



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 23 – Enero 2016 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *El problema de la inflación de los derechos y las incongruencias de las teorías minimalistas*, por Michelle Zezza.
- 13 *Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud*, por Tomás Gómez Franco y José Ramón Repullo Labrador.
- 35 *El desarrollo de los planes de acción nacional sobre empresa y derechos humanos y el estado actual de los planes de acción sobre RSC: España y los Países Nórdicos*, por María del Mar Rojas Buendía.
- 92 *El sujeto liberal abstracto como titular de derechos en la construcción de un modelo homogéneo y excluyente*, por Carlos Mario López Rojas.
- 119 *El Acceso a... ¿dónde? La “domesticidad” como elemento de análisis sobre la “intersección” existente entre mujer y discapacidad*, por Rubens Ramón Méndez.
- 134 *Condicionantes sociales de la salud: especial atención a la salud de las mujeres*, por Inés Dayana Méndez Aristizábal.
- 159 *Cimentando en valores para empoderar en derechos y al derecho. Empatía del reconocimiento. Una reflexión desde la filosofía de Hegel*, por Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte.

Participan en este número

Michele Zezza, Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla (Italia).

Tomás Gómez Franco, Doctor en Economía, Profesor Universidad Carlos III de Madrid (España).

José Ramón Repullo Labrador, Doctor en Medicina y Cirugía, profesor y jefe del Departamento de Planificación y Economía de la Salud de la Escuela Nacional de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III (España).

María del Mar Rojas Buendía, Doctora en Derecho-Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid (España).

Carlos Mario López Rojas, Abogado y Magister en Estudios Avanzados en Derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Candidato a Magister en Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. (Colombia).

Rubens Ramón Méndez, Profesor Titular de la Facultad de Ciencias de la Salud y Servicio Social de la Universidad Nacional de Mar del Plata. Investigador, CoDirector del Grupo de Investigación “Sociedad, Discapacidad y Derechos Humanos” de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina).

Ines Dayana Méndez Aristizábal, Abogada Universidad Surcolombiana de Neiva. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente Facultad de Derecho Universidad Antonio Nariño (Colombia).

Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte, Licenciado en Derecho. Máster en Derechos Fundamentales. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Título de Especialista en Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. (Perú)

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

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

Universitas

Director: Rafael de Asís
Subdirector: Angel Llamas
Secretaria: Maria 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, 2016
universitas@idhbc.es

EL PROBLEMA DE LA INFLACIÓN DE LOS DERECHOS Y LAS INCONGRUENCIAS DE LAS TEORÍAS MINIMALISTAS

THE PROBLEM OF THE INFLATION OF RIGHTS AND THE INCONGRUENCES OF MINIMALIST THEORIES

Michele Zezza*

RESUMEN: El tema del artículo se sitúa dentro del contexto de las metamorfosis del sistema de los derechos fundamentales en los Estados constitucionales contemporáneos – es decir, de aquellas democracias liberales de la segunda posguerra estructuradas en torno a un modelo de constitución escrita, rígida, extensa, con función de “proyecto” y “dirección”, asistida por el control jurisdiccional de legitimidad constitucional, con un amplio contenido ético sustantivo (un conjunto de principios, valores, intereses y bienes que implica la aparición de relevantes vínculos a las decisiones legítimamente perseguidas en sede legislativa). El análisis se concentra sobre el problema de la expansión anómica (la inflación o proliferación) de los derechos y sobre el debate relativo a la saturación de su espacio jurídico.

El objetivo principal es demostrar cómo estas imágenes carecen fundamentalmente de un valor reconstructivo-explicativo: es decir, que se trata de un planteamiento filosófico-moral y filosófico-político ajeno a cualquier dato jurídico-positivo, que no se puede aceptar como hipótesis de reconstrucción de los rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho.

ABSTRACT: *The subject of this paper focuses on the changes in the “Fundamental Rights” system in today’s constitutional governments, namely those Liberal democracies that since WWII based their foundation on a written, rigid and extended constitution. Such constitution was intended to have a planning and directional function and was supervised by jurisdictional control provided by constitutional legitimacy. Also, such model has a wide and substantial ethical content: a set of values, principles, interests, assets and rights that implied relevant constraints to decisions lawfully taken by the legislative body the analysis concentrates on the issue of the anomic expansion (inflation, or proliferation) of rights and on the debate concerning the saturation of their juridical scope. The main goal of this article is to demonstrate how such frame fundamentally lacks a reconstructive-explanatory value: namely, this is an approach of moral and political philosophy unaware of any legal positive material; as such it can’t be accepted as a hypothesis of reconstruction of the structural features of the constitutional State of law. Considering this reformation of the Fundamental rights, it’s meant to argue the superiority of a pluralist and inclusive conception.*

PALABRAS CLAVE: derechos fundamentales, minimalismo, pluralismo, Estado constitucional, indeterminación

KEYWORDS: *fundamental rights, minimalism, pluralism, constitutional State, indeterminacy*

Fecha de recepción: 26/11/2015

Fecha de aceptación: 14/12/2015

* Estudiante de doctorado en las Universidades de Pisa y Sevilla, michele.zezza@for.unipi.it

Al observar al conjunto de las transformaciones que han afectado a la estructura y producción del derecho en las últimas décadas, se puede evidenciar como las cartas constitucionales de los Estados democráticos contemporáneos – es decir de aquellos ordenamientos jurídicos provistos de Constitución escrita, larga, garantizada, rígida, extensa etc. – se caracterizan por la incorporación de un amplio ético sustantivo: la juridificación de un conjunto de principios, valores, intereses y bienes heterogéneos que implica la aparición de relevantes vínculos a las decisiones políticas colectivas legítimamente perseguidas en sede legislativa. Además, dichas Constituciones suelen incluir muchos y heterogéneos derechos fundamentales, formulados en términos genéricos, indeterminados, vagos, emotivos, situados en una posición de interdependencia (interferencia, intersección, coordinación, superposición) y a menudo de competitividad. Por efecto del proceso de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) de una cultura jurídica (post-positivista, sustancialista) permeada de ideales morales de justicia en el ordenamiento infra-constitucional, el espacio jurídico resulta saturado de derechos. Paralelamente a la multiplicación de las necesidades sociales, van constantemente aumentando los sujetos titulares de (nuevos) derechos, a veces aún no dotados de un claro estatuto normativo¹: individuos, colectividades, animales, plantas, objetos inanimados, generaciones futuras etc. Todo derecho encuentra potenciales limitaciones en otros derechos, intereses, bienes, exigencias, finalidades sociales y políticas etc.; la formulación de cualquier derecho necesariamente se acompaña de la previsión de limitaciones normativas (en particular, reservas de ley).

De hecho, el panorama de las cartas constitucionales de los Países liberal-democráticos de la segunda posguerra, parece exhibir unos rasgos peculiares, de corte pluralista y conflictivista². La práctica de la

¹ Con referencia al tema de la proliferación de los derechos (objetivos, exigencias, necesidades, pretensiones etc.) en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, véanse sobre todo: C. WELLMAN, *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder (CO), Westview Press, 1999. En una perspectiva crítica: U. ALLEGRETTI, *Diritti e stato nella mondializzazione*, Troina (En), Città aperta, 2002, pp. 121-197; C. DOUZINAS, *The End of Human Rights. Critical Legal Thought at the Turn of the Century*, Oxford, Hart, 2000; C. GEARTY, *Can Human Rights Survive?*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006; R. FALK, *L'eclisse dei diritti umani*, en L. BIMBI (ed. a cargo de), *Not in My Name. Guerra e diritto*, Roma, Editori Riuniti, 2003, pp. 72-86; ID., *The Great Terror War*, Gloucestershire, Arris Books 2003, pp. 147-172; G. PRETEROSSO, *L'Occidente contro se stesso*, Roma-Bari, Laterza, 2004; D. ZOLO, *Fondamentalismo umanitario*, en M. IGNATIEFF, *Una ragionevole apologia dei diritti umani*, tr. it., Milano, Feltrinelli, 2003.

² Así, por ejemplo: N. BOBBIO, "Sul fondamento dei diritti dell'uomo", en ID., *L'età dei diritti*, Torino, Einaudi, 1990; N. LUHMANN, *Grundrechte als Institution: ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Duncker & Humblot, Berlin, 1965; C. PERELMAN, "Peut-on fonder les droits de l'homme?", en ID., *Droit, Morale et Philosophie*, Paris, Librairie Generale de Droit et de jurisprudence, 1968. Dentro de la literatura "anti-fundacionalista" véanse también: E. RABOSSO, "La teoría de los derechos humanos naturalizada", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 5, 1990, pp. 159-175; R. RORTY, *Human rights, Rationality and Sentimentality*, en ID., *Truth and progress*, Cambridge, Cambridge University Press, 1998.

Sobre el carácter pluralista de las constituciones contemporáneas, véanse en particular: F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, núm. 29, 1982, pp. 797-832; G. POSTEMA, *In Defense of "French Nonsense". Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in*

interpretación y aplicación de los derechos por parte de las jurisprudencias constitucionales y ordinarias muestra que profundas tensiones laceran los valores sociales incorporados en las Constituciones.

A este respecto, tanto la teoría dworkiniana de los derechos como *trumps cards* ("cartas de triunfo" dotadas de una validez absoluta, incondicionada, capaz de prevalecer sobre todas las posibles valoraciones concurrentes) como la idea de Ferrajoli de la "esfera del indecible" (sobre la cual los órganos políticos no tienen ninguna discrecionalidad de acción), o la idea del "coto vedado" (un espacio excluido a la negociación parlamentaria que asegura el respeto a los derechos y principios que garantizan la autonomía de la persona), o incluso la idea de los derechos como "*excluded reasons*" (el legislador no puede interferir en el espacio protegido por un derecho, si no es para tutelar el propio interés que es objeto del mismo derecho), presentan algunos aspectos problemáticos: aun con notables diferencias teóricas, parecen converger en la idea de un "núcleo de certeza" integralmente sustraído a la intervención parlamentaria y a la comparación con otras exigencias sociales³. En todos estos casos – dicho de otra manera – está implícita una común orientación epistemológica, que se podría sintetizar en la que A. Marmor⁴ (en polémica sobre todo con Nozick) llama la "concepción newtoniana" de los derechos, o sea la idea de que cada derecho se mueva en un espacio vacío, hasta que no encuentre el límite externo que deriva de la colisión con otro derecho. Sin embargo, el dato ineludible de la interdependencia multifuncional de los derechos tendría que solicitar un enfoque tendencialmente holístico, que los reconstruya como un contenido global.

Ahora bien, por efecto de la estructura nomodinámica que caracteriza el fenómeno jurídico (que regula su producción a través de la institución de poderes normativos), los derechos fundamentales siempre exigen poderes

Legal and Social Philosophy, Aberdeen, Aberdeen University Press, 1989, pp. 107-133; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, Einaudi, 1992, en particular pp. 16, 170-173; C. SUNSTEIN, *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, *passim*.

«[L]as Constituciones – escribe por ejemplo L. Prieto – suelen estimular las medidas de igualdad sustancial, pero garantizan también la igualdad jurídica o formal, y es absolutamente evidente que toda política orientada en favor de la primera ha de tropezar con el obstáculo que supone la segunda; se proclama la libertad de expresión, pero también el derecho al honor, y es, asimismo, obvio que pueden entrar en conflicto; la cláusula del Estado social, que comprende distintas directrices de actuación pública, necesariamente ha de interferir con el modelo constitucional de la economía de mercado, con el derecho de propiedad o con la autonomía de la voluntad y, desde luego, ha de interferir siempre con las antiguamente indiscutibles prerrogativas del legislador para diseñar la política social y económica. Y así sucesivamente; tal vez sea exagerar un poco, pero casi podría decirse que no hay norma sustantiva de la Constitución que no encuentre frente a sí otras normas capaces de suministrar eventualmente razones para una solución contraria» (L. PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", *AFDUAM*, núm. 5, 2001, p. 209).

³ R. DWORKIN, *Rights as Trumps*, en J. WALDRON (ed. a cargo de), *Theories of Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1994; L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007, vol. 1, pp. 822, 848; vol. 2, pp. 19-20, 42, 44, 62-63, 92, 99, 304; ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 19; E. GARZÓN VALDÉS, "Representación y democracia", *Doxa*, núm. 6, 1989, pp. 143-163; R. PILDES, "Avoiding Balancing: The Role of Exclusionary Reasons in Constitutional Law", *Hastings Law Journal*, vol. 45, núm. 4, 1994, pp. 711-751.

⁴ A. MARMOR, "On the Limits of Rights", *Law and Philosophy*, vol. 16, núm. 1, 1997, pp. 1-18.

de determinación que los regulen especificando su contenido. Un problema esencial, a este respecto, es el de individuar cual es el sujeto titular de la administración (especificación, integración, concretización, aplicación) de los derechos. Para que los derechos no acaben en un mero cumulo de "falacias anárquicas" o en una proyección de la imaginación como podrían ser los unicornios⁵, sino que se vuelvan efectivamente operativos, siempre es necesario aclarar a quien pertenezcan los poderes de determinación de los mismos.

