, L (2012). "La Comisión Interamericana de Derechos Humanos: entre el rol político y el cuasi jurisdiccional", Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso* n 16, Washington ,18-19.

Gaviria, C (2000). "El financiamiento del sistema interamericano de derechos humanos." *Revista Iidh* 30: 31.
<http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/iidh/cont/30/pr/pr10.pdf>

Gratius, S (2007). "La "Revolución" de Hugo Chávez: ¿Proyecto de izquierdas o populismo histórico?" *Fundación para las Relaciones Internacionales y el Diálogo Exterior (FRIDE)*, 1-9.

Kietzel, G. (2014)" El sistema interamericano frente a la nueva institucionalidad regional en derechos humanos" La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Revista para la Fundación del Debido Proceso* n 19, Washington, 56-61.

Lalander, R (2008). "¿Descentralización Socialista? Reflexiones sobre la democracia radical, participación política y el neoconstitucionalismo del S. XXI en Bolivia, Ecuador y Venezuela" *Politeia* Vol. 47 n 34.

Lam, Y (2012). "¿Priorización con juicio?: Reflexiones sobre el debate de las funciones de las Comisión Interamericana de Derechos Humanos",

en Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 16, Washington, 39-42.*

Lobatón, D. "Reforma de la CIDH: La Reforma Eterna" págs. 25-28, en La reforma de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 19, Washington, 25-28.*

Monzón, L.M (2012). "Reflexiones para el debate: Las medidas cautelares" en Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 16, Washington, 33-36*

Pulido, M.C (2012). "Los desafíos presupuestarios y financieros de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la OEA" en Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 16, Washington, 59-61.*

Ramírez, L (2012). "Estados con problemas: el capítulo IV del Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", en Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 16, Washington, 43-48.*

Restrepo, C. (2012)" La obligatoriedad de las medidas cautelares en el ordenamiento jurídico colombiano", , Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistemas Interamericano de Derechos Humanos, *Revista para la Fundación del Debido Proceso n 16, Washington, 36-39.*

Sánchez, C. (2013). "El balance político de la reforma al sistema de Derechos Humanos de la OEA",

http://www.dejusticia.org/index.php?modo=interna&tema=sistema_judicial&publicacion=1471

Tapia, A". (2014), *La Alianza del Pacífico: un acicate o un golpe para la integración en Latinoamérica*, *Asuntos del Sur*, <http://www.asuntosdelsur.org/blog/2014/11/14/la-alianza-del-pacifico-un-acicate-o-un-golpe-para-la-integracion-en-latinoamerica/>.

Timponi, C. (2012) "Una mirada general al mecanismo de medidas cautelares en Brasil", en *Reflexiones para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, *Revista para la Fundación del Debido Proceso* n 16, Washington, 31-33.

Vargas, J.C. (2013) "El ALBA y la reforma de la CIDH" <http://www.eluniversal.com/opinion/130330/el-alba-y-la-reforma-de-la-cidh> (última visita el 01-05-2013)

Documentos de Trabajo

Comparative Analysis of the Practice of Precautionary Measures Among International Human Rights Bodies (2012) enviado al encuentro especial del Consejo Permanente de la OEA por parte de CEJIL, International Human Rights clinic, University of California. Berkeley, California.

IV Conferencia de Estados Parte del Estado de San José, Haití 27 de Mayo de 2014.

CIDH, Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de 1996, Capítulo V, 14 de marzo de 1997.

Compilación de las presentaciones de los Estados Miembros sobre los temas del Grupo de Trabajo. GT/SIDH/INF. 17/11 rev. 1 7 de Noviembre de 2011.

Declaración de Caracas de 3 de Diciembre de 2011

[http://www.sela.org/attach/258/default/Declaracion de Caracas.pdf](http://www.sela.org/attach/258/default/Declaracion_de_Caracas.pdf)

(últ. visita 3-05-2013).

Documento de posición CIDH sobre el proceso de fortalecimiento del sistema interamericano para la protección de Derechos Humanos de 9 de Abril de 2012, OEA/ser.l/V/II Doc. 68 <http://scm.oas.org/pdfs/2012/CP28287S.pdf> (últ visita el 10-05-2013).

Informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, GT/SIDH-13/11 rev. 2 de 13 de Diciembre de 2011.

Informe del Comité Jurídico Interamericano relativo al proceso de Fortalecimiento CP/INF 6421/12 de 27 de Marzo de 2012.

Medidas para la aplicación de las recomendaciones contenidas en el informe del grupo de trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la comisión interamericana de derechos humanos para el fortalecimiento del sistema interamericano de derechos humanos y propuesta de proyecto de resolución para el período extraordinario de sesiones de la asamblea general”, CP/doc.4813/12 de 18 de Diciembre de 2012

Propuestas para la aplicación de las recomendaciones del “Informe del grupo de Trabajo especial de reflexión sobre el funcionamiento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para el Fortalecimiento

del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, CP/INF. 6604/12 de 30 de Noviembre de 2012.

Protocolo adicional al Tratado Constitutivo de UNSAUR sobre compromiso con la democracia.
<http://www.unasursg.org/uploads/61/5e/615e42826e009f160d8d8d420a2086bf/Protocolo-adicional-compromiso-con-la-democracia.pdf> (última visita 2-03-2013)

Detalle de presupuestos de diversas relatorías
<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/finanzas/CIDH%20-%20Ejecuci%C3%B3n%20Presupuestaria%20A%C3%B1os%202011-2012%20-%20Relator%C3%ADas.pdf> (última visita 20-06-2013).

Resolución que pone fin al proceso de reforma. Ag/RES. 1 (XLIV-E/13), 24 de Marzo de 2013 en su punto número 2.

Audio y Vídeo

Rafael Correa en 42ª Asamblea General de la OEA, Cochabamba, Bolivia.
http://www.youtube.com/watch?v=M1cAKP7yREs&playnext=1&list=PL406448BA5338572E&feature=results_video (última visita 14-05-2013)

Vivancos, J.M. Director de Human Rights Watch en el “Seminario Preparatorio para el Fortalecimiento del Sistema Interamericano de Derechos Humanos”, 30 de Mayo de 2012, Washington, en <http://www.cidh.org/audiencias/seminarios/Vivanco.mp3> (última visita 10-05-2013).

5 de Junio Asamblea general de la OEA
<http://www.youtube.com/watch?v=n0LUAakX6-U> (Última visita el 30-06-2013).

LA DESOBEDIENCIA CIVIL EN LOS ESTADOS DEMOCRÁTICOS

CIVIL DISOBEDIENCE IN DEMOCRATIC STATES

José Enrique Candela*

Resumen: Los sistemas políticos democráticos tienen como pilar fundamental el respeto de los derechos y libertades de los ciudadanos así como la garantía jurídica de protección de los mismos. En estos sistemas se producen manifestaciones de descontento no violento contra determinadas decisiones políticas que adoptan forma de desobediencia civil fundamentada en razones de legalidad o moralidad, y sobre la que se encuentran por la doctrina razones a favor y en contra. En este trabajo se presentan cada una de ellas así como la referencia a figuras afines como prueba de la salud democrática de un Estado.

Abstract: *Democratic political systems have as a fundamental pillar respect for the rights and freedoms of citizens and legal protection guarantee them. In these systems nonviolent demonstrations of discontent occur against certain political decisions that take the form of civil disobedience based on reasons of legality or morality, and on which the doctrine are reasons for and against. In this paper we present each and reference to related figures as evidence of the democratic health of a state.*

Palabras claves: desobediencia civil, democracia, derechos fundamentales, objeción de conciencia.

Keywords: civil disobedience, democracy, fundamental rights, conscientious objection.

Fecha de recepción: 21/04/2015

Fecha de aceptación: 29/05/2015

1. INTRODUCCIÓN.

Las actitudes, creencias y sentimientos que los individuos, dentro de una comunidad política poseen, derivan de su experiencia histórica, individual y colectiva. A ellas podemos referirnos como reacciones que los individuos experimentan ante los objetos políticos: las instituciones, los gobernantes y legisladores y las políticas públicas. La cultura política así sería el conjunto de las orientaciones hacia los objetos políticos que posee el conjunto de los ciudadanos. Dicha cultura es un elemento fundamental para explicar la vida y la historia política de un país (Almond y Verba 1992) ¹ que habilita para identificar los indicadores de dicha cultura, cuyo resultado fue la definición de tres ingredientes básicos: lo cognitivo, lo afectivo y lo evaluativo.

* Funcionario de la Administración Local con habilitación de Carácter Estatal. Ayuntamiento de Montánchez (Cáceres). joseenriquecandela@hotmail.com

¹ Almond, G., y Verba, S. (1992). "La cultura política." pp.171-201 en "Diez textos básicos de Ciencia Política." Barcelona: Ed. Ariel.

Las organizaciones actuales incentivan las movilizaciones y actuaciones de protesta generando un atractivo por cuanto el ideal en última instancia de los movimientos sociales es la transformación de nuestra sociedad para que los grupos de poder se vean constreñidos al menos por su presencia y no quedar silenciada su reivindicación sino que, gracias a las redes social y la interconexión con que hoy se vive en el mundo nuestra "sociedad-red" (Castells 2005)² se alcancen cotas de libertad e igualdad reales y efectivas. Los movimientos sociales de protesta emplean hoy estrategias en las esferas mediáticas para llegar a toda la ciudadanía y poder presentar sus argumentaciones contra decisiones que consideran injustas en los múltiples centros de reflexión. Entre sus instrumentos tradicionales hallamos la huelga, manifestaciones pacíficas (sentadas) o virulentas (barricadas) encontrando para ello el apoyo y coordinación tanto de los medios de comunicaciones como de las redes sociales.

La finalidad y objetivo de este trabajo es poner de manifiesto la existencia del descontento social que en los momentos actuales presenta diversidad de manifestaciones que se desarrolla en las sociedades democráticas, resultando ser estas manifestaciones pruebas de salud democrática como cauces de participación ciudadana. Entre ellas la desobediencia civil, adquiere notas definitorias propias que la diferencia de fenómenos como las revueltas, objeción de conciencia, rebeliones..., actuaciones en su mayoría caracterizada por la violencia y que no encontraremos en la desobediencia civil, además de ser ejercida por ciertas minorías en busca del bien de su comunidad. Para ello además es objetivo del trabajo manifestar argumentos a favor y en contra por parte de la doctrina con apoyo en los principales autores de la filosofía política, caso Thoreau ,Rawls , Habermas , Hobbes ,Kant o Arendt, así como la legitimación y/o legalidad que sobre le desobediencia se argumenta.

2.- LOS MOVIMIENTOS SOCIALES Y LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

2.1 Diferencias y características.

El problema de la justificación desde distintos prismas del fenómeno de la desobediencia civil, jurídico, moral y político, se complica por el hecho de que se intentan englobar en el mismo diversas formas de manifestaciones contra la autoridad o las leyes, cursadas por muy variados tipo de movimientos sociales (Tarrow, 2010)³. Dificultad aumentada por el abuso del término para englobar como desobediencia civil actuaciones que van desde las

² Castell Oliván, M. (2005). " *La era de la información (Vol.I.). Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red.*" Madrid: Ed. Alianza.

³ Tarrow, S., " *El Nuevo Activismo Transnacional*" (2010). Barcelona, Ed. Hacer y " *El Poder en Movimiento.*" (2011). 3ª edición, Madrid: Ed. Alianza.

reivindicaciones en Brasil, del Movimiento del campesinado sin tierra, la reunión del Foro Social Mundial en Porto Alegre para manifestar sus oposiciones a la globalización con pretensiones neoliberales, las manifestaciones contra cumbre de la OMC en Seattle que se produjeron en 1999, y que grupos variados desde sindicatos, ecologistas, anarquistas y ciudadanos sin afinidad política, dieron nacimiento a movimientos antiglobalización, a las protestas antinucleares en países europeos, los movimientos de protesta a favor de la causa del pueblo palestino, o la desobediencia no-violenta protagonizada por Gandhi o Martin Luther King. En definitiva se puede comprobar actualmente que en cualquier parte del mundo este instrumento político, la desobediencia civil, es utilizada por infinidad de movimientos sociales, pacifistas, ecologistas, feministas, de objeción de conciencia, minorías étnicas..., para reclamar y conseguir una ansiada transformación social, jurídica, política y económica de la sociedad.

Hay un movimiento popular que une todos los estratos de la clase media, los jóvenes empobrecidos, los trabajadores, la intelectualidad. No son convencionales pues se caracterizan por ser las redes sociales y la llamada "era del facebook" las que forman y une a estos movimientos, que preexisten a la revueltas de protesta y que aparecen interconectados creando una dinámica de movilización y de acción que otorgan un lugar preeminente a la tecnología de la información y de la comunicación.

El pluralismo democrático proporciona la base ideológica y los mecanismos institucionales para ello, siempre que se limite a ciertas reglas (Aguilera de Prat ,1990)⁴. Así contra la política centrada en el Estado y los partidos, en tanto sujetos casi exclusivos encargados de una política estatal y centralizada, el reclamo «social civilista» ha cumplido y cumple con la importante función de reivindicar la participación de los integrantes de la sociedad en las decisiones de la política (Attili Cardamone ,2004)⁵.

Diferenciándose la desobediencia común de la civil (Bobbio Norberto, 1981)⁶ en que mientras la común es un acto que desintegra el ordenamiento, y por lo tanto debe ser impedida o depuesta para que el ordenamiento jurídico sea reintegrado en su "prístino estado", la civil es un acto que apunta en última instancia a cambiar ese ordenamiento, pero acto no destructivo sino innovativo. Se llama "civil" justamente porque quien la cumple considera no cometer un acto de trasgresión de su propio deber de ciudadano sino que considera comportarse como buen ciudadano desobedeciendo en

⁴ Aguilera de Prat, C.R. (1990). " Problemas de la Democracia y de los Partidos en el Estado Social." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 67:93-123.

⁵ Attili Cardamone, A. (2004). "Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos". *Revista de Estudios Políticos*, 126:131-150.

⁶ Bobbio, N. (1981). "Desobediencia civil." pp. 534-539 en "*Diccionario de Política*", Madrid: Ed. Siglo XXI.

esa circunstancia particular. A pesar de que en principio suele ser considerada o interpretada la desobediencia civil como forma de objeción de conciencia, conviene precisar (Arendt, 1998)⁷ que mientras en la desobediencia se canaliza la moral del buen ciudadano, en el objetor sigue la del hombre bueno.

Lo que nos conduce a precisar las notas definitorias y requisitos para delimitar con mayor precisión este fenómeno, como es su carácter civil y de desobediencia del mandato de un soberano así como la aceptación libre y voluntaria de sus consecuencias legales por el incumplidor. Se precisa el conocimiento por el desobediente de sus actuaciones que habrá de manifestarse de manera pública y pacífica con la especificidad de que su intención no es tanto cambiar todo el sistema social y legal sino, al estar comprometido en esta sociedad, instar a los poderosos a un cambio de los elementos que, incidiendo en la sociedad democrática, sean susceptibles de mejora para el desarrollo y bienestar general.

La crítica a la desobediencia en una sociedad democrática por el necesario respeto y aceptación del Derecho de la comunidad, es rebatida por criterios morales (González Vicen, 1979)⁸ resultando fundamento ético para desobedecer el derecho y no para su obediencia.

2.2. Definición.

En el ánimo de abordar este concepto, y yendo en su estudio desde la perspectiva filosófica a través de Kant a otras más actuales y políticas, y por la imposibilidad e inoportunidad de recoger toda la información de nombres propios de la filosofía reciente que han dedicado páginas a pensar la desobediencia civil: Habermas, Rawls, Arendt, Negri,... u otros autores, con importante presencia en la producción filosófica de este país, desde las monografías de Molem Seña o Navarro Aznar a la más reciente de Falcón y Tella, resumimos este concepto, en una primera aproximación, como la desobediencia a una ley por no estar de acuerdo con ella. Sin embargo, la desobediencia civil tiene múltiples factores que son necesarios estudiar o al menos, dejar apuntados, que pueden contribuir a mejorar este concepto.

Así Kant señalaba que en el estado civil los hombres pierden la libertad natural y adquieren libertad jurídica. La libertad jurídica consiste en la capacidad de hacer lo que se quiera a condición de no perjudicar a nadie, y también en la capacidad de no obedecer ninguna ley más que en tanto se le ha podido dar consentimiento, se ha podido consentir interiormente con ella. Según esto último, podría parecer que Kant justifica la desobediencia civil, sin embargo, niega

⁷ Arendt, H. (1998). *"La crisis de la República."* Madrid: Ed. Taurus.

⁸ González Vicen, F. (1979). "La obediencia al Derecho", en *"Estudios de Filosofía del Derecho"*, Universidad de La Laguna, Tenerife: 365-398.

explícitamente el derecho a la desobediencia civil; todas las leyes deben ser acatadas por el hecho de que están establecidas. Es el legislador quien tiene que pensar, a la hora de promulgar leyes, que esas leyes puedan contar con el consentimiento de todos; pero, una vez que una ley está en vigencia, todos los ciudadanos sin excepción tienen la obligación de obedecerla. Esta trasgresión de la legalidad es más profunda y podría definirse como una forma de participación ciudadana que se estima legítima, que toma cuerpo en forma de acto voluntario, intencional, premeditado, consciente, público, colectivo,... y que tiene como pretensión la violación de una ley, disposición gubernativa u orden de la autoridad, cuya validez puede ser firme o dudosa, pero que en cualquier caso es considerada inmoral, injusta o ilegítima por quienes practican semejante desobediencia.