A este propósito, en un ensayo del '61 Genaro Carrió⁶, al señalar cómo en materia de producción judicial sólo caben desacuerdos normativos, observaba que en definitiva inclinarse en favor del legalismo o del judicialismo corresponda a una opción ideológica.

Simplificando el debate teórico actual, por una parte, podríamos individuar los fautores del control jurisdiccional de las leyes respecto a su conformidad a los derechos constitucionales, que subrayan el rol de tutela y garantía que el poder judicial desarrolla dentro de la administración de los derechos⁷. En una posición diametralmente opuesta se situaría el así llamado "normative" o "ethical positivism", o sea aquel conjunto de teorías declaradamente críticas respecto al carácter antidemocrático y antimayoritario del *judicial review*, explícitamente contrarias a la idea de que los derechos que sean administrados por los jueces (ordinarios o constitucionales) en lugar del legislador democráticamente electo⁸.

⁵ J. BENTHAM, «Anarchical fallacies: being and examination of the Declarations of Rights issued during the French Revolution», in J. Bowring (a cura di), *The works of Jeremy Bentham*, Thoemmes Press, Bristol 1995; A. MACINTYRE, *After Virtue*. Gerald Duckworth & Co, London, 1981, p. 67.

⁶ G. Carrió, "Los jueces crean derecho (Examen de una polémica jurídica)", en ID., *Notas sobre Derecho y lenguaje*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1973, pp. 79 ss.

⁷ Véanse p. ej.: J.A. ACOSTA SANCHEZ, *Formación de la Constitución y jurisdicción constitucional*. Tecnos, Madrid, 1998; R. ALEXANDER, "Constitutional Rights, Balancing, and Rationality", *Ratio Juris*, núm. 16, 2003, pp. 131 ss.; R. DWORKIN, *Freedom's law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press, 1996; J. RAZ, *On the Authority and Interpretation of Constitutions. Some Preliminaries*. En L. ALEXANDER (a cargo de), *Constitutionalism. Philosophical Foundations*. Cambridge U.P., Cambridge, 2001, pp. 152-193. W. WALUCHOW, *A Common Law Theory of Judicial Review. The Living Tree*. Cambridge U.P., Cambridge, 2007; G. ZAGREBELSKY, *Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*. Torino, Einaudi, 2005.

⁸ Cfr., entre otros: R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007; S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford, Hart, 2005; J. GRIFFITH, "The Political Constitution", *Modern Law Review*, num. 42, 1979, pp. 1-21; L. KRAMER, *The People Themselves. Popular Constitutionalism and Judicial Review*, Oxford, Oxford University Press, 2004; A. TOMKINS, *Our Republican Constitution*, Oxford, Hart, 2005; M. TUSHNET, *Taking the Constitution Away from the Courts*, Princeton, Princeton University Press, 1999; ID., *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton University Press 2008; J. WALDRON, "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal Studies*, núm. 13, 1993, pp. 18-51; ID., *Law and Disagreement*, Oxford, Oxford University Press 1999; ID., "The Core of the Case against Judicial Review", *Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.

Para algunas líneas de argumentación similar, declaradamente críticas en materia de *judicial review* y frente a su carácter antidemocrático (antimayoritario) véanse también: J. BAYÓN, "Diritti, democrazia, costituzione", *Ragion Pratica*, 10, 1998, pp. 41-64; A. BICKEL, *The Least Dangerous Branch*, Indianapolis, 1961; R. HIRSCHL, *Towards Juristocracy. The Origins and Consequences of New Constitutionalism*. Cambridge Harvard U.P., 2003; ID., "The New Constitutionalism and the Judicializa-

Aun aceptando la postura de Carrió, en términos de mero análisis descriptivo, sin comprometerse con ninguna de las dos orientaciones (es decir, reflexionando sobre el problema de "a quienes pertenecen los poderes de determinación" y no de "a quienes deberían pertenecer"), tendría que quedar espacio para afirmar que, en los Estados constitucionales la administración de los derechos resulta compartida, a través de una complicada división del trabajo, entre poder legislativo y judicial⁹.

Con una significativa transformación respecto a la imagen kelseniana de la justicia constitucional (el juez constitucional como legislador meramente negativo) y, aún más, con el asunto (neo)ilustrado del juez *bouche de la loi*, el rol preponderante atribuido a la Constitución en la jerarquía de las fuentes ha introducido el problema de enfrentarse con principios constitucionales genéricos, equiordenados (no jerarquizados), formulados en términos fuertemente valorativos, típicamente plurales y competitivos. En este contexto, el catálogo de los derechos, como siempre es idóneo para generar en sede argumentativa diferentes posiciones subjetivas hohfeldianas (grupos heterogéneos de derechos y deberes), no puede ser rígidamente predeterminado en un catálogo cerrado y precisamente definido. De hecho, en la mayoría de los casos los derechos fundamentales están concebidos como directivas derogables, principios genéricos susceptibles de entrar en conflicto en sede de aplicación judicial y destinados a ser concretizados en varios modos según las circunstancias relevantes. La explícita incorporación de cláusulas generales abiertas en las que no resultan expresamente fijadas las condiciones de aplicabilidad, y de exigencias que actúan como factores de limitación (en la Constitución italiana, p. ej., valores como "orden público", "seguridad", "libertad", "dignidad humana" etc.), contribuyen a aumentar los márgenes de indeterminación del derecho del Estado constitucional¹⁰, su carácter

tion of Pure Politics WorldWide", *Fordham Law Review*, 75, pp. 721-754; M. TROPER, *La théorie du droit, le droit, l'État*, Puf, Paris, 2001.

⁹ Sobre el tema del sujeto institucional delegado a la obra de determinación de los derechos fundamentales, y más en general sobre el tema de la división del trabajo en la administración de los derechos, veáanse sobre todo: M. BARBERIS, *Separazione dei poteri e teoria giusrealista dell'interpretazione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di metagiurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 1-21; R. BIN, "Che cos'è la Costituzione?", *Quaderni costituzionali*, núm. 1, 2007, pp. 11 ss.; B. CELANO, "Diritti fondamentali e poteri di determinazione nello stato costituzionale di diritto", *Filosofia politica*, vol. 19, núm. 3, 2005, pp. 427 ss; G. PINO, "Il linguaggio dei diritti", *Ragion pratica*, núm. 31, 2008, pp. 393 ss.; J. RAZ, *The Morality of Freedom*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1986, p. 257; J. WALDRON, "Some Models of Dialogue Between Judges and Legislators", *Supreme Court Law Review*, núm. 23, 2004, pp. 9 ss.; R. BURT, *The Constitution in Conflict*, Harvard University Press, Cambridge Massachusetts, 1992.

¹⁰ Véanse a este respecto: P. COMANDUCCI, «Principios jurídicos e indeterminación del Derecho», en P. NAVARRO, A. BOUZAT y L. ESANDI (ed. a cargo de), *Interpretación constitucional*, Universidad Nacional del Sur, Bahía Blanca, 1999, en especial pp. 74 y ss.; J. MORESO, *La indeterminación del derecho y la interpretación de la constitución*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1997, pp. 157 ss.; L. PRIETO SANCHÍS, *Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1992, pp. 119 y ss.

Sobre el tema de la discrecionalidad judicial en las operaciones interpretativas (con especial referencia a la ponderación): A. AARNIO, "The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification", *Noûs*, vol. 26, núm. 2, 1992, pp. 238-243; R. ALEXI, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*,

defectible, vago, incierto, aproximado.

Entonces, a raíz de la configuración que adquiere la disciplina constitucional de los derechos en los Estados democráticos contemporáneos (y en sintonía con las políticas económicas y administrativas de la mayoría de los Países occidentales), en las últimas décadas surgieron algunas teorías que conciben el fenómeno de la expansión anómica de los derechos como uno de los principales factores de la crisis del "Tiempo de los derechos"¹¹, proponiendo al contrario una redefinición de su catálogo (y de sus garantías) en una dirección expresamente deflacionista. En particular, las así llamadas posturas "minimalistas" – inicialmente desarrolladas sobre todo por autores como C. Schmitt, R. Nozick, T. Nagel, H. Steiner y M. Ignatieff¹² – argumentan cómo la regulación constitucional de los derechos tendría que establecer un número muy limitado de auténticos derechos, recíprocamente compatibles, definidos de forma clara, precisa y unívoca, de tal modo que fueran relevantes, y aplicables, únicamente en los casos predefinidos en los que tales derechos hubiesen sido violados.

La postura minimalista se puede considerar una variante del planteamiento coherentista según el cual el derecho sería gobernado por pocos valores fundamentales fácilmente armonizables, o incluso por un único valor situado en una posición apical que fundamenta la entera jerarquía normativa. En ambos casos, de todas maneras, nos encontramos frente a estrategias de reducción, o negación, del ámbito del conflicto entre derechos: el objetivo que presentan es justo el de excluir preventivamente, por vía axiomática, colisiones e indeterminación.

Siguiendo en esto a Isaiah Berlin y a su principio liberal de la primacía de la libertad negativa respecto de la positiva¹³, los teóricos minimalistas suelen concebir los verdaderos derechos como obligaciones de abstenición, por parte de los poderes públicos, de ciertas tipologías de conducta

Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1978; A. BARAK, "La natura della discrezionalità del giudice e il suo significato per l'amministrazione della giustizia", *Politica del diritto*, núm. 1, 2003; B. CELANO, "Justicia procedimental pura y teoría del derecho", *Doxa*, núm. 24, 2001, pp. 407-427; M. IGLESIAS VILA, *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1999; T. MAZZARESE, "Razonamiento judicial y derechos fundamentales: observaciones lógicas y epistemológicas", *Doxa*, núm. 26, 2003, pp. 687-716.

¹¹ La expresión fue acuñada por Norberto Bobbio, para subrayar el particular relieve que, a pesar de todas las contradicciones y los retardos que la caracterizaron desde los inicios, la tutela nacional y sovrannacional de los derechos del hombre cobró a partir de la segunda posguerra («*dal punto di vista della filosofia della storia, l'attuale dibattito sempre più ampio, sempre più intenso, sui diritti dell'uomo, tanto ampio da aver ormai coinvolto tutti i popoli della terra, tanto intenso da essere messo all'ordine del giorno delle più autorevoli assise internazionali, può essere interpretato come un "segno premonitore" (signum prognosticum) del progresso morale dell'umanità*»; N. BOBBIO, "L'età dei diritti", en ID., *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1992, p. 49).

¹² M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, ed. a cargo de A. GUTMANN, Princeton, Oxford, Princeton University Press, 2001; T. NAGEL, *Mortal Questions*, Cambridge, Cambridge University Press, 1979; R. NOZICK, *Anarchy, State, and Utopia*, New York, Basic Books, 1974; C. SCHMITT, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot 1928; H. STEINER, "The structure of a Set of Compossible Rights", *Journal of Philosophy*, núm. 74, 1977, pp. 767-775.

¹³ I. BERLIN, *Two concepts of liberty: an inaugural lecture delivered before the University of Oxford on 31 October 1958*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1958.

previamente definidas y taxativamente enumeradas, para concluir que el catálogo de los derechos tendría que circunscribirse a las libertades civiles clásicas (los tradicionales derechos públicos subjetivos), las que sólo definen y tutelan la capacidad de obrar de cada individuo ("*side-constraints*" según la definición de Nozick, o "*agency*", en las palabras de Ignatieff, en ocasiones calificada como *free, basic* o *human*¹⁴). En esta perspectiva, los verdaderos derechos son entendidos como obligaciones de abstención, por parte de los poderes públicos, de ciertas modalidades de conducta previamente definidas y taxativamente enumeradas; paralelamente, los derechos sociales y los derechos de las siguientes generaciones se convierten en derechos en sentido derivado, "inauténticos".

En algunos de estos autores¹⁵ está presente también el objetivo de evitar consecuencias teóricas y prácticas no deseadas que abundan en los ordenamientos jurídicos contemporáneos, defectos precisamente derivados de la irradiación de los derechos constitucionalmente establecidos sobre el resto del ordenamiento jurídico: en particular, la dilatación del espacio interpretativo de los jueces constitucionales u ordinarios, que puede comportar algunos riesgos en términos de excesiva discrecionalidad, e incluso de omnipotencia judicial; la restricción de la latitud de la elección legislativa, lo que implica una compresión del principio democrático de la representatividad entendida como ejercicio de una política electoral respetuosa del principio de igualdad política; finalmente, algunos problemas epistemológicos de indeterminación del derecho y de crisis de su función nomofiláctica, es decir un *deficit* de certeza, una falta de calificación deóntica, en amplios sectores del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, la disciplina de la interpretación y aplicación de los derechos por parte de las jurisprudencias constitucionales y ordinarias parece destacar una disconformidad a este respecto. La idea de un listado breve, cerrado, taxativo, de derechos compositibles; la misma pretensión de cristalizar el catálogo en un núcleo inmutable e inmodificable, aunque pueda te-

¹⁴ «[H]uman rights is only a systematic agenda of "negative liberty", a tool kit against oppression, a tool kit that individual agents must be free to use as they see fit within the broader frame of cultural and religious beliefs that they live by» (M. IGNATIEFF, *Human Rights as Politics and Idolatry*, cit., p. 57).