Desde el contexto norteamericano, se elabora una propuesta sobre la desobediencia civil y la considera como un "acto público, no violento, consciente y público, contrario a la ley, cometido habitualmente con el propósito de ocasionar un cambio en la ley o en los programas de gobierno" (John Rawls ,1979)⁹. La desobediencia civil, a partir de la figura de la objeción de conciencia y sabiendo que hay juristas que reconocen que la desobediencia al Derecho puede estar moralmente justificada, pero que jurídicamente no se la puede avalar pues la ley debe cumplirse (Ronald Dworkin ,1989)¹⁰ encontramos a quienes consideran que estos actos se encuentran suficientemente justificados consistiendo en una trasgresión simbólica de las normas exenta de violencia entendida como protesta contra las decisiones vinculantes que, si bien son "legales", son ilegítimas según los principios constitucionales (Jürgen Habermas ,1997)¹¹. Finalmente hay para quien la desobediencia civil consiste en el ejercicio de un derecho, cuando las personas afectadas consideren que en una situación específica la decisión de la autoridad supone una restricción abusiva y que opta por desobedecerla (Estévez Araujo ,1994)¹².

2.3. Argumentos a favor y en contra de la desobediencia civil en Democracia.

Hallamos argumentos a favor en que los objetores actúan por mejores motivos que quienes infringen la ley por codicia (Dworkin,

⁹ Rawls, J. (1979). "*Teoría de la Justicia*." México: Fondo de Cultura Económica y Contreras Peláez, F.J. (2009) . "Notas sobre la Teoría de la Justicia de John Rawls. " *Revista Internacional de Pensamiento Político, I Época , Vol. 4* :137-142.

¹⁰ Dworkin,R.(1989). "*Los Derechos en Serio*." Barcelona: Ed. Ariel.

¹¹ Habermas,J.(1998). "La sociedad civil y sus actores, la opinión pública y el poder comunicativo", en "*Facticidad y Validez*", Ed. Trotta, Madrid: 454-468 y Torres Muro, I. (2002). "Una revisión del Habermas jurídico." *Revista Española de Derecho Constitucional* 66:241-248.

¹² Estévez Araujo,J.A.(1994). "*La Constitución como proceso y la desobediencia civil*." Madrid: Ed. Trotta.

1989b)¹³. La sociedad sufre una pérdida si castiga a algunos de sus ciudadanos leales y respetuosos (Dworkin, 1989c)¹⁴. En el sistema jurídico existe un cierto grado de incertidumbre con respecto a la norma, que sólo puede ser superado por medio de la jurisprudencia. En este sentido "las proposiciones simples y draconianas, según las cuales el crimen debe ser castigado y quien entiende mal la ley debe atenerse a las consecuencias, tiene extraordinario arraigo en la imaginación tanto profesional como popular. Pero la norma del derecho es más compleja y más inteligente y es importante que sobreviva" (Dworkin, 1989d).

En la misma línea (Habermas, 1998)¹⁵ dentro del concepto de paradigma discursivo, se considera que la justificación de la desobediencia civil se encuentra en una comprensión de la Constitución como proyecto inacabado y como medio de participación y manifestación en Democracia, la desobediencia tenderá a robustecer el sistema político democrático. Pues la desobediencia civil tiene su lugar en un sistema democrático, en la medida en que se mantiene cierta lealtad constitucional por el carácter simbólico y pacífico de la protesta.

Otra argumento a favor es la adecuación al principio básico de cualquier Estado democrático, esto es, la participación ciudadana en la toma de decisiones públicas, por lo que podría considerarse como un complemento de la Democracia. También podría considerarse como un instrumento para proteger los derechos de las minorías, sin violentar por ello la regla de la mayoría. Es la dimensión de la desobediencia civil desde el punto de vista de su fin o resultado, lo que nos lleva a comprobar el hecho de que reclamaciones que en principio se consideraban ilegales tras la reclamación se internan y reconocen en el propio sistema político (caso de lucha por los derechos civiles, del sufragio universal o contra las guerras). Y es un elemento primordial para garantizar la esencia comunicativa de la sociedad. Así campos como la luchas en favor del medio ambiente, demuestran una reclamación en perspectiva para futuras generaciones, cuya habilitación se nutre de la naturaleza irreversible de la decisión política.

En contra por otra parte encontramos argumentos por parecer quedar amenazada la concordia ciudadana. La existencia de una necesidad de que los ciudadanos respeten las leyes fundamentales del Estado como garantía para el ejercicio de libertades o que la desobediencia civil reúne, bajo un mismo techo, acciones legales e ilegales, resulta peligroso proponerla como mecanismo para probar la validez de una ley.

¹³ Dworkin, R. 1989, Op. Cit.

¹⁴ Dworkin, R. 1989, Op. Cit.

¹⁵ Dworkin, R. 1989, Op. Cit., pág. 326 y Habermas, J. (1988). "Ensayos políticos" Barcelona: Ed. Península.

Una visión superficial del concepto de la desobediencia civil como una forma de resistencia civil podría llevarnos a pensar, "prima facies" (Kant ,1978) ¹⁶ y llegar a la consideración de que la obediencia al orden jurídico es una exigencia incuestionable para poder hacer efectivo el ejercicio de la propia libertad porque la idea de resistencia o desobediencia al Derecho es eliminada cual contradicción en sí misma. Justificándose el acto de desobediencia civil por virtud de criterios meta jurídicos si se mantiene una relación directa entre el contenido de la norma fundamental de cada sociedad, su Constitución, y la dignidad del ciudadano, caso de J. Rawls o R. Dworkin.

No obstante violentada por el acto legislativo por lo que supondría de agravio al propio sistema social y político de esa sociedad desobedecido todo acto legislativo que limite o viole lo que entendemos por dignidad y desarrollo humano puesto que atentaría contra los principios legitimadores del orden social al que pertenecemos, nos empuja al caso de la Constitución española (en adelante, CE) que reconoce en su artículo 10.1 que "*La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social*". Así que la obligación política no implica un deber de obediencia a la ley concreta sino el deber del ciudadano de respetar y obedecer al Estado mismo .Obligación política que no es absoluta, sino que se obedecerá al Estado sólo en la medida en que éste respete los derechos fundamentales (Andrew Heywood ,2010)¹⁷.

Sin embargo, la desobediencia se desarrolla en una sociedad civil que en los casos de crisis actualiza los contenidos normativos del Estado democrático y los hace valer contra la inercia sistémica del Estado, es decir, que tiene como objetivo último generar una dinámica de cambio en el interior del orden constitucional. Y en este contexto, y aun implicando actos ilegales, si se cumplen una serie de requisitos, podría admitirse esta forma de disidencia. Llegándose a considerar (Marta Lois, 2003)¹⁸ señalando a Habermas, la forma más responsable de incumplir una ley en Democracia, y su existencia como prueba del grado de tolerancia y de salud de una sociedad democrática. Por lo que sólo en estos sistemas democráticos el ciudadano se ve obligado a obedecer porque ha dado su «consentimiento» al sistema de gobierno a través de elecciones

¹⁶ Kant, I. (1978). "*Crítica de la Razón Pura*." Madrid: Ed. Alfaguara y Rubio Carracedo, J. (2006). "Rousseau y Kant: Una relación proteica." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 133: 9-37.

¹⁷ Heywood, A. (2010). "*Introducción a la Teoría Política*." Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

¹⁸ Marta Lois (2003) "Los límites de la obligación política: revolución, revuelta y desobediencia civil." pp.113 en "*Teoría Política: poder, moral y democracia*." Arteta Aisa, A. García Guitán, E. y Máiz Suarez, R. Madrid: Ed. Alianza.

periódicas. De suerte que cuando aparezca la desobediencia es tanto como conculcar una suerte de violación que uno mismo se ha impuesto (Falcón y Tella, 2002)¹⁹ en un sistema democrático en el que se produce una vinculación de maneras voluntaria del ciudadano tras el ejercicio del sufragio y donde se asume este deber por cada ciudadano. Sin obviar que es el propio sistema democrático el que encuentra su fuente de legitimación en habilitar la participación del ciudadano a través de los distintos cauces de participación.

Por lo que hace a nuestra Constitución de 1978, no ofrece un modelo de «Democracia militante», sino de «Democracia pluralista» en la que aquélla ejerce un papel de integración y de consenso (Manuel Salguero, 1997)²⁰. La idea de una Democracia militante o beligerante no es el mejor antídoto contra la disidencia o contra los enemigos de la Democracia. Esta realidad sin embargo choca con que el sometimiento al ordenamiento jurídico por los ciudadanos no encuentra medios de inspección y garantía de lealtad o adhesión al sistema, sino que nos movemos ante nociones de contenido o naturaleza más bien, «moral y política», como dijo Kelsen. La desobediencia civil presentada en los sistemas democráticos no hace sino aparecer como factor que impulsa la aplicación ejecutiva por parte del depositario de la soberanía popular haciendo realidad los principios del sistema democrático, y respetando a su vez su estabilidad, seguridad, y permanencia.

Cuando la desobediencia civil es correctamente ejercida mediante actos públicos, no violentos, los desobedientes están dispuestos a recibir el castigo que la ley impone por el acto de desobediencia; se aducen argumentos serios reconociendo la complementariedad de la esfera pública y la privada, sin pretender sacrificar una en virtud de la otra, y por tanto, en esencia, apelando al sentido de justicia de la población; no existiendo otra opción menos dañina, y por tanto, siendo el último recurso a utilizar, una vez se han agotado todas las vías legales, permitirá el cumplimiento de las metas y objetivos que promueve la Democracia, que es garantizar la concordia social garantizando la libertad y los derechos individuales y políticos. Para finalizar, siguiendo a Kant, "todo esto será posible siempre y cuando se encaje en la exigencia de obrar de tal modo que el uso libre del arbitrio de cada uno pueda coexistir con la libertad de los otros".

¹⁹ Falcón y Tella, M^a.J. (2002). "La obligación política de obediencia del individuo." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 115:104 y 105.

²⁰ Salguero Salguero, M. (1997). "Socialización política y lealtad a la Constitución." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 97:319-332.

2.4. Figuras afines a la desobediencia civil. La objeción de conciencia.

En todo sistema democrático son garantía de su estabilidad y continuidad el que los destinatarios de las normas procedan a su cumplimiento como regla general, no pudiendo sustraerse al mandato imperativo según el que las disposiciones generales tienen (Lacruz Berdejo, 1990)²¹ uno de sus elementos de garantía y seguridad jurídica la obligatoriedad de las normas.

Por lo que hace a la objeción de conciencia, en ámbitos específicos como el ejercicio de la medicina supone la adopción constante de decisiones tanto diagnósticas y pronósticas como terapéuticas y morales dentro de un marco jurídico legal variable (Marín Gámez, 1998)²². De ahí se deduce que el logro de un cierto equilibrio médico-legal-deontológico y moral, debe orientar cada uno de nuestros actos. La objeción de conciencia aquí estudiada la abordamos en su figura de fenómeno socio-jurídico con sus diversas connotaciones de contenido jurídico y moral, no obstante su difícil separación.

Para comprender su diferencia de la desobediencia civil y por las particulares dificultades de su tratamiento jurídico es necesario partir de un concepto riguroso de esta figura: a diferencia de los meros derechos de libertad (la libertad de expresión, reunión, etc.) la objeción de conciencia jurídicamente reconocida, presupone la existencia de un deber legal genérico cuya exención personal, por razones morales, por parte de algunos de sus destinatarios, es también aceptada jurídicamente. Cuando falta aquel deber no se puede hablar de objeción de conciencia propiamente dicha (Ruiz Miguel, 1996)²³. Mientras que el desobediente busca vías de participación más radical, que no son antidemocráticas sino de democracia radical, propugnando la desobediencia civil como complemento necesario de la Democracia (Mejía Quintana, 2003)²⁴ en una cultura política participativa que cuando se fundamenta en razones morales, nos conduce a la objeción de conciencia.

Por lo que atañe a la relevancia constitucional que reviste la conciencia individual, tres son las referencias normativas, más o menos expresas, que podemos hallar en los artículos 16.1, 20.1.d) y 30.2 CE. Por su parte manifestó el Tribunal Constitucional en su Sentencia nº 15/1982, de 23 de abril, que "*la libertad de conciencia*

²¹ Lacruz Berdejo, J.L. (1990). "*Elementos de Derecho civil I .Parte General.*" 3ª ed. Barcelona: Ed. Tirant lo Blanc.

²² Marín Gámez J.A. (1998). "Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del Derecho Constitucional a la vida." *Revista Española de Derecho Constitucional*, 54: 98-118.

²³ Ruiz Miguel, A. (1996). "La objeción de conciencia a deberes cívicos". *Revista Española de Derecho Constitucional* 47:101-214.

²⁴ Mejía Quintana, O. (2003). "La justificación constitucional de la desobediencia civil." *Revista de Estudios Sociales*, Universidad de los Andes 14:76-87.

es una concreción de la libertad ideológica, que nuestra Constitución reconoce en el artículo 16” (FJ 6.º) y en relación con el su contenido fundamental —obsérvese que el Tribunal evita pronunciarse sobre el contenido esencial— del derecho a la objeción de conciencia al servicio militar, donde la STC 15/1982 señaló que «(...) a diferencia de lo que ocurre con otras manifestaciones de la libertad de conciencia, el derecho a la objeción de conciencia no consiste fundamentalmente en la garantía jurídica de la abstención de una determinada conducta —la del servicio militar en este caso— pues la objeción de conciencia entraña una excepcional exención a un deber —el deber de defender a España— que se impone con carácter general en el artículo 30.1 de la Constitución y que con ese mismo carácter debe ser exigido por los poderes públicos. La objeción de conciencia introduce una excepción a ese deber que ha de ser declarada efectivamente existente en cada caso, y por ello el derecho a la objeción de conciencia no garantiza en rigor la abstención del objetor, sino su derecho a ser declarado exento de un deber que, de no mediar tal declaración, sería exigible bajo coacción» (FJ 7.º) (Pomed Sánchez,1994)²⁵. Además podemos considerar la objeción de conciencia en su dimensión de su destinatario o quién la ejerce por cuanto suele ser instrumento de protección de minorías pues si se generalizase entre la población no podría ser aplicada la técnica del deber general por resultar inadecuada.

Este fenómeno de la objeción de conciencia nos sitúa en la referencia de acreditar a cada ciudadano como miembro de una sociedad en la que convive, siendo buscador de la verdad y el bien, lo que se une con el ser social que pretende esa verdad y ese bien para sí y para su sociedad, que impulsa a determinar que la objeción de conciencia debe ir necesariamente unida a la desobediencia civil, pues se comparte el bien común con esa comunidad civil. Si ese bien común, la patria, fuese agredido por leyes inicuas, la responsabilidad personal no terminaría con la objeción de conciencia, absteniéndose de actuar, reclamando la desobediencia civil como conducta activa proyectada hacia los demás (Casanova-Rísoli, 2010)²⁶.

3.- SISTEMA CONSTITUCIONAL Y DESOBEDIENCIA CIVIL.

Desde la perspectiva de la desobediencia civil y su fundamentación o legitimación en el sistema constitucional, el que exista un específico reconocimiento en la dimensión constitucional de un concreto derecho, no conlleva de manera inmediata su aplicación y ejecución. Así de hecho suele existir en los sistemas políticos

²⁵ Pomed Sánchez, L.A. (1994). "Objeción, Insumisión y Servicio Militar obligatorio." *Revista de Administración Pública* 134:155-222.

²⁶ Casanova-Rísoli, E. (2010). "Patria y Bien Común: objeción de conciencia y desobediencia civil." *Revista Persona y Bioética* 14, Vol.2:163-166.

instancias con fundamentos constitucionales y competencias de supremos intérpretes de la norma fundamental (el Tribunal Constitucional en España, el Consejo Constitucional en Francia o en Alemania el Tribunal Constitucional Federal). En muchas ocasiones no bastan sólo los cambios institucionales o constitucionales, si éstos, a su vez, no van acompañados de cambios de hábitos, mentalidad, usos sociales para una vivencia de los valores constitucionales que posibilite una auténtica convivencia democrática (Aguilera Portales, 2006)²⁷.

La comunidad social y política de un territorio es organizada, en sus aspectos estructurales así como en la delimitación de sus órganos del ejercicio de poder mediante la Constitución en cuanto norma fundamental de su ordenamiento jurídico, donde también se reconocen, regulan y garantizan los derechos y deberes de los miembros de esa comunidad, así como sus aspectos económicos, políticos y sociales. Este hecho tiene una notable trascendencia a la hora de albergar un análisis del procedimiento y contenido de una reforma constitucional. Además hay que señalar que para esta reforma el procedimiento de reforma se caracteriza por estar regulado por la propia Constitución en la que encontramos una serie de límites formales y materiales para ello. Las reformas habilitan la adecuación de la norma fundamental así como la continuidad del sistema político y social por ella garantizado al cumplirse principios del procedimiento en el que intervendrán los Parlamentos representativos de la voluntad popular o mediante mecanismos directos como el referéndum o a través de procedimientos donde mezclarse factores combinados de Democracia representativa y Democracia directa. Esta posibilidad de reforma constitucional se conecta con la realidad de fenómenos nuevos, reivindicaciones, nuevas formas de desobediencia civil, protestas, movimientos sociales... que tendrán cabida en el sistema democrático mientras se acepten las reglas constitucionales, una de las cuales es el procedimiento normativo de reforma constitucional.