¹⁵ Emblemático en este sentido es el razonamiento desarrollado por L. Prieto: «[p]orque la Constitución es una norma y una norma que está presente en todo tipo de conflictos, el constitucionalismo desemboca en la omnipotencia judicial. Esto no ocurriría si la Constitución tuviese como único objeto la regulación de las fuentes del Derecho o, a lo sumo, estableciese unos pocos y precisos derechos fundamentales, pues en tal caso la normativa constitucional y, por consiguiente, su garantía judicial sólo entrarían en juego cuando se violase alguna condición de la producción normativa o se restringiera alguna de las áreas de inmunidad garantizada. Pero, en la medida en que la Constitución ofrece orientaciones en las más heterogéneas esferas y en la medida en que esas esferas están confiadas a la garantía judicial, el legislador pierde lógicamente autonomía. No es cierto, ni siquiera en el neoconstitucionalismo, que la ley sea una mera ejecución del texto constitucional, pero sí es cierto que éste "impregna" cualquier materia de regulación legal, y entonces la solución que dicha regulación ofrezca nunca se verá por completo exenta de la evaluación judicial a la luz de la Constitución» (L. PRIETO SANCHÍS, "Neoconstitucionalismo y ponderación judicial", cit., p. 208).

ner un significado prescriptivo, carece de valor explicativo¹⁶: se trata de un planteamiento teórico abstracto, ajeno a cualquier dato jurídico-positivo, que no se puede aceptar como hipótesis de reconstrucción de los rasgos estructurales del Estado constitucional de derecho.

Además, al ser la Constitución de los Estados democráticos contemporáneos un documento extenso escrito con el propósito de conservarse por mucho tiempo, no parece posible especificar, determinar *ex ante* todos los casos en los que podrá ser relevante un determinado valor. Las disposiciones constitucionales se caracterizan por su "trama abierta" (*open texture*), por la imposibilidad de delimitar de antemano su campo de aplicación.

Un texto constitucional preciso y detallado sería condenado a una rápida obsolescencia, a raíz del mutar de las circunstancias económicas, sociales, tecnológicas etc. Solo a un nivel suficientemente abstracto y genérico de formulación de los principios, será posible obtener un acuerdo, inevitablemente incompleto y provisorio¹⁷, entre sujetos portadores de valores diferentes, a veces incluso inconmensurables. No cabe duda de que la irradiación de los principios en el ordenamiento jurídico contribuya a aumentar los márgenes de indeterminación del derecho (su carácter vago, incierto, aproximado), y en particular del razonamiento judicial, planteando serios problemas epistemológicos de incertidumbre, relativos a la incognoscibilidad de las consecuencias jurídicas de las acciones.

Se debe matizar que el conjunto de los derechos fundamentales proclamados por los *Bills of rights* no es indeterminado solo en razón de la pluralidad de los valores incorporados. Dicho conjunto seguiría siendo indeterminado incluso si se restringiera el catálogo de los derechos. En el constitucionalismo contemporáneo, de hecho, en la mayoría de los casos los jueces constitucionales ordinarios tratan los derechos en términos "dinámicos", como valores formulados por principios: no como un conjunto de posiciones hohfeldianas rígidamente predeterminado, sino como un principio de justificación racional de otros intereses mutables. Dicho de otra manera,

¹⁶ Para una argumentación sobre la inverosimilitud de este modelo, cfr. S. BESSON, *The Morality of Conflict. Reasonable Disagreement and the Law*, cit., p. 429; B. CELANO, *Come deve essere la disciplina costituzionale dei diritti?*, en S. POZZOLO (ed. a cargo de), *La legge e i diritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 89-123; ID., *Diritti, principi e valori nello stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, en P. COMANDUCCI, R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e Diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Torino, Giappichelli, 2004, pp. 53-74; P. COMANDUCCI, "Problemi di compatibilità tra diritti fondamentali", en ID., R. GUASTINI (ed. a cargo de), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, cit., pp. 320, 326; A. MARMOR, "On the Limits of Rights", *Law and Philosophy*, núm. 16, 1997, pp. 1-18; T. MAZZARESE, "Minimalismo dei diritti: pragmatismo antiretorico o liberalismo individualista?", *Ragion Pratica*, núm. 1, 2006, pp. 179-208; G. PINO, "Il linguaggio dei diritti", *Ragion Pratica*, núm. 31, 2008, pp. 393-409; ID., "Crisi dell'età dei diritti?", *Etica & Politica*, vol. 15, núm. 1, 2013, pp. 87-119; ID., *Diritti e interpretazione. Il ragionamento giuridico nello Stato costituzionale*, Il Mulino, Bologna, 2010, pp. 211-215; A. SCHIAVELLO, "La fine dell'età dei diritti", *Etica & Politica*, vol. 15, núm. 1, 2013, pp. 120-145; C. WELLMAN, "On Conflicts between Rights", *Law and Philosophy*, núm. 14, 1995, p. 273; ID., *The Proliferation of Rights. Moral Progress or Empty Rhetoric?*, Boulder Westview Press, 1999.

¹⁷ Cfr. C. SUNSTEIN, "Incompletely Theorized Agreements", en ID., *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford, Oxford University Press, 1996, pp. 35-61.

según las circunstancias relevantes, los derechos resultarán idóneos a generar diferentes conjuntos de obligaciones y otras posiciones normativas.

En segundo lugar, hay que subrayar cómo las posturas minimalistas presupongan una posición ideológica: desde un punto de vista teórico, estas narraciones atribuyen a la sucesión histórica de las generaciones de los derechos una neta distinción estructural, de corte axiológico, entre derechos negativos, entendidos como "auto-ejecutivos", y derechos positivos a prestaciones públicas, de crédito hacia el Estado. Los primeros se caracterizarían por imponer abstenciones negativas para el Estado (p. ej., abstenerse de matar, de torturar, de imponer censura, de violar la correspondencia etc.) mientras que los segundos requerirían obligaciones positivas (erogación de fondos públicos, de recursos estatales: por ejemplo, en el caso de los derechos sociales, dar prestaciones de salud, educación etc.). De esta manera, una aproximada escansión cronológica se convierte en una explícita jerarquía valorial.

Sin embargo, la práctica de la administración de los derechos evidencia cómo la justiciabilidad de cualquier derecho siempre requiere de la prestación de un servicio público y la activación de un conjunto de garantías jurisdiccionales o "secundarias"¹⁸ aprontado por sujetos públicos. En realidad, todos los derechos, entendidos en un sentido jurídico (es decir, como situaciones jurídicas subjetivas atribuidas por normas de derecho positivo), como siempre implican gastos estatales (sea en el caso de la represión de sus vulneraciones como en el aquello de la preparación de las condiciones para su goce)¹⁹, prescriben tanto obligaciones negativas como positivas²⁰. Que se trate de tutela de la integridad física o de la seguridad social, de debido proceso o de derecho al voto, siempre es necesaria la presencia de un aparato jurisdiccional de protección contra eventuales inejecuciones o violaciones, eso es, medidas de control, de reparación o de sanción que tutelen el ejercicio del propio derecho. También los derechos civiles más elementales exigen conductas positivas como la institución de aparatos burocráticos, la elaboración de normas y reglamentos, el ejercicio de una actividad administrativa y del poder de policía, la protección frente a las interferencias ilícitas del propio Estado, la eventual imposición de con-

¹⁸ L. FERRAJOLI, *Diritti fondamentali*, en ID., *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. a cargo de E. VITALE, Roma-Bari, Laterza, 2001, pp. 26-33; ID., *Principia iuris*, vol. 1, cit., pp. 675-679.

¹⁹Sobre la copresencia de perfiles de tutela negativa y positiva en la disciplina constitucional de los derechos, véanse los análisis: de R. BIN, "Diritti e fraintendimenti", *Ragion pratica*, núm. 14, 2000, pp. 15-25; E. DICIOTTI, *Il mercato delle libertà: l'incompatibilità tra proprietà privata e diritti*, Bologna, Il Mulino, 2006, pp. 87-92, 102-111; C. FABRE, *Social Rights under the Constitution: Government and the Decent Life*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 2000; S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, Norton & Company, New York, London, 1999; G. PINO, *Crisi dell'età dei diritti?*, cit.; J. WALDRON, *Rights in Conflict*, cit. («one and the same right may generate both negative and positive duties [...] it is impossible to say definitively of a given right that it is purely negative (or purely positive) in character»); C. WELLMAN, "Solidarity, the Individual and Human Rights", *Human Rights Quarterly*, vol. 22, núm. 3, 2000, pp. 639-641.

²⁰ Cfr. S. HOLMES, C. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, cit. («[a]n interest qualifies as a right when an effective legal system treats it as such by using collective resources to defend it», p. 17).

denas por parte del poder judicial en caso de vulneración, la institución de aparatos de pública seguridad y de infraestructuras etc. Incluso la libertad de expresión del propio pensamiento, tradicionalmente conceptualizada como dotada de una dimensión meramente negativa, implica un reflejo "positivo" en la petición frente al Estado de garantizar el más amplio acceso a los medios de comunicación. Paralelamente, ni siquiera los derechos económicos, sociales y culturales pueden agotarse en obligaciones positivas: cuando los titulares hayan ya accedido al bien que constituye el objeto de esos derechos, el poder estatal sigue teniendo la obligación de abstenerse de realizar conductas que lo afecten. Por lo tanto, la tesis según la cual los únicos derechos que comportan costos estatales para su cumplimiento son los derechos sociales constituye una falacia argumentativa. Del mismo modo, no se puede aceptar el argumento libertario según el cual el mercado puede constituir una entelequia que no requiere de ninguna intervención estatal: todos los derechos que garantiza el Estado implican un costo, financiado con recursos monetarios obtenidos a través de la recaudación de impuestos; si llegan a faltar las reservas en las arcas de la tesorería tampoco los derechos más elementares se pueden asegurar.

En consideración de estas razones, el planteamiento minimalista, al implicar una visión fragmentaria, parcial y reduccionista del sistema de los derechos fundamentales, no parece una hipótesis razonable de reconstrucción de los rasgos esenciales de los Estados constitucionales contemporáneos; aún más, incluso en sede normativa, como parece que la disciplina de los derechos no pueda estar libre de amplios márgenes de conflicto, dicha teoría defiende un ideal mal formado. El propio objetivo de un sistema unitario, coherente y precisamente delimitado de principios normativos resulta utópico: en sociedades abiertas, policéntricas, articuladas en una multiplicidad de agregados, de órganos y de competencias como las democracias constitucionales contemporáneas, las normas jurídicas atributivas de derechos siempre se configuran como el resultado de compromisos provisionales entre sujetos heterogéneos (grupos de interés, fuerzas sociopolíticas etc.), portadores de diferentes concepciones sustantivas del bien público (liberal, socialista, democrática etc.). Ahora bien, a raíz de su fundamento ético-político pluralista, las Constituciones contemporáneas incluyen un cuadro programáticamente incoherente de valores, principios, intereses, bienes. La manera más adecuada para codificar dichos valores – y es un aspecto lógicamente implicado por la propia rigidez constitucional – consiste precisamente en adoptar formulaciones amplias, genéricas, para que el significado sea especificado cada vez en sede de aplicación según las circunstancias relevantes, a través balances o valoraciones comparativas que necesariamente implican la referencia a formas de razonamiento sustancial²¹.

²¹ Sobre la utilización de términos vagos e indeterminados en situaciones en las que no es posible determinar preventivamente con exactitud los casos en los que resulta relevante un bien protegido:

H. HART, *The Concept of Law*, Oxford, Oxford Clarendon Press, 1961.
Sobre la relación entre el lenguaje común y los valores ético-políticos, R. DWORKIN, *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996; F. SCHAUER, "An Essay on Constitutional Language", *UCLA Law Review*, núm. 29, 1982, p. 827.
Sobre la relación entre la redacción de la Constitución y la dimensión temporal: L. GIANFORMAGGIO, "Tempo della costituzione, tempo della consolidazione", *Politica del diritto*, núm. 4, 1997, pp. 527-551; A. KAVANAGH, The Idea of a Living Constitution, "Canadian Journal of Law and Jurisprudence", núm. 16, 2003, pp. 55-89. Sobre la evolución de los valores incorporados en los textos constitucionales: J. WALDRON, Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues, "California Law Review", núm. 82, 1994, pp. 509-540; G. POSTEMA, *In Defense of 'French Nonsense'. Fundamental Rights in Constitutional Jurisprudence*, en N. MACCORMICK, Z. BANKOWSKI (ed. a cargo de), *Enlightenment, Rights and Revolution. Essays in Legal and Social Philosophy*, Aberdeen, Aberdeen U.P., 1989, pp. 107-133; G. ZAGREBELSKY, *Storia e costituzione*, en ID, J. LUTHER, P. PORTINARO (ed. a cargo de), *Il futuro della costituzione*, Torino, Einaudi, 1996, pp. 35-82.