Así resultando plenamente asumidos por nuestro texto constitucional incluso de forma expresa, el pluralismo político (art. 1.1 CE) que se concreta en pronunciamientos jurisprudenciales. En palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos "el pluralismo, tolerancia y espíritu de apertura caracterizan una sociedad democrática" (Sentencia de 13 de septiembre de 2005) o del Tribunal Constitucional para quien el pluralismo político "permite contemplar en el marco de la Constitución diversas soluciones legales" (STC 6/1984); justifica que una misma corriente ideológica pueda tener diversas expresiones políticas que lleven a denominaciones parcialmente coincidentes (STC 107/1991); pero también impide que

²⁷ Aguilera Portales, R.E. (2006). "La Constitución y la Desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales." *Criterio Jurídico*, Santiago de Cali, Vol. 6:93-114.

pueda ser ignorada la adscripción política de los representantes en la configuración de órganos en que se integran dichos representantes (STC 32/1985) sabiendo que "en un sistema institucional en que la delegación abarca la práctica totalidad de las decisiones políticas, el derecho de participación directa que ampara el art. 23.1 CE , así como las libertades de expresión e información, deben reforzar las formas de incidencia ciudadana en la conformación de una opinión pública sustentada en el pluralismo político" (STS 23 de mayo de 2014). Así pues reconocido por la Constitución el derecho al honor, no excluye la crítica de la conducta del otro, "aun cuando la misma sea desabrida y pueda molestar, inquietar o disgustar a quien se dirige" (SSTC 6/2000, de 17 de enero; 49/2001, de 26 de febrero; y 204/2001, de 15 de octubre), pues así lo requieren el pluralismo, la tolerancia y el espíritu de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática (STC 9/2007, de 15 de enero).

Realidad que tiene como consecuencia fundamental el impedir que la Constitución sea entendida como un «orden cerrado» ante el que no quepa defender opciones ideológicas diferentes o incluso contrarias al mismo (Díaz Revorio ,1998)²⁸. Y, por lo que se refiere a los poderes públicos —especialmente al legislador—, implica que no se encuentra tampoco con un marco cerrado dentro del que no quepan diferentes formas de desarrollar las correspondientes funciones políticas; aunque en este caso, como es lógico, sólo caben aquellas opciones políticas compatibles con el sistema constitucional de valores que, en líneas generales, serían todas las tendencias políticas mientras estas sean democráticas.

Ante el argumento del carácter revisable del texto constitucional por cuanto todos los hechos y circunstancia de un día determinado provocaron el acuerdo, puede que pasado el tiempo la ciudadanía vea modificadas las circunstancias y esto habilite una posible reforma, incluida la de sus instituciones. Por ello que tampoco los principios constitucionales deban considerarse inalterables, no obstante la especialidad en el procedimientos de reforma, ya reseñado, como aval de estabilidad de la convivencia (Gómez Sánchez ,1998)²⁹, lo que no obstará a que en sociedades plurales, la apelación a esos principios mutuamente compartidos haya de ser más entendible por el resto de los ciudadanos sobre los que se trata de llamar la atención con el acto desobediente. En cualquier caso habrá que tener en cuenta que los textos legales, Constitución incluida, son hechura humana, fenómenos históricos, históricamente revisables: los acuerdos que un día pueden alcanzarse, tal vez, al cabo de un cierto tiempo ya no se den, y por tanto, se justifique la adopción y cambio para albergar en su seno nuevas realidades sociales.

²⁸ Díaz Revorio, F.J. (1998). " Algunas ideas sobre los valores la Filosofía jurídica y política." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 102:129-159.

²⁹ Gómez Sánchez, C. (1998). "Disidencia ética y desobediencia civil" *Revista ÉNDOXA* 10: 387-409.

4. JUSTIFICACIÓN ÉTICA O MORAL DE LA DESOBEDIENCIA CIVIL.

Por lo que hace a la justificación ética o moral del acto de la desobediencia no se debe confundir con un acto íntimo de conciencia psicológica, pues la fuerza que requiere el paso de la desobediencia en la teoría a la práctica exige un fuerte convencimiento, ser fiel –lo decía el propio Gandhi- a *“la voz de la conciencia”*. Si la principal fuente de justificación de la desobediencia civil sería *“la idea, religiosa en origen y posteriormente laicizada en la doctrina del derecho natural, de una ley moral que obliga a los hombres en cuanto hombres, y que, como tal, obliga independientemente de toda coacción, es decir, en conciencia; y se distingue de la ley de la autoridad pública, que obliga sólo exteriormente y si lo hace en conciencia es sólo en la medida en que se adecua a la ley moral”* (de Mingo Rodríguez,2010)³⁰. Aún hoy, los grandes movimientos de desobediencia civil, desde Gandhi a Martin Luther King, han tenido una fuerte impronta religiosa. En cierta ocasión, Gandhi se dirigió de este modo a un tribunal que lo juzgaba por un acto de desobediencia civil: *“Me atrevo a hacer esta declaración no ciertamente por eludir el castigo que deberá imponérseme, sino para demostrar que he desobedecido el orden que se me ha impuesto no por falta de respeto a la autoridad legítima, sino para obedecer a la ley más elevada de nuestro ser: la voz de la conciencia”* (Bobbio ,1997)³¹.

En el campo del Derecho y del Estado (Roger Campione, 1999)³² la crítica fascista se lanzó violentamente contra la tradición democrática del racionalismo iusnaturalista: si puede parecer equívoca la contraposición entre Rousseau y Hegel, más clarificadora resulta la de Rousseau y Nietzsche. Aparte, cuando la sociedad civil está metida en un puño por la dictadura, la instancia iusnaturalista debería funcionar como factor elevador de conciencia y libertad (Roger Campione ,1999). Sobre los fundamentos constitucionales del Estado la Constitución española no ha seguido el estricto modelo kelseniano de justicia constitucional (o el francés, coincidente en este extremo con el austríaco), modelo que, en principio, limita al Tribunal Constitucional a hacer valer el carácter normativo de la Constitución. Por el contrario, ha sido más bien el modelo alemán de la Grundgesetz el que ha sido tenido en cuenta por el constituyente y el que, finalmente, se ha impuesto. El monopolio del Tribunal Constitucional es sólo de rechazo o de expulsión de las Leyes que

³⁰ de Mingo Rodríguez, A. (2010). "Noviolencia, desobediencia civil y ejemplaridad. Una aproximación al pensamiento ético-político de M. Ghandi." *Revista de Paz y Conflictos* 3: 62-75.

³¹ Bobbio, N. (1997). *“El tercero ausente”*, Madrid: Ed. Cátedra.

³² Roger Campione,T.(1999). "Fascismo y filosofía del derecho." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 103:297-315.

contradigan la Constitución, pero no de cualquier aplicación de ésta (García de Enterría, 1998)³³.

Por su parte analizando la idea de libertad de Hobbes, permanecer libres en una Democracia es sólo decir que, porque aprobamos las leyes nosotros mismos, no vivimos sometidos a nadie (Quentín Skinner, 2006)³⁴ pero deducir que esto nos deja libres "es simplemente confundir libertad con gobierno". Hobbes está ahora en situación de responder que no es menos posible vivir como hombre libre mientras vivimos en total sujeción a la forma más absoluta de soberanía monárquica que pueda imaginarse. Para ver cómo defiende esta paradoja central, tenemos que empezar por recordar porqué cada uno obedece siempre a la ley en cualquier tipo de Estado. La respuesta de Hobbes en "De cive" había sido que nuestro único motivo es el miedo que experimentamos cuando deliberamos acerca de las consecuencias de la desobediencia (Quentín Skinner, 2007)³⁵.

También desde la dimensión aportada por Kant encontramos legitimaciones morales para el desobediente desde el momento que manifestara que "Una constitución que promueva la mayor libertad humana de acuerdo con leyes que hagan que la libertad de cada uno sea compatible con la de los demás (...) es, como mínimo, una idea necesaria, que ha de servir de base, no sólo al proyecto de una constitución política, sino a todas las leyes", que conducen a que las líneas de justificación de la desobediencia civil que recurre a la existencia de fundamentos meta jurídicos sobre los que se sustentan las propias Constituciones que plantean que la desobediencia es muchas veces el ejercicio mismo de un derecho o que consideran que es un mecanismo de actualización de los contenidos de los regímenes democráticos, tienen en esas ideas "una fuente de la que beber o un espejo con el que contrastarse" (Olmo Bau, 2004)³⁶.

La fundamentación del cumplimiento de las leyes en consideraciones prudenciales (Luciano Venezia, 2010)³⁷ no es consistente con el principio hobbesiano de obediencia (casi) absoluta. En cambio, esta concepción tiene un carácter auto-frustrante, en tanto el auto-interés puede ser la piedra de toque para justificar tanto

³³ García de Enterría, E. (1998) "Los fundamentos constitucionales del Estado." *Revista Española de Derecho Constitucional* 52:11-32.

³⁴ Quentín Skinner, I. (2006). "La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes parte I. La libertad antes de Leviatán." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 134:35-69.

³⁵ Quentín Skinner, I. (2007). "La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes parte II: La libertad en Leviatán." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 135:11-36.

³⁶ Kant, I. (1978). "Crítica de la Razón Pura." Madrid: Ed. Pedro Ribas, Alfaguara, y Olmo Bau, C.S. (2004). "Kant: lecturas para el estudio de la desobediencia civil." *Revista de Filosofía* 33:187-193.

³⁷ Venezia, L. (2010). "El cumplimiento de la obligación de obediencia al Leviatán Hobbes, Skinner y la «mitología de la coherencia» (1)." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 149:151-184.

la obediencia política como la desobediencia al Estado, la conexión entre régimen político y sistema de socialización ajustado a la eticidad del Estado fue percibida como necesaria por Hobbes y por Rousseau. El primero sostenía que los hombres se tornan aptos para la sociedad no por naturaleza, sino por educación y asimilación de hábitos y actitudes de obediencia y sometimiento a las leyes de la República (Salguero, 1997)³⁸. Considerando que la reforma de la Universidad era el paso necesario hacia el orden político adecuado “*la instrucción del pueblo depende totalmente de una acertada enseñanza de la juventud en las Universidades*” (Moya y Escohotado, 1980)³⁹.

En el ámbito de la justificación ética del fenómeno de la desobediencia civil es trascendental la gangrena que supone la corrupción política, toda vez que un factor de nuestra actual cultura política es el de la desafectación de la Política, de las que la corrupción tiene una importantísima responsabilidad, hasta el punto (Carro Fernández-Valmayor, 2010)⁴⁰ de que la actuación de la Administración pública vinculada a los intereses generales debe, naturalmente, tener como base los derechos fundamentales y las libertades públicas. Sólo a partir del estricto respeto a éstos es cuando se puede hablar de valores y reglas de conducta ética de las Administraciones públicas, evitando caer en un indeseable relativismo. De otro lado, ha sido observado, con acierto, que en la defensa de los derechos humanos, de la Democracia y de la igualdad de oportunidades se encuentra el marco de lo correcto, el marco que delimita la frontera entre el ejercicio honesto de toda acción pública y su ejercicio inmoral. Otro elemento de este pesimista diagnóstico es la falta de configuración de la persona como centro del sistema y la pérdida de la referencia, básica, de la Democracia como sendero que debe promover las condiciones necesarias para el pleno desarrollo del ser humano y para el libre ejercicio de sus derechos fundamentales. Reflexión que toma fuerza de razón con la sistemática interpretación del Tribunal Constitucional sobre las tres disposiciones de la Constitución en materia de igualdad (art. 1.1, 14 y 9.2) lo que no arroja dudas de que la rigurosa igualdad de trato sea constitucionalmente exigible cuando esté en juego el derecho fundamental de la participación en sociedad, siendo la desobediencia civil una de sus manifestaciones pasivas.

Esta realidad encuentra múltiples muestras de descontento social con ejemplos en las sociedades de nuestros tiempos, de las que la primavera árabe, el movimiento 15-M, las manifestaciones antiglobalización del FSM... que son una buena demostración. Ahora

³⁸ Salguero Salguero, M. (1997). Op. Cit.

³⁹ Moya, C., y A. Escohotado, A. (1980). “*TH. HOBBS: Leviatán*”, Editora Nacional, Madrid: Ed. Nacional.

⁴⁰ Carro Fernández-Valmayor, J.L. (2010). “Ética pública y normativa administrativa.” *Revista de Administración Pública* 181:9-37.

bien ¿debe una sociedad democrática tolerar la desobediencia a la ley como forma de protesta? Dada la inevitable imperfección de las democracias representativas y ante el descrédito cada vez más generalizado de los partidos políticos y de los representantes gubernamentales, los movimientos de protesta y la desobediencia civil no deberían considerarse una señal de abandono del orden democrático, sino una forma excepcional y tolerable de participación política en el interminable proceso de construcción de la Democracia (Julieta Marcone, 2009)⁴¹. En verdad, que en los ordenamientos democráticos contemporáneos la referencia al Derecho natural parece ser poco utilizable, y no puede servir dicha referencia, en cuanto tal, de parámetro de legitimidad en el juicio de constitucionalidad. No sirve referirse de modo bastante simple al Derecho natural, puesto que éste no ofrece la clave de individuación de los valores que caracterizan al ordenamiento y desde los que ejercitar eventualmente el control de constitucionalidad (Agatino Carióla ,2002)⁴².

En los sistemas democráticos aparecen los valores fundamentales de toda la convivencia que son necesariamente respetadas por las minorías, por la colectividad y por las instituciones, circunstancia que sin embargo nos lleva a que, en la aportación de Maistre, Dios está escrito en todas partes del universo y sobre todo, en los hombres que, dotados de inteligencia y voluntad, gozan de ciertos márgenes de libertad para alterar superficialmente el mundo que han heredado, pero sólo eso. Por haber creído lo contrario, por haber cometido un acto de orgullo y soberbia contra la ley establecida por su creador, el origen de la violencia, es atribuible sola y exclusivamente a la rebelión humana contra el orden natural, es decir, divino (José María Osés ,1980)⁴³.

Para terminar con la injusticia permitida o cometida por el Estado, los ciudadanos (González Marsal, 2010)⁴⁴ deberán ser verdaderamente libres, guiarse por los dictados de la justicia. Este actuar en libertad para dejar de colaborar con la injusticia se concretará de diferentes formas: no pagando el impuesto correspondiente, liberando a los esclavos o al acudir a votar. En este sentido, Thoreau arengó que *“sólo puede acelerar la abolición de la esclavitud el voto de aquellos que hagan valer su propia libertad con el voto”* (Thoreau ,2002)⁴⁵. Thoreau en su obra más significativa *“Desobediencia civil”*, consideró que *“las leyes injustas existen:*

⁴¹ Marcone, J. (2009). *“Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas”*, Revista Andamios 10, Vol. 5 :39-69.

⁴² Carióla, A. (2002). *“El Derecho Natural y la Historia .La afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático”*, Revista de Estudios Políticos (nueva época), 116:107-143.

⁴³ Osés, J.M^a.(2001).*“Maistre y la Constitución.” Revista Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales* 5: 123-144.

⁴⁴ González Marsal, C.(2010).*“ Desobediencia civil: Volviendo a Thoreau, Gandhi y M.L. King.” Revista Foro, Nueva época* 11-12:147-191.

⁴⁵ Thoreau, H.D. (2002).*“Desobediencia civil.”* Palma de Mallorca: J. J. de Olañeta.

¿deberíamos contentarnos con obedecerlas, o bien deberíamos luchar por enmendarlas?, ¿y deberíamos seguir obedeciéndolas hasta que tuviésemos éxito, o bien deberíamos transgredirlas inmediatamente? Por otra parte para Rawls (Patricio Carvajal, 1992)⁴⁶ existe en primer lugar una obligación natural de obedecer el derecho en un Estado democrático, pues la democracia supone en sí un sistema social bien ordenado, esto es, un grado de justicia y moralidad que se aproxima bastante a una situación que se puede considerar como cercana al paradigma ideal en la realización de la justicia material; en consecuencia, prácticamente la desobediencia resulta innecesaria. Asimismo, para Rawls el problema de la desobediencia civil es un problema fundamental que se da en cuanto a un conflicto de obligaciones pues (Hernández Valdez, 2002)⁴⁷ en la perspectiva de Rawls, centrada su teoría de la desobediencia civil, así como toda su teoría de la justicia en el individuo, sólo el deber natural de la justicia es relevante para la teoría de la desobediencia civil, ya que la nota distintiva de los deberes naturales de las obligaciones es que *"se nos aplican con independencia de nuestros actos voluntarios"*. Mientras que analizando a Arendt, estando interesado el hombre en sí mismo, la obligación surge solamente de este interés, impulsando a que llagará a que el desobediente civil, no sólo asegura que sus actos son moralmente correctos sino que estima que contribuyen usualmente al bienestar público (Guillermo Portela, 2006)⁴⁸. En definitiva el carácter de ilícito, el objeto de éste, la forma directa o indirecta del acto infractor, el carácter de último recurso, la aceptación de la sanción, el carácter excepcional, la responsabilidad, el carácter colectivo, la publicidad, la proporcionalidad, el grado de violencia, los elementos simbólicos, la finalidad educativa, los fines innovadores, la delimitación frente a figuras más o menos afines, el grado de lealtad constitucional, las líneas de justificación o legitimidad, la antinomia ley-principio, la antinomia derecho natural-derecho positivo, la antinomia derecho objetivo-derecho subjetivo;... son elementos sobre los que han trabajado y trabajan quienes se han acercado al tema de la

⁴⁶ Patricio Carvajal, A. (1992). "Derecho de resistencia, Derecho a la revolución, Desobediencia Civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I)." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 76:63-101.