BUSCANDO EL REFORZAMIENTO CONSTITUCIONAL EFECTIVO Y PROPORCIONADO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD¹

IN SEARCH OF AN EFFECTIVE AND PROPORTIONATE STRENGTHENING OF THE CONSTITUTIONAL RIGHT TO HEALTH PROTECTION

Tomás Gómez Franco*
José Ramón Repullo Labrador**

RESUMEN: El derecho a la protección de la salud en la Constitución Española pierde efectividad en un contexto de aumento de necesidades, crecimiento de costes y de aplicación de políticas de contención del gasto. De cara a los próximos debates, es esencial analizar los principios que permitirían ordenar, jerarquizar y vincular necesidades sanitarias y protección constitucional.

Sobre esta base se formula una propuesta para enriquecer el debate político, jurídico y social, consistente en la articulación de los tres bloques de protección -reforzada, tutelada y selectiva-, con doce categorías de necesidad en los tres ámbitos de perjuicio individual, social y económico.

ABSTRACT: *The right to health protection in the Spanish Constitution loses effectiveness in a context of increasing needs, expenditure growth and implementation of cost containment policies. Looking ahead to the coming debates, it is essential to analyze the principles that would allow order, rank and link health needs and Constitutional protection.*

On this basis, a proposal is made to enrich the political, legal and social debate, involving the articulation of the three types of Constitutional protection -reinforced, tutored, and selective, with twelve categories of need in the three dimensions of individual, social and economic harm.

PALABRAS CLAVE: derecho a la salud, Constitución Española, necesidades de salud, protección de la salud, cobertura sanitaria.

KEYWORDS: *right to health, Spanish Constitution, health needs, healthcare protection, healthcare coverage.*

Fecha de recepción: 30/11/2015

Fecha de aceptación: 14/12/2015

¹Este trabajo toma buena parte de su contenido de la Tesis Doctoral de Tomás Gómez Franco (La protección de la Salud desde la perspectiva de los Derechos Humanos, UNED 2015), y forma parte del Proyecto de Investigación DER 2013-41462-R, "El derecho a la atención sanitaria: delimitación, alcance y satisfacción eficiente a partir del principio de justicia distributiva" liderado por Ana Marcos del Cano y Juan A. Gimeno Ullastres de la UNED.

*Doctor en Economía, profesor Universidad Carlos III de Madrid. tgfranco@eco.uc3m.es

**Doctor en Medicina y Cirugía, profesor y jefe del Departamento de Planificación y Economía de la Salud de la Escuela Nacional de Sanidad, Instituto de Salud Carlos III. jrepullo@isciii.es

1.- INTRODUCCIÓN: EL ENCARECIMIENTO DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD.

El incremento del nivel de gasto sanitario se ha convertido en una preocupación social de primer orden. Existe abundante literatura económica que ha investigado el origen de este aumento tendencial. Entre sus causas, destaca la correlación entre el nivel de gasto sanitario y el nivel de renta. En este sentido, Kleiman (1974) y Newhouse (1977) realizaron estudios empíricos que concluían que el principal determinante del gasto sanitario era el nivel de renta. Newhouse en su estudio sobre 13 países constata que el 90% del gasto sanitario se explica con el PIB per cápita. Barros (1998) y Roberts (2000) redundan en la misma conclusión. Entre las razones del incremento del gasto sanitario, además de los crecimientos de renta, se han apuntado otras causas como el envejecimiento o la incorporación de nuevas tecnologías a la atención médica (Zweifel et al. (1999) y Okunade y Murthy (2002)).

El indudable efecto del envejecimiento poblacional en la morbilidad no deja de ser para estos autores un distractor verosímil (arenque rojo - red herring), frente a la más potente capacidad explicativa de los factores endógenos como la introducción de tecnologías y los incrementos en los beneficios de otros agentes tales como aseguradoras y proveedores del sistema.

Sin invalidar la teoría de la compresión de la morbilidad (Fries 1980), sí parece evidente que la presentación del envejecimiento sugiere la inevitabilidad del crecimiento del gasto sanitario por la vía de nuevos pacientes crónicos y multipatológicos, y tiende a ocultar otras causas modificables y gestionables. En otro sentido, el aumento de la esperanza de vida genera un problema añadido en la obtención de ingresos dada la disminución de activos.

En 1960, el gasto en salud, en los países de la OCDE, estaba por debajo del 4% del PIB, en el año 2009 se había incrementado hasta el 9,6% y más de una decena de países se situaba en el 10%. El país que más incremento ha experimentado es EEUU, que ha pasado del 5% en 1960 al 17% en 2009. También experimentaron incrementos importantes Holanda, que alcanzó el 12% o Francia con el 11,8% (OECD (2013), 2014)).

Sin embargo, un gasto mayor no se ve correspondido por aumentos significativos de la cantidad y la calidad de salud de la sociedad, medido en términos de esperanza de vida y calidad de los años vividos. Los rendimientos marginales en salud y longevidad correspondientes a un mayor esfuerzo asistencial y económico son claramente decrecientes. Es la llamada "medicina de la parte plana de la curva", en términos popularizados por Victor Fuchs (2004) que elabora partiendo de la curva de Samuel Preston, que correlaciona renta y mortalidad. La curva relaciona el gasto per cápita de un amplio número de países del mundo (gasto sanitario total) y su esperanza de

vida. Como conclusión, se obtiene que a partir de un nivel de gasto sanitario de 1000 dólares, la curva se aplana bruscamente. Esta evidencia empírica indica un primer camino hacia la reflexión sobre cómo lograr más rendimiento del gasto en salud y liberar recursos para mejores usos alternativos de acuerdo con el coste de oportunidad.

La crisis económica que se inicia en el año 2009 representa un punto de inflexión entre dos etapas: una, en los años previos a la crisis, caracterizada por tasas crecientes del gasto sanitario positivas con importantes crecimientos en algunos países como Irlanda, Holanda o las antiguas repúblicas de socialismo real y después de 2009, donde las tasas de crecimiento de gasto negativas son imperantes y en algunos casos muy bruscas, como Grecia, situación que se suma negativamente a la caída de renta que experimentó la población griega.

La razón estriba en la caída de los ingresos públicos que, junto al aumento de gasto social, produce aumento del déficit. El control de las cuentas públicas para frenar el ascenso de la deuda ha tenido como consecuencia la disminución de la cobertura sanitaria en varios flancos.

La disminución de la cartera de servicios, de la población cubierta o la reducción económica de la propia prestación, introduciendo copagos ha puesto de manifiesto la vulnerabilidad de la protección del derecho, siendo función del ciclo económico.

La nueva ecuación social a resolver se escribe en términos de un gasto sanitario creciente, con mayores necesidades sanitarias a las que dar cobertura, en un contexto de crisis económica. La solución de la ecuación apunta en la dirección de una mejora de la sostenibilidad del sistema garantizando el derecho a la protección de la salud, sin que dicha garantía esté sometida a la coyuntura económica.

2.- EXPANSIÓN COMBINADA DEL GASTO Y LAS NECESIDADES DE SALUD: RETO PARA LA SOSTENIBILIDAD INTERNA, Y DESAFÍO PARA LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL SENSATA.

La expansión del gasto sanitario va de la mano de una eclosión aparente de las necesidades sanitarias de la población, pero en realidad es un proceso combinado que ha de ser analizado desde varias dimensiones con el fin de aquilatar en cada caso si las necesidades y sus costes son legítimos y apropiados, y si existen alternativas que aporten mayor bienestar, efectividad, eficiencia y equidad. Este es el enfoque de sostenibilidad interna, reflejado también en propuestas como la "triple meta", más salud, mejores servicios, menos costes, (Mas y Wisbaum 2014). Reseñaremos seis ámbitos que podrían también ser considerados auténticos yacimientos de recursos para reorientar y reinvertirlos de forma más razonable y socialmente eficiente.

Este efecto inflacionario proyecta una expansión del criterio de necesidad en direcciones diversas que revisaremos agrupadas en seis dimensiones:

a) Lo caro.

Incorporando intervenciones y medicamentos enormemente costosos y de escasa e incluso dudosa efectividad.

En este ámbito, los conflictos de interés de los profesionales y la acción del complejo industrial tecnológico y farmacéutico, es muy relevante. La escalada de precios y utilización se está convirtiendo en una auténtica pesadilla, no sólo para el coste-efectividad, sino para el propio impacto presupuestario. El valor terapéutico o el grado de innovación no es un factor clave en la determinación del precio de entrada de los medicamentos nuevos, contrariamente a lo que afirmaban otros estudios sobre este tema publicados anteriormente (Puig-Junoy y López Valcárcel 2014:48).

La aparición de los antivirales de acción directa con precios astronómicos, como en el caso del "sofosbuvir" de la compañía Gilead, ha marcado una nueva era incluyendo el problema del sometimiento de los gobiernos a los monopolios internacionales, sino también en la injusta paradoja de que los gobiernos y los emprendedores asumen los riesgos, y las grandes corporaciones internalizan los beneficios (Pons2015:39-42).

b) Lo leve pero muy frecuente.

Es consecuencia de la medicalización del malestar y la creación de enfermedades sobre la base de trastornos y problemas de la vida cotidiana.

Ha recibido el nombre de creación o promoción de enfermedades, (*disease mongering*), (Moynihan y Cassels, 2005) y señala la acción de industria y profesionales asociados para llamar la atención sobre condiciones o enfermedades frecuentemente inofensivas con objeto de incrementar la venta de medicamentos, aparatos, suplementos nutricionales o productos sanitarios, mediante campañas publicitarias, visitadores médicos, y estudios que intentan medicalizar cualquier dolencia.

c) Lo frágil.

La obstinación terapéutica, la fragmentación en especialidades, y la miopía de la práctica clínica segmentada, lleva a un intervencionismo inútil, inapropiado, inclemente e insensato; que además tiene un altísimo coste, y no añade calidad de vida para el paciente grave, pluripatológico, frágil o terminal.

En una revisión de la literatura (Canadian Hospice Palliative Care Association 2012) se reseñaba la estimación de que el 60% de gastos en el seguro estadounidense para mayores Medicare, se concentraba

en el 10% de beneficiarios más enfermos, y también que el 30% de los costes totales en atención sanitaria se producían en el último año de vida. En su conclusión aportaban la estimación de que un programa alternativo basado en unidades y equipos de cuidados paliativos, no sólo evitaría intervenciones médicas inútiles e inapropiadas, sino que supondría un ahorro de entre 7 y 8 mil dólares por paciente.

d) Lo sofisticado.

La fascinación por la alta tecnología (por ejemplo las pruebas de imagen, o la cirugía robótica), por lo complejo y “glamuroso”, o por lo más innovador, lleva a estilos de práctica clínica muy costosos y poco efectivos en su conjunto.

Además, a partir de un punto la información diagnóstica no aporta valor para la decisión clínica. Es posible que la reducción de la incertidumbre gratifique a los médicos, e incluso, alguna información diagnóstica como, por ejemplo, la ofrecida por la medición de marcadores tumorales de alta sensibilidad y baja especificidad, puede llevar a un intervencionismo exagerado e inapropiado. Sin embargo, algunos investigadores se preguntan a cuánta certidumbre o seguridad en el diagnóstico se está dispuesto a llegar, y si es posible pagarla; pero también si esta certidumbre se traduce en cambios en la historia natural de la enfermedad (Newman, McDonald y Meltzer 2013).

e) Lo complejo.

La medicina moderna tiene una gran dificultad para coordinar procesos e integrar su actuación ante los pacientes. Las casi 50 especialidades, a su vez subdivididas informalmente en incontables subespecialidades y técnicas, conllevan un más que elevado coste de coordinación.

La desconexión contumaz con la atención primaria y los servicios sociales y el creciente perfil de cronicidad, comorbilidad y fragilidad de los pacientes, convierten a la coordinación e integración en el principal reto de calidad y efectividad del futuro; y también en el principal yacimiento de contención de costes sin afectar a la calidad o mejorándola en algunos casos.

En otros términos se puede hablar de fragmentación de la medicina y los sistemas sanitarios, indicando que la integración en diversos ámbitos y dimensiones es una de las alternativas más prometedoras a los problemas de insostenibilidad, mala calidad e inequidad (Stange 2009).

f) Lo estérilmente preventivo.

La prevención primaria reduce los factores de riesgo minorando la incidencia de una enfermedad, suele ser una excelente estrategia.