⁴⁷ Hernández Valdez, A. (2002). "La acción grupal como forma de justificar la desobediencia civil: una relectura de Rawls, Walzer y Kymlicka", *Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad* 23, Vol. VIII: 33-74 y Roiz Parra, J. (1998). "La teoría Política de Sheldon Wolin (1)", *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 101:45-74.

⁴⁸ Guillermo Portela (2006). "La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia", *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín (Colombia)* 105, vol. 36:341-360 y Arendt, H. (1999). "Crisis de la República." Madrid: Ed. Taurus.

desobediencia civil (Olmo Bau,2006)⁴⁹. De manera que quienes toman la decisión de una desobediencia civil como forma pacífica de manifestar su desacuerdo, permitida en el sistema democrático que es donde alcanza mayor posibilidades de éxito, no impide cierta paradoja pues en la desobediencia civil suele alegarse razones de índole moral precisamente contra un sistema que puede hacer valer su superioridad frente a cualquier otra forma real de gobierno en virtud de la incorporación en su seno de importantes elementos propios del discurso moral: caso del proceso democrático como medio único reconocible si se posibilita tanto el ejercicio de la soberanía popular —mediante la aplicación de la regla de la mayoría— como el disfrute de los derechos humanos (Velasco Arroyo ,1996)⁵⁰.

En cualquier sistema democrático se velará por el respeto a cualquier opinión y garantizará la ausencia de discriminaciones por esta razón, que lleva a un idea de tolerancia que (Díaz Coronado, 2011)⁵¹ aparece como una demanda política, una virtud ética y un principio constitucional significativo de todo Estado democrático. Cuando un individuo toma la decisión de infringir una ley, aceptando someterse a juicio y acatando el castigo, nos encontramos ante la figura de la desobediencia civil.

5.- CONCLUSIONES.

Por tanto sabiendo que bien puede entenderse que allá donde se ha constitucionalizado el derecho de resistencia en los Estados democráticos, la resistencia intraordinamental no se agota en la resistencia legal. De otro lado, la crítica es un elemento consustancial al propio funcionamiento de la Democracia y ciertas dosis de crítica tienen una energía creativa importante como fuerza motora del cambio y la innovación (Ugartemendia Eceizabarrena, 1999)⁵².

Son precisamente las relaciones de cambio en todos los órdenes las que nos llevan a entender el fenómeno de la desobediencia civil, pues si por una parte parece incuestionable la aceptación del sistema político democrático como forma de gobierno legitimada por los ciudadanos y donde éstos pueden más fácilmente hacer realidad sus libertades y encontrar garantías de satisfacción, también debe considerarse que las novedades en los órdenes económico, político, cultural crean Estados con relaciones

⁴⁹ Olmo Bau, C.S. (2006). "Desobediencia civil/ Disobbedienza civile. (Italia: tan lejos ,tan cerca)." *Revista de Filosofía*, 39:95-104.

⁵⁰ Velasco Arroyo, J.C. (1996). "Tomarse en serio la desobediencia civil. Un criterio de legitimidad democrática", *Revista Internacional de Filosofía Política* 7:159-184.

⁵¹ Díaz Coronado, Y.M. (2011). "Legitimidad política y jurídica de la desobediencia civil en el Estado democrático de derecho." *Revista Letras jurídicas: revista electrónica de derecho*, Universidad de Guadalajara 12: 1-17.

⁵² Ugartemendia Eceizabarrena,J.I.(1999). " El Derecho de resistencia y su «constitucionalización»." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 103:213-245.

interestatales que modulan sus signos de identidad, fundamentalmente su soberanía, y que hacen a sus ciudadanos responder ante este malestar mediante formas de descontento; manifestaciones de crítica que no son ajenas a la libertad que la Democrática concede sino que son innatas a su realidad y funcionamiento pues, como se ha puesto de manifiesto, se produce una tensión importante entre los ritmos de cambio de la sociedad civil y las instituciones políticas, sometidas a la inercia social y a una capacidad de adaptación limitada (Herrera Gómez y Jaime Castillo, 2004)⁵³. Desobediencia como recurso moral y político que dotará de sostenibilidad al sistema constitucional, aunque sea un recurso ilegal, y que sin ser un derecho fundamental es una forma de ejercicio de los mismos (Díaz Coronado, 2009)⁵⁴.

En la fundamentación de la desobediencia civil que hemos tratado existirán pues tres elementos interrelacionados que se darán de manera constante en el ciudadano, como miembro de la sociedad es su dimensión moral, la jurídica y la política. Es lo que dentro del polémico tema de la obediencia al Derecho manifiesta el tridimensionalismo en la distinción entre una obligación moral, una obligación jurídica y una obligación política, en los planos valorativo, normativo y empírico, respectivamente. Una de las principales justificaciones morales de la desobediencia al Derecho éticamente fundada —por ejemplo, la desobediencia civil— es la justificación utilitarista —en base al bien público y común—. Al igual que ocurre con las fundamentaciones iusnaturalista —como apelación a una ley natural superior— y la relativista —fundada en los imperativos de la conciencia individual— se trata también aquí de una justificación ética o moral (Falcón y Tella, 2004)⁵⁵. No obstante, del mismo modo que la justificación iusnaturalista es valor puro y la justificación relativista tiene un cierto enfoque lógico, la justificación utilitarista tiene un alcance en cierto modo práctico, que la orienta a los hechos, al plano empírico-fáctico del tridimensionalismo.

El momento actual es un momento de cambio y de necesaria adaptación de unas instituciones políticas, que surgieron con la democracia liberal, al contexto de sociedades cada vez más complejas y heterogéneas. Momento en que cobra una notable fuerza y trascendencia la figura de la desobediencia civil como acto político y público; político por cuanto va dirigido a quien ejerce el poder político guiado por principios políticos, principios de justicia que regulan la

⁵³ Herrera Gómez, M., y Jaime Castillo, A.M. (2004). " Sistema Político y Sociedades complejas: Estabilidad y cambio." *Revista de Estudios Políticos (nueva época)* 126:177-224.

⁵⁴ Díaz Coronado, Y.M. (2009). "Apuntes sobre la legitimidad moral, política y jurídica de la desobediencia civil en un Sistema democrático", *Konvergencias: Revista de Filosofía y Culturas en Diálogo*, 20:303-314.

⁵⁵ Falcón y Tella, F.(2004). "*Valores, Normas y Hechos en el Derecho.*" *Revista de Estudios Políticos (nueva época)*,126:321-334.

Constitución y las instituciones sociales y públicos pues no sólo se dirige a principios públicos sino que se comete en público ya que se da a conocer abiertamente ,con una aviso necesario ,por lo que no es violento pues cualquier violación de las libertades civiles de los demás, oscurece la calidad de la desobediencia civil.

6-. BIBLIOGRAFÍA.

Aguilera Portales, R.E. (2006). " *La Constitución y la Desobediencia civil como proceso en la defensa de los derechos fundamentales.*" Criterio Jurídico, Santiago de Cali, Vol. 6:93-114.

Aguilera de Prat, C.R. (1990). " *Problemas de la Democracia y de los Partidos en el Estado Social.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 67:93-123.

Almond.G., y Verba,S. (1992). " *La cultura política.*" pp.171-201 en "Diez textos básicos de Ciencia Política." Barcelona: Ed. Ariel.

Arendt,H.(1998). " *La crisis de la República.*" Madrid: Ed. Taurus.

Attili Cardamone, A. (2004). " *Ciudadanía, sociedad civil y la redefinición de los espacios públicos.*" Revista de Estudios Políticos, 126:131-150.

Bobbio N. (1981). " *Desobediencia civil.*" pp.534-539 en "Diccionario de Política", Madrid: Ed. Siglo XXI.