La prevención secundaria, consistente en el diagnóstico precoz o en fase pre-sintomática, puede ser una buena estrategia a veces; pero en ambos casos debe actuarse con rigor y cautela para que los

beneficios realmente obtenidos compensen a los riesgos (tratamiento de falsos positivos, efectos secundarios de tratamientos preventivos), los costes (de nutrición, tratamientos y controles), y el daño psicológico y moral (de ser etiquetados como enfermos de forma equívoca y/o precoz).

La gran industria que crece en torno a los factores de riesgo, a los hábitos de vida presuntamente preventivos, a los consumos saludables, a los exámenes en salud, los chequeos, los cribados y las revisiones médicas, supone una enorme fuente de gasto sanitario inútil, perjudicial e insensato. Discriminar y ser selectivo en lo preventivo es esencial para aportar valor a la sostenibilidad interna, y evitar la erosión económica de los presupuestos familiares en salud.

Juan Gérvas popularizó el término de "prevención cuaternaria", acotándolo para el conjunto de actividades que intentan evitar, reducir y paliar el perjuicio provocado por la intervención médica, obviando actividades, limitando el impacto perjudicial de alguna actuación y reparando la salud deteriorada como consecuencia de una actividad médica (Gérvas, Gavilán y Jiménez 2012).

Estas seis dimensiones son en buena medida las que condicionan la sostenibilidad interna de los sistemas públicos de salud, y los que lastran el desarrollo de la propia medicina moderna. Pero también tiene el efecto de alterar el concepto de necesidad.

Es por ello que, cuando se recoge el derecho a la salud, y se intenta indagar sobre la jerarquía e importancia del mismo en el conjunto de normas constitucionales y legislativas, lo que emerge es la heterogeneidad del concepto salud y su difuminación por territorios de imposible comparabilidad. No es lo mismo una prótesis valvular cardíaca, sin la cual no se puede vivir, que una prótesis de cadera, sin la cual no se puede caminar, una prótesis de mama, que ayuda a reconstruir la anatomía deformada por un cáncer, o una prótesis auditiva, que ayuda a oír mejor.

Hasta ahora, se ha podido evitar las decisiones duras, típicas de los países en vías de desarrollo, que obligan a priorizar lo que se incorpora o no en la cobertura pública, pero a la hora de establecer un derecho reforzado a la salud, que permita elevar la protección constitucional, es inevitable plantearse si todo lo que vulgarmente se identifica como demanda sanitaria debe estar igualmente bajo el mismo paraguas de protección legal reforzada, o habría que ensayar algún tipo de cualificación de las necesidades de salud.

Desde un abordaje principialista, que no define directamente carteras de servicios, prestaciones o tecnologías, no obstante, crear unos anclajes útiles que permiten establecer en cada caso un criterio de justicia ampliamente consensuado para articular la protección de la salud de forma más armónica y efectiva.

3.- REVISANDO LA SITUACIÓN ACTUAL DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA.

La CE distingue dos ámbitos y niveles de protección de los derechos: el de mayor rango y aplicabilidad directa se ubica en el capítulo segundo, sección primera, siendo de particular aplicación el artículo 15: *"Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra"*.

En el mismo capítulo segundo, el artículo 31 hace referencia al sostenimiento económico de los gastos públicos, dimensión que aunque no afecta al contenido subjetivo de derecho, sí lo hace a los medios y métodos para aportar recursos a los sistemas sociales, así como a los principios que han de inspirarlos.

El ámbito de menor rango se establece como principio informador o rector de la actuación de los poderes públicos para su acción en la vida económica y social, y requiere que el poder legislativo articule explícitamente los contenidos de las políticas. Los dos artículos más específicos y citados sobre el derecho a la salud, contenidos en el capítulo tercero "De los principios rectores de la política social y económica", son los artículos 41 y 43.

En lo que se refiere a la garantía de la asistencia y prestaciones del régimen público de la Seguridad Social, la redacción del artículo 41 ha contribuido a mantener la ambivalencia sobre si esta asistencia es la "sanitaria" o está definida en términos más amplios, ya que en España el Sistema Nacional de Salud se ha generado por la progresiva ampliación de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social hasta la práctica universalización.

La actual financiación por impuestos generales no finalistas y su gestión autonómica han ido dejando cada vez más desajustada la redacción de ambos artículos. La opción de reformas constitucionales debería tener en cuenta la posibilidad de cambios tanto en la formalización de los derechos a la protección de la salud, como la adaptación a los marcos institucionales del actual Sistema Nacional de Salud, resolviendo la confusión entre sanidad pública y Seguridad Social. En este trabajo abordamos la reforma constitucional que formalice cambios en el derecho a la protección de la salud.

4.- DE LA PROTECCIÓN FORMAL A LA EFECTIVA GARANTÍA DE DERECHOS A LOS CIUDADANOS: EL IMPACTO DE LA AUSTERIDAD Y RECORTES.

La garantía de derechos implica un reconocimiento legal, pero también supone articular los recursos, medios y organización que hagan posible su efectiva cobertura.

Esta cobertura tiene tres dimensiones:

- 1) Por una parte la especificación de las prestaciones, servicios, procedimientos o procesos que configuran la oferta de la sanidad, lo que se reconoce habitualmente bajo la denominación de "*póliza pública*".
- 2) La segunda dimensión es la extensión poblacional, donde pueden introducirse restricciones o exclusiones a individuos o grupos poblacionales.
- 3) La tercera y última, es económica, y establece la gratuidad o el grado de cofinanciación para el paciente en el momento de la utilización de servicios.

Estos tres ángulos de la cobertura han sido afectados por las medidas de contención del gasto sanitario que han adoptado los gobiernos como consecuencia de la crisis económica.

Repullo (2014) establece varias etapas diferentes en los cambios establecidos por el gobierno central:

En la primera etapa, 2009-2010, correspondiente al inicio de la crisis, en la que se plantean reformas no rupturistas de ahorro. El RD 4/2010 marca un cambio en la política farmacéutica cargando el esfuerzo económico de reducción de costes sobre la industria farmacéutica. Se reduce el precio de genéricos, se prohíben bonificaciones y descuentos y se regula la reducción de precios al expirar la patente, entre otros.

En una segunda etapa, desde mayo 2010 a diciembre de 2011, las autoridades monetarias y económicas europeas introducen medidas más agresivas, como consecuencia de las ayudas financieras al sector bancario.

Se aprueba el RDL 8/2010, que significó la bajada del 5% de salario para los empleados públicos y la congelación nominal de las pensiones no mínimas entre otras medidas.

La tercera etapa se inicia con el cambio de gobierno producido en diciembre. Las nuevas medidas en sanidad, están determinadas por los compromisos ante la UE y tienen como objetivo una reducción del gasto desde el 6,5% del PIB en 2010 al 5,1% en 2015. La reducción de gasto actúa en dos frentes: reduciendo el precio de los factores de producción y estableciendo techos de gasto para las comunidades autónomas.

Las medidas introducidas por el gobierno son: a) el RDL 16/2012 de medidas urgentes para garantizar la sostenibilidad del SNS y mejorar la calidad y seguridad de sus prestaciones; b) el RDL 1192/2012, que reduce la cobertura de servicios del sistema a algunos colectivos; c) la resolución de 2 de agosto, por la que se excluyen 417 medicamentos de la financiación pública, y d) la Ley 10/2013, referida al uso racional de medicamentos y el RDL 576/2013, por el que se establece un convenio especial de colaboración a personas que no tengan la condición de aseguradas mediante el pago de 60 o 157 euros para menores o mayores de 65 años.

Todo este conjunto de modificaciones, especialmente el Real Decreto Ley 16/2012 que, como hemos mencionado, introdujo modificaciones en la cobertura reduciendo la cartera prestacional eliminando la financiación de algunos medicamentos, limitando la cobertura poblacional de los inmigrantes no regularizados e incorporando copagos de medicamentos a los pensionistas.

La introducción de nuevos copagos, con el citado RD 16/2012, se realiza en varias líneas: a) fin de la gratuidad de medicamentos para pensionistas, que pasan a soportar el 10% del coste de los medicamentos con un límite mensual; b) incremento del porcentaje correspondiente a los activos, desde el 40% anterior hasta el 50 y el 60% en función del nivel de renta y, por último, c) la desfinanciación de más de 400 medicamentos.

Entre las medidas de recorte sanitario se espera más impacto en el gasto real en aquellas que afectan al medicamento. En todo caso, la reducción del gasto sanitario en las comunidades autónomas, debido a las medidas del gobierno central, ha sido de 3.053 millones de euros correspondientes a 2.145 millones en remuneraciones, 1.047 en transferencias sociales en especie a productores de mercado, 212 dedicados a consumos intermedios y 73 a otros empleos corrientes. (Repullo 2014:66).

Las políticas de reducción de los precios unitarios de los factores de producción tienen un menor impacto negativo en los servicios que las anteriores. Por su parte, la concentración de servicios puede generar problemas de accesibilidad y, por tanto, de equidad en el sistema. Por último, la generación interna de recursos es el método que más favorece la eficiencia asignativa.

En las medidas correspondientes del lado de la demanda, como la exclusión de colectivos de la cobertura sanitaria, genera problemas éticos y de impacto económico en el uso de las urgencias y en términos de salud pública. El cambio en el modelo de aseguramiento, por vía de exclusión de diversos colectivos, como la población inmigrante no regularizada, perjudica gravemente a un colectivo vulnerable.

Lohr et al. (1986) y Kim et al. (2005) llegaron a la conclusión de que en EEUU y Corea respectivamente, los copagos expulsaban del uso de los servicios sanitarios a los grupos socioeconómicos más pobres, con las consecuencias que ello conlleva para la salud indivi-

dual y pública. Los copagos de algunos medicamentos son una transferencia de la carga al individuo y, por tanto, una transferencia de renta desde las rentas bajas a las rentas más altas, cuestión que redundará en la ruptura de la equidad.

5.- EL RETO DE FORMULAR PRINCIPIOS Y CRITERIOS QUE ORDENEN Y GARANTICEN LA PROTECCIÓN Y COBERTURA SANITARIA.

La garantía del derecho a la protección de la salud exige la definición de un contenido mínimo esencial del derecho.

La lógica en la regulación de prestaciones sanitarias exige una narrativa y una racionalidad de base. Se suele hablar de dos tipos de racionalidad: la substantiva o de contenidos y la formal o de medios. En este caso, la reflexión sobre principios substantivos nos llevaría a expresar categorías de protección para luego ser aplicadas a necesidades de salud de los ciudadanos.

Por su parte, la consideración de la racionalidad formal nos llevaría a formalizar criterios de cómo desarrollar la función protectora de la salud desde los poderes públicos. La posición defendida es que debe existir una ética de los medios, porque se ha demostrado sobradamente que éstos condicionan y alteran los fines.

5.1. Sobre los principios y criterios substantivos

Permiten cualificar las necesidades sanitarias para otorgarles una protección diferenciada, propondríamos al menos tres niveles en función del grado de intensidad de la protección:

a) Nivel 1. Protección reforzada.

De necesaria aplicación a necesidades sanitarias que apelan directamente al derecho a la vida, o conectan de forma directa con la integridad física y moral de la persona (Artículo 15 de la CE).

b) Nivel 2. Protección tutelada.

Se aplica a necesidades sanitarias que expresan claramente contenidos de asistencia sanitaria de los artículos 41 y 43, y en los que la carga de la prueba para excluir o reducir la protección y cobertura debe recaer en el legislador que además debe formalizarlo.

c) Nivel 3. Protección selectiva.

Se aplica a necesidades sanitarias que conectan con preferencias o demandas del ciudadano, y cuya conexión con los artículos 41 y 43 no es directa: el legislador asume la carga de la prueba para incluir las prestaciones y cobertura de estas necesidades dentro de la responsabilidad pública.

5.2. Principios y criterios formales

Permiten informar de los instrumentos y medios necesarios para la efectiva aplicación de la protección constitucional del derecho a la salud, cabría establecer una referencia al artículo 31 de la CE, y otros concordantes en donde se formulan principios y requisitos relacionados con el buen gobierno y gestión de los servicios públicos.

No forma parte del núcleo de este trabajo, pero convendría insistir en el hecho de que estos principios de gobernanza virtuosa ni son ajenos a los contenidos de protección de la salud, ni son extraños al propio interés general como expresión de valores colectivos. Bien es cierto que las sentencias del Tribunal Constitucional ceden al legislador un margen muy amplio de iniciativa a la hora de concretar estos principios en los modelos de organización, gestión, prestación y servicio.

De hecho, en la sentencia del Tribunal Constitucional al recurso de inconstitucionalidad presentado por el Grupo Parlamentario Socialista del Senado contra los artículos 62 y 63 de la Ley 8/2012, de 28 de diciembre, de medidas fiscales y administrativas de la Comunidad de Madrid, el argumento esencial para dirimir que la privatización de la provisión no chocaba con el marco Constitucional fue que, a consideración del Tribunal, no se altera el régimen público de aseguramiento sanitario y que la propia regulación que el poder legislativo había establecido en su día sobre las formas de gestión (la conocida Ley 15/1997, de 25 de abril, de habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud).

Por ello, y sin profundizar en este ámbito, procede señalar que si la experiencia práctica señala la inconveniencia de habilitar cualquier forma de gestión para el servicio público, sería congruente tanto la reforma de la Ley, como la clarificación de los principios constitucionales que pueden ser necesarios para consolidar la garantía del interés general en los servicios públicos.

Ambos cambios irían en el sentido del buen gobierno de la sanidad pública, incorporando mandatos claros a los legisladores autonómicos y gobiernos para orientar el marco de funcionamiento de instituciones, centros y servicios públicos, evitando la externalización de la responsabilidad de la atención sanitaria a la población, y favoreciendo principios de buen gobierno en las organizaciones profesionales (y así minimizar los "fallos del Estado").

En el mismo sentido, cabría un mandato al legislador para establecer tutela efectiva de calidad y servicio en la sanidad privada, y favorecer el profesionalismo sanitario en instituciones con ánimo de lucro en defensa de los pacientes (en este caso para minimizar los fallos del Mercado).

Y como corolario de lo anterior, convendría un mandato adicional al legislador para aplicar principios de buen gobierno que reduzcan los conflictos de interés, y fomenten el profesionalismo, y la au-

tonomía de decisión de los profesionales, en beneficio del paciente (para minimizar costes de interferencia e influencia en la interacción de intereses públicos y privados).

6.- LA DIFÍCIL, PERO NECESARIA, TIPIFICACIÓN DE NECESIDADES SANITARIAS.

Seleccionemos ahora tres perspectivas para caracterizar y ordenar las necesidades sanitarias. Estas pueden manifestarse en el individuo, en la sociedad o una parte de la misma y también tienen repercusiones económicas que afectan a quien tiene una necesidad sanitaria. Es decir, podemos distinguir entre:

a) **Perjuicio individual:** Referido al efecto que tienen los problemas de salud en las personas y la capacidad de la intervención sanitaria para reducir dicho impacto.

b) **Perjuicio social:** Enfoca los problemas de salud desde la sociedad como sujeto que recibe el impacto de los problemas de salud.

c) **Perjuicio económico:** Recoge la dimensión económica en el impacto individual y social de los problemas de salud.

Sobre estas tres perspectivas vamos a ensayar un intento de tipificación y categorización. Aclaremos que la propuesta tiene carácter de ensayo porque se trata de un terreno muy innovador, donde lo relevante son los análisis éticos, los consensos sociales y la propia lógica taxonómica, que debe ser también objeto de los mismos escrutinios.

Contando con esta cautela, en los siguientes apartados realizamos una agrupación por bloques de las necesidades sanitarias para que se pueda categorizar, así como cuatro niveles de intensidad en el daño o perjuicio producido si no se atendieran dichas necesidades. Proponemos para cada una de ellas algunos ejemplos, con carácter ilustrativo y de ninguna manera exhaustiva. Se intenta de esta manera que puedan tener una utilidad didáctica, a título demostrativo y positivo.

a) Perjuicio individual:

La falta de salud puede producir cuatro tipos de daño individual: Perjuicio a la vida, daño físico o psíquico, malestar o contrariedad.

a.1. Perjuicio de vida.

Cuando la no cobertura de la necesidad de salud supone una amenaza para la vida de la persona (*life threatening conditions*).

Se produce una amenaza grave a la vida o a la función de los aparatos y sistemas esenciales del ser humano.

Situaciones tipificadas en este nivel de necesidad serían, por ejemplo, un accidente de tráfico con un paciente politraumatizado, un infarto agudo de miocardio, apendicitis aguda o una crisis de asma infantil grave.

La no cobertura, incluso si no llega a afectar a la vida de forma inmediata, supone una grave afectación de aparatos y sistemas esenciales que comprometen gravemente la esperanza de vida, la autonomía y dependencia, y la calidad de vida de la persona. Ejemplos: accidente vascular cerebral, insuficiencia renal crónica, hepatitis crónica activa, neumonía, cáncer, esquizofrenia, esclerosis lateral amiotrófica o aplasia medular.

a.2. Perjuicio causante de daño.

Entendiendo por tal la alteración severa y objetivable de estructuras y funciones físicas o psíquicas.

La no cobertura de este tipo de necesidades produce sufrimiento, menoscabo funcional y minusvalía, incapacidad laboral, para actividades productivas y/o de la vida cotidiana.

Podríamos citar como ejemplos tipificados en este nivel de necesidad la fractura de un brazo, una hernia discal lumbar, asma, diabetes, depresión, alzheimer, anemia severa, cataratas o problemas auditivos.

a.3. Perjuicio causante de malestar.

Entendiendo como tal sufrimiento y alteración funcional.

La no cobertura de este tipo de necesidades produce trastornos y malestar y puede interferir en el desempeño laboral, familiar o social, aunque no amenaza la vida, ni la alteración puede siempre objetivarse o cuantificarse por exploraciones o mediciones.

Ejemplos a incorporar en esta categoría: Dolor de cabeza, debilidad y dolores musculares, fobias graves, disminución de la libido, lumbago, digestión pesada, palpitaciones o caries y gingivitis.

a.4. Perjuicio causante de contrariedad ante la percepción del propio estado de salud.

La contrariedad es referida a un desajuste entre las prestaciones ofrecidas y las preferencias físicas o psicológicas.

La percepción de este tipo de necesidades varía con el individuo, y su no cobertura aunque produce contrariedad en aquellos que tienen dicha preferencia, socialmente no suele considerarse como sufrimiento o alteración de suficiente nivel como para movilizar y consumir recursos sociales en una prestación de servicios sanitarios que satisfaga al individuo.

Por tanto, son variables según la deseabilidad social y la posibilidad financiera en cada escenario político, social y económico, y que

tienen amplia relación con la consideración del envejecimiento y el malestar de la vida cotidiana como enfermedades medicalizables.

Ejemplos: balnearios; tratamientos para la alopecia (calvicie), cirugía estética (no reconstructiva o para casos graves), cirugía de cambio de sexo; malestar psíquico; falta de energía, ortodoncia, sobrepeso, masajes relajantes, técnicas de relajación o mal olor corporal.

b) Perjuicio social:

En este caso no se valora individualmente el riesgo para la vida o daño originado por la no cobertura de una necesidad sanitaria, sino que se identifica la pérdida de bienestar y desarrollo social e incluso consecuencias más graves futuras. Proponemos la incorporación de cuatro bloques: Contagio, descapitalización social, alarma social y decepción.

b.1. Contagio de una enfermedad.

Cuando una enfermedad contagiosa o transmisible no es tratada médicamente afecta a otros individuos. En términos económicos, referenciamos las externalidades negativas sobre terceros, individuos y sociedad, a través de contagios de enfermedades.

Ciertamente puede convertirse en un problema social de primer nivel cuando, en algunos casos, pueden llegar a epidemias de gran impacto sanitario, social y económico. La vacunación es una pieza esencial en estas estrategias, de ahí su carácter obligatorio en determinadas situaciones.

Desde otro ángulo, consideramos los efectos externos de enfermedades mentales. En este caso, su no cobertura produce graves problemas que pueden ser minimizados con una cobertura sanitaria amplia y una acción temprana y de control de riesgos.

b.2. Descapitalización social.

Es referida a la erosión de capital social, cohesión intergrupala e institucional y reciprocidad que se produce cuando no se da cobertura a una necesidad.

La no cobertura en grupos sociales de baja renta, con necesidades especiales, o con problemas de cultura o acceso a los servicios, genera una merma del capital social, lo que a su vez genera descohesión social, exclusión, y problemas de integración, identidad e inseguridad, cuyo impacto en el bienestar social es enorme.

Dicho en positivo, una cobertura sanitaria amplia y accesible es uno de los instrumentos más potentes para integrar una sociedad, aumentar la pertenencia, el bienestar, y generar confianza y reciprocidad (con efectos económicos claros en la reducción de costes de transacción y de organización).

b.3. Alarma social.

En este caso se produce desasosiego generalizado por inacción colectiva.

La no atención de necesidades sanitarias de un individuo o grupo, afecta a la sensibilidad colectiva de forma tan amplia que genera una externalidad negativa de tipo moral o cultural y daña a la sociedad. Un efecto muy conocido son las llamadas "reglas de rescate" que pueden conducir a acciones poco racionales técnicamente, pero ampliamente demandadas por una sociedad preocupada o alarmada. Un fenómeno de estas características se ha vivido hace un año con la crisis del ébola, merece la pena repasar los comentarios de Ricard Meneu (2014) a propósito de la repatriación de un misionero español contagiado por el virus de ébola en el verano de 2014.

b.4. Decepción.

Se produce cuando los individuos y grupos ven contrariadas sus preferencias en los modos de uso de los servicios.

Los ciudadanos y pacientes pueden tener demandas de formas de utilización de servicios muy diversas, de acuerdo a su cultura y preferencias; son necesidades que el sujeto social ha de juzgar si puede o no ofrecerlas, aunque si no las incluye generan más una decepción que un daño.

Ejemplos: Disponer de habitación individual en el hospital, no respetar la lista de espera; dirigirse directamente al especialista sin ser derivado desde atención primaria, exigir un médico mujer para la exploración por razones culturales o religiosas, solicitar una visita a domicilio por comodidad, acudir a urgencias por problemas menores saltándose otros dispositivos por conveniencia o capricho.

c) Perjuicio económico:

Sufrir una enfermedad tiene dos tipos de coste. Por un lado el coste total de los servicios sanitarios y farmacológicos, que en algunas enfermedades graves es un coste inasumible para muchos pacientes, y el coste de oportunidad por la imposibilidad de desempeñar tareas laborales y la merma de ingresos que ello supone. Hemos determinado cuatro grandes bloques referidos al perjuicio económico:

c.1. Perjuicio por ruina.

Al hacerse cargo del pago del tratamiento y costes sanitarios. Se da en individuos cuyo poder adquisitivo es insuficiente. La OMS (2010) cifra en 100 millones al año las personas que caen en situación de pobreza como consecuencia de los costes relacionados con una enfermedad en el ámbito familiar y 150 millones de personas cada año atraviesan serias dificultades económicas por la misma causa.

Son las llamadas enfermedades económicamente catastróficas. Se trata de una prioridad ampliamente reconocida por los sistemas sanitarios y agencias internacionales, ya que producen la ruina de la familia en caso de no ser cubiertas las necesidades por un esquema de compartición de riesgos o aseguramiento público amplio. En términos sociales, el perjuicio genera problemas de iniquidad.

c.2. Disgregación del aseguramiento público.

Este apartado está relacionado con las deseconomías e ineffectividad que se generan por no mancomunar riesgos y respuestas.

Cuando los grupos sociales buscan separadamente solución a sus problemas de aseguramiento se crea un daño económico por soluciones ineficientes. De hecho, el Bismarkiano concepto de "aseguramiento obligatorio" proviene precisamente de la imposición legal que evitaba escapar a individuos de su enrolamiento y contribución económica a un fondo de enfermedad comunitario. En la reforma que impulsó el presidente Obama en EEUU, la obligatoriedad se transformó en incentivos económicos, o penalizaciones, para promover entre los individuos la suscripción de un seguro que cubra sus contingencias.

La disgregación es una tendencia difícil de controlar. Los grupos con bajo riesgo y alta renta tienden a tomar dos tipos de decisiones, bien establecer un seguro colectivo diferente, en su caso un régimen separado de seguridad social pública, o bien a escapar del esquema general, "opting out".

El caso del mutualismo administrativo en España es un claro ejemplo. En países en vías de desarrollo es mucho más conspicuo: de una parte, ejército, policía, funcionarios, trabajadores de monopolios (petróleo), grandes empresas o cajas sectoriales de seguros sociales y, por otra parte, un sistema público empobrecido como red de seguridad para aquellos que carecen de un subsistema que les proteja de manera específica y preferente.

Esta fragmentación vertical, con diferentes sistemas basados en poblaciones segmentadas, es ineficiente porque destruye valor y dilapida recursos. Además plantea un problema de equidad horizontal, se produce un trato desigual para igual necesidad.

La igualdad de los ciudadanos ante la Ley es un principio constitucional que tangencialmente puede tener aplicabilidad en este punto y en el siguiente.

c.3. Inequidad.

Como penalización del acceso y cobertura a individuos y grupos con mayores y diferentes necesidades de salud.

En este caso el daño económico se produce en la equidad, en particular la llamada "equidad vertical", relativa a colectivos que acumulan desventaja y problemas en el acceso y uso de los servicios.

La ruptura de la equidad vertical se produce porque se provee de igual trato para satisfacer necesidades desiguales.

Hay muchísimos ejemplos en necesidades específicas: medio rural, pacientes frágiles e inmovilizados, minorías étnicas, pobres, mendigos, refugiados, enfermos mentales, ancianos institucionalizados, etc.

c.4. Inconveniencia por exclusiones y limitaciones en financiación colectiva de utilidades individuales.