Bobbio, N. (1997). " *El tercero ausente*", Madrid: Ed. Cátedra.

Carióla, A. (2002). " *El Derecho Natural y la Historia .La afirmación de la libertad de conciencia en el Estado democrático.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 116:107-143.

Carro Fernández-Valmayor, J.L. (2010). " *Ética pública y normativa administrativa.*" Revista de Administración Pública 181:9-37.

Casanova-Rísoli, E. (2010). " *Patria y Bien Común: objeción de conciencia y desobediencia civil.*" Revista Persona y Bioética 14, Vol. 2 :163-166.

Castell Oliván, M. (2005). " *La era de la información (Vol.I.). Economía, Sociedad y Cultura. La Sociedad Red.*" Madrid: Ed.Alianza.

de Mingo Rodríguez, A.(2010). " *Noviolencia, desobediencia civil y ejemplaridad. Una aproximación al pensamiento ético-político de M. Ghandi.*" Revista de Paz y Conflictos 3: 62-75.

Díaz Coronado, Y. M. (2009). " *Apuntes sobre la legitimidad moral, política y jurídica de la desobediencia civil en un Sistema democrático*" Konvergencias: Revista de Filosofía y Culturas en Diálogo 20:303-314.

Díaz Coronado, Y.M. (2011). " *Legitimidad política y jurídica de la desobediencia civil en el Estado democrático de derecho.*" Revista Letras jurídicas: revista electrónica de Derecho, Universidad de Guadalajara 12: 1-17.

Díaz Revorio, F.J. (1998). " *Algunas ideas sobre los valores la Filosofía jurídica y política.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 102:129-159.

Dworkin, R. (1989). " *Los Derechos en Serio.*" Barcelona: Ed. Ariel.

Dworkin, R. 1989, Op. Cit., pág. 326

Estévez Araujo, J. A. (1994). " *La Constitución como proceso y la desobediencia civil.*" Madrid: Ed. Trotta.

Falcón y Tella, M^a. J. (2002). " *La obligación política de obediencia del individuo.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 115:104 y 105.

Falcón y Tella, F. (2004). " *Valores, Normas y Hechos en el Derecho.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 126:321-334.

García de Enterría, E. (1998). " *Los fundamentos constitucionales del Estado.*" Revista Española de Derecho Constitucional 52:11-32.

Gómez Sánchez, C. (1998). " *Disidencia ética y desobediencia civil.*" Revista ÉNDOXA 10: 387-409.

González Marsal, C. (2010). " *Desobediencia civil: Volviendo a Thoreau, Gandhi y M.L. King.*" Revista Foro, Nueva época 11-12:147-191.

González Vicen, F. (1979). " *La obediencia al Derecho*", en "Estudios de Filosofía del Derecho", Universidad de La Laguna, Tenerife: 365-398.

Guillermo Portela (2006). " *La justificación iusnaturalista de la desobediencia civil y de la objeción de conciencia*", Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Medellín (Colombia) 105, vol.36 :341-360

Habermas, J. (1998). " *La sociedad civil y sus actores, la opinión pública y el poder comunicativo*", en "Facticidad y Validez", Ed. Trotta, Madrid: 454-468

Habermas, J. (1988). " *Ensayos políticos*" Barcelona: Ed. Península.

Arendt, H. (1999). " *Crisis de la República.*" Madrid: Ed. Taurus.

Hernández Valdez, A. (2002). " *La acción grupal como forma de justificar la desobediencia civil: una relectura de Rawls, Walzer y Kymlicka*", Revista Espiral, Estudios sobre Estado y Sociedad 23, Vol. VIII :33-74

Herrera Gómez, M., y Jaime Castillo, A.M. (2004). " *Sistema Político y Sociedades complejas: Estabilidad y cambio.*" Revista de Estudios Políticos (nueva época) 126:177-224.

Heywood, A. (2010). " *Introducción a la Teoría Política.*" Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.

Kant, I. (1978). " *Crítica de la Razón Pura.*" Madrid: Ed. Pedro Ribas, Alfaguara.

Kant, I. (1978). " *Crítica de la Razón Pura.*" Madrid: Ed. Alfaguara.

Lacruz Berdejo, J.L. (1990). " *Elementos de Derecho civil I .Parte General.*" 3^a ed. Barcelona: Ed. Tirant lo Blanc.

- Marín Gámez J.A. (1998). *"Reflexiones sobre la eutanasia: una cuestión pendiente del Derecho Constitucional a la vida."* Revista Española de Derecho Constitucional, 54: 98-118.
- Marta Lois (2003) *"Los límites de la obligación política: revolución, revuelta y desobediencia civil."* pp.113 en *"Teoría Política: poder, moral y democracia."* Arteta Aisa, A. García Guitán, E. y Máiz Suarez, R. Madrid: Ed. Alianza.
- Marcone, J. (2009). *"Las razones de la desobediencia civil en las sociedades democráticas"* Revista Andamios 10, Vol. 5:39-69.
- Mejía Quintana, O.(2003).*"La justificación constitucional de la desobediencia civil."* Revista de Estudios Sociales, Universidad de los Andes 14:76-87.
- Moya ,C., y A. Escohotado, A.(1980). *"TH. HOBBS: Leviatán"*, Editora Nacional, Madrid: Ed. Nacional
- Olmo Bau, C.S. (2006).*"Desobediencia civil/ Disobbedienza civile. (Italia: tan lejos, tan cerca)"* Revista de Filosofía, 39:95-104.
- Olmo Bau, C.S. (2004).*"Kant: lecturas para el estudio de la desobediencia civil."* Revista de Filosofía 33:187-193.
- Osés, J. M^a. (2001).*"Maistre y la Constitución."* Revista Historia y política: Ideas, procesos y movimientos sociales 5: 123-144.
- Patricio Carvajal, A. (1992). *"Derecho de resistencia, Derecho a la revolución, Desobediencia Civil. Una perspectiva histórica de interpretación. La formación del derecho público y de la ciencia política en la temprana Edad Moderna (I)."* Revista de Estudios Políticos (nueva época) 76:63-101.
- Pomed Sánchez, L. A. (1994) .*"Objeción, Insumisión y Servicio Militar obligatorio."* Revista de Administración Pública 134:155-222.
- Quentín Skinner, I. (2006).*"La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes parte I. La libertad antes de Leviatán"* Revista de Estudios Políticos (nueva época) 134:35-69.
- Quentín Skinner,I. (2007). *"La teoría evolutiva de la libertad de Thomas Hobbes parte II: La libertad en Leviatán"* Revista de Estudios Políticos (nueva época) 135:11-36.
- Rawls, J.(1979).*"Teoría de la Justicia"* México: Fondo de Cultura Económica y Contreras Peláez, F.J. (2009). *"Notas sobre la Teoría de la Justicia de John Rawls."* Revista Internacional de Pensamiento Político, I Época, Vol. 4:137-142.
- Roger Campione,T.(1999). *"Fascismo y filosofía del derecho."* Revista de Estudios Políticos (nueva época) 103 :297-315.
- Roiz Parra, J.(1998).*"La teoría Política de Sheldon Wolin (1)"*, Revista de Estudios Políticos (nueva época) 101:45-74.
- Rubio Carracedo,J. (2006). *"Rousseau y Kant: una relación proteica."* Revista de Estudios Políticos (nueva época) 133: 9-37.
- Ruiz Miguel ,A.(1996). *"La objeción de conciencia a deberes cívicos"* Revista Española de Derecho Constitucional 47:101-214.

Salguero Salguero, M.(1997). "*Socialización política y lealtad a la Constitución*". Revista de Estudios Políticos (Nueva Época) 97:319-332.

Tarrow, S., "*El Nuevo Activismo Transnacional*." (2010). Barcelona, Ed. Hacer y "*El Poder en Movimiento*." (2011). 3ª edición, Madrid: Ed. Alianza.

Thoreau, H.D. (2002). "*Desobediencia civil*." Palma de Mallorca: J. J. de Olañeta.

Torres Muro, I.(2002). "*Una revisión del Habermas jurídico*." Revista Española de Derecho Constitucional 66:241-248.

Ugartemendia Eceizabarrena, J. I.,(1999). "*El Derecho de resistencia y su «constitucionalización»*." Revista de Estudios Políticos (nueva época) 103:213-245.

Velasco Arroyo ,J.C.(1996). "*Tomarse en serio la desobediencia civil. Un criterio de legitimidad democrática*", Revista Internacional de Filosofía Política 7:159-184.

Venezia, L. (2010). "*El cumplimiento de la obligación de obediencia al Leviatán :Hobbes, Skinner y la «mitología de la coherencia» (1)*." Revista de Estudios Políticos (nueva época) 149:151-184.