Los individuos pueden tener necesidades particulares y que por su naturaleza no exista un amplio consenso en la sociedad sobre si es justa su cobertura y satisfacción con dinero público. La cobertura pública dependerá en todo caso de consideraciones de contexto o de repercusiones colaterales relativas a los costes de oportunidad. Por ejemplo, puede considerarse injusto cubrir las vacunas para enfermedades tropicales del turismo de ocio, pero puede compensar hacerlo si se evitan casos importados de enfermedades transmisibles.

Algunos ejemplos ampliamente debatidos son los deportes de alto riesgo con posibilidad de seguro federativo, pasar las recetas del médico privado a la seguridad social, conseguir vitaminas y suplementos nutricionales vigorizantes, productos sanitarios para fines cosméticos o para paliar síntomas menores como las medias de compresión ligera de uso alternativo para varices.

7.- UNA PROPUESTA DE JERARQUIZACIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN RELACIÓN A LA TIPOLOGÍA DE NECESIDADES.

En la siguiente tabla presentamos una síntesis en la que se integran los análisis anteriores. De una parte, formulamos una propuesta de articulación de los tres bloques de protección -reforzada, tutelada y selectiva-, de otra, las tres perspectivas con las que hemos contemplado las necesidades sanitarias.

La resultante son nueve categorías de diferente nivel de protección según necesidad (Tabla1):

Tabla 1: Propuesta de jerarquización del derecho a la salud según tipología de necesidades

	Perjuicio Individual	Perjuicio Social	Perjuicio Económico
Protección Reforzada	Vida Daño	Contagio	Ruina Disgregación
Protección Tutelada	Malestar	Descapitalización social Alarma	Inequidad
Protección Selectiva	Contrariedad	Decepción	Inconveniencia

Fuente: Elaboración propia

a) Protección reforzada

De esta manera, el contenido mínimo del derecho a la salud debe tener un primer nivel de protección reforzada, esto es, cobertura plena y exigibilidad directa que contendría las siguientes categorías de necesidad:

- **Vida.** Cuando se produce una amenaza grave a la vida o a la función de aparatos y sistemas esenciales. Se trata de un perjuicio individual. Se trata de necesidades que deben ser cubiertas por su conexión con el derecho a la vida.
- **Contagio de una enfermedad que afecta a otros individuos.** Se trata de una categoría perteneciente al bloque de protección frente a perjuicios sociales. Su pertenencia a este bloque de protección está vinculada a su conexión con el derecho a la integridad física y moral.
- **Daño.** Esta es una alteración severa y objetivable de las estructuras y funciones físicas o psíquicas. Esta necesidad está relacionada con el derecho a la integridad física y moral.
- **Ruina.** En caso de que los individuos no puedan pagar tratamiento, su necesidad debe ser satisfecha, el principio de igualdad reclama un trato diferenciado ante contingencias diferentes. Corresponde a una necesidad de tipo perjuicio económico.
- **Disgregación del aseguramiento público.** Des-economías e ineffectividad por no mancomunar riesgos y respuesta. La no cobertura rompe con el principio de igualdad ante la ley y genera iniquidades. Al igual que la anterior necesidad corresponde a la tipología perjuicio económico.

b) Protección tutelada

Un segundo nivel de protección, nivel 2 o de protección tutelada. Esta debe ser desarrollada por el legislador. En ellas el legislador debe asumir la carga de la prueba cuando decida retirar la cobertura que de antemano tiene la necesidad. Por tanto, es un nivel de protección

muy alto, pero incuestionable como el nivel 1 o de protección reforzada. Incluiría las cuatro categorías siguientes:

- **Malestar, sufrimiento y alteración funcional.** Correspondiente a la tipología de perjuicio individual.
- **Descapitalización social, erosión del capital social y de la reciprocidad.** Sería el perjuicio social derivado de la desatención y abandono de intervenciones activas para reducir las desigualdades injustas y evitables en las oportunidades de utilización de los servicios sanitarios.
- **Alarma.** Desasosiego generalizado por inacción colectiva.
- **Inequidad.** La consecuencia de la no cobertura es la penalización en el acceso y utilización efectiva por parte de individuos y grupos sociales con rentas bajas y a la alta necesidad.

c) Protección selectiva

Es el nivel de protección más débil, la desarrollaría el legislador, y para poder llevar adelante la iniciativa de asumir esta tipología de protección debería asumir la carga de la prueba a favor de las inclusiones. Incluye tres categorías de necesidades:

- **Contrariedad,** cuando se produce un desajuste entre las prestaciones ofrecidas y las preferencias físicas o psicológicas, que pueden estar provocadas por diversos factores.
- **Decepción.** Este fenómeno se produce cuando individuos y grupos ven contrariadas sus preferencias en los modos de uso de los servicios.
- **Inconveniencia.** Las exclusiones y limitaciones en financiación colectiva de utilidades individuales también se verían incluidas en este tercer nivel de protección.

8.- CONCLUSIONES

La evidencia empírica ha puesto de manifiesto que incrementar los recursos destinados a la prestación de servicios sanitarios a partir de un determinado nivel, no mejora la cantidad ni la calidad de salud de la sociedad, por tanto se hace necesario mejorar la eficiencia del sistema.

El gasto sanitario ha crecido en los países de la OCDE desde el último tercio del siglo XX. Un factor determinante de este incremento es el crecimiento del producto interior bruto (PIB). Pero, en alguna medida, este incremento viene producido por la nueva caracterización de pacientes de tipo crónico y pluri-patológico, de una parte, y por el encarecimiento de la incorporación de nuevas tecnologías, de otra.

La emergencia de nuevas necesidades sanitarias y la manera de afrontarlas, desde la omisión de alternativas que aporten mayor bienestar, efectividad, eficiencia y equidad, tiene como consecuencia

un proceso inflacionario que pone en riesgo la sostenibilidad interna del sistema.

Cuando se producen periodos de ciclo económico recesivo disminuye el gasto sanitario sin que esté garantizado un núcleo de prestaciones de servicios esenciales.

Más gasto, sumado a más necesidades sanitarias y con la necesidad de contención del gasto público como consecuencia de la coyuntura económica, ha tenido como consecuencia en España ha hecho explícita la vulnerabilidad de la protección de la salud en el sistema sanitario.

La decisión de los poderes públicos de reducir la cobertura prestacional en su triple vertiente: población protegida por el sistema, cartera de servicios y reparto de la carga económica de las prestaciones entre individuo y sistema sanitario, puede tener consecuencias sobre el nivel de salud de la población que aún es pronto para determinar.

Pero la vulnerabilidad de la protección de la salud se produce, en buena medida, por la indefinición del contenido del derecho. Por otra parte, la sostenibilidad del sistema viene determinada por la mejora en el uso de los recursos en el sistema sanitario, pero esta solo es posible si se definen los ámbitos prestacionales a que esté obligada la autoridad sanitaria, es decir, delimitando el contenido mínimo esencial del derecho a la protección de la salud.

Las autoridades sanitarias han determinado, con la crisis económica, los límites prestacionales a partir de los costes del servicio y del tipo de coste, generando problemas de equidad. Se propone un contenido mínimo esencial a partir de una gradación del nivel de necesidad sanitaria y el tipo de protección, graduada según el nivel de necesidad, que debe proporcionarse.

Bibliografía:

Barros, P.P. (1998): "The Black Box of Health Care. Expenditure Growth Determinants". *Health Economics*; vol. 7 (6), pp 533-44.

Canadian Hospice Palliative Care Association Cost Effectiveness of Palliative Care (2012): "A Review of the Literature"; pp 25. <http://hpcintegration.ca/media/24434/TWF-Economics-report-Final.pdf>.

Fries, J. (1980) "Ageing, natural death and the compression of morbidity". *NEJM*; pp: 130-35. <http://aramis.stanford.edu/downloads/1980FriesNEJM130.pdf>.

Fuchs V. (2004): "More variation in use of care, more flat-of-the-curve medicine". *Health Affairs*. <http://content.healthaffairs.org/content/early/2004/10/07/hlthaff.avar.104.short>.

- Gérvas J, Gavilán E, Jimenez de Gracia L. Camacho (2012): "Preven-
ción cuaternaria: es posible (y deseable) una asistencia sanitaria me-
nos dañina". *AMF*; 8(6):312-317. [http://amf-
semfyc.com/web/article_ver.php?id=994](http://amf-semfyc.com/web/article_ver.php?id=994).
- Kleiman, E. (1974): "*The Determinants of National Outlay on Health*",
The Economics of Health and Medical Care; London: MacMillan.
- Kim, J., Ko, S. y Yang, B. (2005): "The Effects of Patient Cost Shar-
ing on Ambulatory Utilization in South Korea". *Health Policy*; 72; pp
293-300.
- Lohr, K.N., Brook, R.H., Kamberg, C.J. et al (1986): "Use of Medical
Care in the Rand Health Insurance Experiment. Diagnosis and Ser-
vice-Specific Analyses in a Randomized Controlled Trial". *Med. Care*;
24 (9 Suppl): S1-87.
- Mas Núria, Wisbaum Wendy (eds).(2014): "La Triple Meta para el fu-
turo de la sanidad". *Papeles de Economía Española*;
nº142.[http://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=1-
01142](http://www.funcas.es/publicaciones/Sumario.aspx?IdRef=1-01142)
- Meneu, Ricard. Un espectáculo sanitario (Tribuna). El País, 8 de agos-
to de 2014. Disponible en:
[http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/08/08/actualidad/1407513
143_045955.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2014/08/08/actualidad/1407513143_045955.html)
- Moynihan Ray, Cassels Alan. (2005): "Selling Sickness: how the
world's biggest pharmaceutical companies are turning us all into pa-
tients"; *Nation Books*.
- Newhouse, J.P. (1977): "Medical Care Expenditure": A Cross-national
Survey". *Journal of Human Resources*; vol.12 pp 115-125.
- Newman David E, McDonald Kathryn M, Meltzer David O. (2013):
"How much diagnostic safety can we afford, and how should we de-
cide? A health economics perspective". *BMJ Qual Saf*; 22:ii11-ii20.
http://qualitysafety.bmj.com/content/22/Suppl_2/ii11.full.
- OECD (2013): "Health at a Glance 2013". Indicators: pp: 155 y 157.
[http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-
2013.pdf](http://www.oecd.org/els/health-systems/Health-at-a-Glance-2013.pdf).
- OECD (2014): "*OECD guidelines in corporate governance of state-
owned enterprise*".
[http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd_soe_guidelines_may201
4_en.pdf](http://www.ecgi.org/codes/documents/oecd_soe_guidelines_may2014_en.pdf).
- Okunade, A.A. y Murthy, V.N. (2002): "Technology as a "Major Driv-
er" of Health Care Costs: A Cointegration Analysis of the Newhouse
Conjecture". *Journal Health Economics*; vol.21 (1) pp 147-159.
- OMS (2010): "The World Health Report. Health Systems Financing.
The path to universal coverage"; Geneva: WHO. Disponible
en<http://www.who.int/whr/2010/en/>
- Pons, Joan M.V.(2015): "Inversión pública y beneficios privados: a
propósito de los nuevos antivirales de acción directa contra la hepatis
tis C". *Gestión Clínica y Sanitaria*; vol 19,
nº2.<http://www.iiss.es/gcs/gestion59.pdf>.

Puig-Junoy, B. González López-Valcárcel (2014): "Launch prices for new pharmaceuticals in the heavily regulated and subsidized Spanish market, 1995-2007". *Health Policy*; 116: 170-181. <http://www.econ.upf.edu/~puig/publicacions/Any%202014/HEAP3192.pdf>.

Repullo, J.R. (2014): "Cambios de regulación y de gobierno de la sanidad. Informe SESPAS 2014 . *Gaceta Sanitaria*; vol. 28, (S1), pp : 62-68. <http://www.gacetasanitaria.org/es/cambios-regulacion-gobierno-sanidad-informe/articulo/S0213911114000910/>.

Roberts, J. (2000) "Spurious Regression Problems in the Determinants of Health Care Expenditure: A comment on Hitiris". *Applied Economics Letters*, vol. 7, pp 279-283.

Stange Kurt C. (2009): "The Problem of Fragmentation and the Need for Integrative Solutions". *Ann Fam Med*; 7(2): 100-103. <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2653966/#>.

Zwifel, P., Ferder, S. y Meiers, M. (1999): "Aging of Population and Health Care Expenditure: A red herring?" *Health Economics*; vol. 8, pp 485-496.

EL DESARROLLO DE LOS PLANES DE ACCIÓN NACIONAL SOBRE EMPRESA Y DERECHOS HUMANOS Y EL ESTADO ACTUAL DE LOS PLANES DE ACCIÓN SOBRE RSC: ESPAÑA Y LOS PAÍSES NÓRDICOS

DEVELOPMENT OF NATIONAL ACTION PLANS ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS AND THE STATUS OF THE PLANS OF ACTION CSR: SPAIN AND THE NORDIC COUNTRIES

María del Mar Rojas Buendía*

RESUMEN: Países Nórdicos como Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia, con Estados del bienestar muy desarrollados, se sitúan a la cabeza de los *rankings* existentes en cuanto a Responsabilidad Social Corporativa (RSC) y sostenibilidad. Además de su alto grado de concienciación, sus empresas, más allá de la mera creación de valor económico, buscan maximizar el bienestar del conjunto de la sociedad, invirtiendo hoy en el desarrollo de su actividad futura sin comprometer las necesidades de las próximas generaciones. España, a medias entre la adopción voluntaria de estrategias de RSC y la necesidad de una regulación de mínimos, aborda hoy la implementación de un Plan que recoge medidas concretas centradas, siguiendo los Principios Rectores que recogen el Derecho Internacional vigente, en el deber del Estado de proteger, la obligación de las empresas de respetar y el acceso a los mecanismos judiciales y extrajudiciales de reparación, y que condiciona cualquier tipo de apoyo del Gobierno al respeto a los derechos humanos (DDHH) por parte de aquellas empresas que lo soliciten. El presente estudio trata de políticas Nacionales y se planteará sobre la necesidad de un nuevo Tratado Internacional sobre DDHH y empresas multinacionales. Sin embargo, dentro del análisis que aquí se propone, cabe retener por una parte, la *iniciativa voluntaria de los Gobiernos para elaborar Planes Estatales de Empresa y DDHH, y de RSC*; y, por otra, que *el marco a respetar es el establecido a nivel global o Internacional*. Si queremos comprender la disposición de unos países y la inacción de otros. Y las políticas de sus Gobiernos, en materia de RSC.

ABSTRACT: *Nordic countries like Denmark, Finland, Sweden, Norway and Iceland, with highly developed welfare states, are at the head of the existing rankings in terms of Corporate Social Responsibility (CSR) and sustainability. In addition to its high level of awareness, their companies, beyond the mere creation of economic value, they seek to maximize the welfare of the whole society, investing today in the development of future activity without compromising the needs of future generations. Spain, halfway between the voluntary adoption of CSR strategies and the need for regulation of minimum, addresses today the implementation of a plan that includes concrete measures focused, following the Guiding Principles which reflect the current international law, the duty of the State to protect, the duty of corporate to respect and access to legal and other redress mechanisms, and which conditions any support from the Government to respect human rights by those companies that request it. The present study is national HR policies and will consider the need for a new International Treaty on Business and Human Rights on the world stage. But it should hold, within the analysis proposed here, on the one hand, the voluntary initiative of the State Government to develop Business Plans and Human Rights (HR) and CSR; and, second, that the framework is to respect the established global or international level; if we want to understand the willingness of some countries and the neglect of others; and their policies governments, CSR.*

PALABRAS CLAVE: empresa y Derechos Humanos, políticas nacionales e internacional, RSC.

KEYWORDS: *business and Human Rights, national and international policies, CSR.*

Fecha de recepción: 10/11/2015

Fecha de aceptación: 08/12/2015

* Doctora en Derecho-Derechos Fundamentales. Universidad Carlos III de Madrid; e-mail: marojbu@yahoo.es

I.- CUESTIONES PRELIMINARES

El uso indistinto de las siglas RSC y RSE, a lo largo de este estudio, se refiere a la Responsabilidad Social (y Ambiental) de las Corporaciones (Corporations) y/o Empresas (Enterprises); que va más allá de una pura lógica mercantil y económica, y que sin sobrepasar el marco legal vigente apuesta por ir un paso más allá de sus exigencias. De tal forma que, la responsabilidad social corporativa es interpretada como la voluntad de establecer compromisos éticos, por parte de las corporaciones y/o empresas, que van más lejos de las exigencias legales vigentes. El cumplimiento de las normas o los imperativos legales supone así, desde esta perspectiva, un mínimo indispensable para el sector empresarial. Porque, se considera que en el marco de la actividad empresarial se definen líneas de actuación de carácter voluntario, que también forman parte de la estrategia de las organizaciones, orientadas a la integración y reconocimiento de demandas actuales en diversas materias (entre ellas, las materias de contenido social y medioambiental).

Este trabajo pretende acercarse a las prácticas de Responsabilidad Social Corporativa (RSC) de los Países Nórdicos, fundamentalmente, o previstas en sus Planes de Acción Estatal; centradas en distintas Áreas de la Estrategia Europea sobre RSC o coincidentes con éstas: 1) la transparencia y el reporting; 2) las compras públicas y la cadena de valor; 3) la Inversión Socialmente Responsable (ISR); 4) la educación y la formación; 5) la promoción de la competitividad; 6) el consumo responsable; 7) la coordinación interna; y, 8) la dimensión internacional de la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE). Y, también, exponer la trayectoria de España en este ámbito, describiendo las peculiaridades de nuestro modelo incorporado a estas áreas, con sus propias líneas de actuación centradas en: 1) la promoción de la RSE; 2) la RSE en educación, formación e investigación; 3) el buen gobierno y la transparencia; 4) la gestión responsable de los recursos humanos, el fomento del empleo y la visibilidad de la marca 'España'; 5) la ISR e I+D+i; 6) la relación con los proveedores; 7) el consumo responsable; 8) el respeto al medioambiente; 9) la cooperación al desarrollo; y, 10) la cooperación y la participación.

La idea consiste en dar una visión general de las políticas estatales llevadas a cabo por estos países, para poder responder, desde el conocimiento de sus particulares situaciones, a varias cuestiones o a los planteamientos que inicialmente motivaron este estudio. A saber:

(1º) Por qué *Países Nórdicos (PsNs)* como *Noruega* optan por regulaciones voluntarias en materia de RSC y por el reforzamiento de mecanismos ya existentes en la Comunidad Internacional, a la hora de decidir sobre la creación de un "instrumento Internacional jurídicamente vinculante" en materia de Empresa y Derechos

Humanos (R. A/HRC/26/, *Sesión núm. 26, junio-2014, Consejo de DDHH de las Naciones Unidas (ONU)*). Después de conocer las políticas de RSC que llevan a cabo países participantes –como Islandia y Noruega (Estados no miembro del Consejo de DDHH, en junio de 2014)– en el proyecto de una de las resoluciones suscitadas¹; y, después de haber revisado la declaración del Representante de la Santa Sede en Naciones Unidas, respecto a este tema².

(2º) Por otra parte, por qué *España* no es favorable a un tratado internacional sobre Empresas Multinacionales y DDHH³.

(3º) “Cómo podemos convencer a las *empresas* para que asuman voluntariamente su responsabilidad si no existe obligación nacional de carácter legal que las fuerce a ello” (*Su Excelencia el Nuncio Silvano M. Tomasi, Observador Permanente de la Santa Sede ante las Naciones Unidas*)⁴. Surge, entonces, aquí una cuarta cuestión:

(4º) Cómo podemos y/o debemos convencer a los *Estados* para que asuman su responsabilidad de establecer políticas de RSC y de legislar sobre esta materia, primero, a nivel interno; y para que se comprometan a llevarlas a cabo y sean efectivas. Porque, *aquí podría radicar subsidiariamente, tras las conclusiones derivadas de este estudio, parte del problema*. Y, finalmente,

(5º) Sin dejar de cuestionarnos, por ende, desde un “aspecto ético” dónde comienza el deber de los Estados y termina la

¹ Vid. Consejo de Derechos Humanos A/HRC/26/L.1, de 23 de junio, y A/HRC/26/L.22/Rev.1, de 25 junio, 26º período de sesiones, Tema 3 de la agenda: “Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo”. En junio de 2014, fueron aprobadas dos resoluciones por el Consejo de Derechos Humanos sobre la posibilidad de contar con un tratado vinculante. Con similares objetivos pero diferentes formas de lograr una regulación de la actividad de las empresas en materia de derechos humanos; la primera resolución, impulsada por Ecuador, tiene como objetivo crear un instrumento jurídicamente vinculante para las empresas y da lugar a la creación de un Grupo de Trabajo intergubernamental para su desarrollo, distinto del existente actualmente. La segunda resolución, promovida por Noruega, opta por reforzar los mecanismos existentes, especialmente los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados en junio de 2011; vid. ASÚNSOLO MORALES, C. R., “Entre la voluntariedad y la obligatoriedad de las normas: cronología del debate sobre empresas y derechos humanos en la Organización de Naciones Unidas”, publicado el 14 noviembre, 2014, en: <http://tallerddhhyempresa.wordpress.com/> (consulta: 6/02/2015).

² Vid., <http://omiusajpic.org/files/2014/06/EN - Holy See Declaration HRC 26th Session Transnational Corporation.pdf> (consulta: 30/03/2015).

³ A raíz de la noticia publicada, “El Gobierno no es favorable a un tratado internacional sobre derechos humanos y empresas multinacionales”, 9 de noviembre de 2014, en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobier...> (consulta: 6/02/2015).

⁴ Vid. “Comentario de la Declaración de Su Excelencia el Nuncio Silvano M. Tomasi”, a propósito de su participación en uno de los eventos de la Sesión 26 del Consejo de DDHH, el 11 de junio de 2014, en Ginebra, relativo al Informe de fin del primer mandato presentado por el Grupo de Trabajo respecto de los DDHH y las empresas multinacionales y otras sociedades comerciales, en: CAMARERO SUÁREZ, V., ZAMORA CABOT F. J., “Apuntes sobre la Santa Sede y el Tratado de Empresas y Derechos Humanos”, *Papeles el tiempo de los derechos* (Huri-Age. Consolider-Ingenio 2010), Núm. 1, Año: 2015, pp. 13-16; vid., en concreto, cit. a la doctrina internacionalista, por ejemplo, RATNER, S. R., “Corporations and Human Rights: A Theory of Legal Responsibility”, *Yale Law Journal* 111, 2001, pp. 3-4.

Responsabilidad de las empresas⁵; puesto que, existen conductas atribuibles a nuevos actores no estatales dentro del plano Internacional⁶.

Por tanto, el presente estudio tratará de políticas Nacionales, del impacto que causa en ocasiones la actividad empresarial sobre los derechos humanos, y nos plantearemos sobre la necesidad de un nuevo Tratado Internacional en materia de Empresa y Derechos Humanos en el escenario mundial.

Así, cabe retener, dentro del análisis que aquí se propone, por una parte, la *iniciativa voluntaria de los Gobiernos para elaborar Planes Estatales de Empresa y Derechos Humanos (DDHH), y de RSC*; y, por otra, que *el marco a respetar es el establecido a nivel global o Internacional*. Si queremos comprender el por qué de la disposición de unos países y la desidia de otros, y de la inacción de las políticas de sus Gobiernos, en materia de RSC.

Para llegar a alcanzar este objetivo, comenzaremos esta singladura por el principio, por aquello que nos condujo a realizar y centrarnos en este estudio: 1) *el modelo Español de Responsabilidad Social Empresarial*: conocer las aportaciones actuales de este modelo articulado en torno al actual Borrador de Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos de junio de 2014⁷, que está vinculado directamente a la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas (2014-2020)⁸ y a los trabajos realizados y futuros del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE)-; 2) *el modelo Nórdico y la Responsabilidad Social de las Empresas*: realizar una aproximación a los planes de acción y a las políticas que los distintos Gobiernos de los países Nórdicos están llevando a cabo actualmente o se proponen acometer en adelante, en áreas específicas de la Responsabilidad Social Empresarial –Empresa y

⁵ Vid., la Reflexión Final que realiza el profesor ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., “Derechos Humanos y Empresa en el Contexto de la Internacionalización”, *Políticas Públicas 2012, Revista Interdisciplinaria del Centro de Políticas para el Desarrollo, Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile*, Volumen 5, Núm. 1, pp. 20-22; donde el autor esgrime que “(l)a empresa debe ser más que un agente económico. En aquellos contextos marcados al mismo tiempo por profundas necesidades básicas insatisfechas y por la presencia de empresas con importante capacidad económica, la responsabilidad de éstas va más allá del estricto negocio. De manera que nos deberíamos responsabilizar de la ampliación del concepto de negocio, incluyendo en el mismo dimensiones sociales”.

⁶ “(...) la evolución del régimen internacional de la responsabilidad del Estado ha permitido que otro tipo de conductas de actores no estatales generen su responsabilidad. Entre los estándares para determinar si la acción u omisión del Estado relativa a la conducta de un actor no estatal genera responsabilidad está el de la diligencia debida”, vid., en MARTÍN-ORTEGA, O., “La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos: un nuevo estándar para una nueva responsabilidad”, *Papeles el tiempo de los derechos* (Huri-Age. Consolider-Ingenio 2010), Núm. 9, Año: 2013, p. 8.

⁷ *Plan de Empresa y Derechos Humanos*, Gobierno de España 26 de junio de 2014, Borrador para tramitar en el Consejo de Ministros.

⁸ *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas* - “Estrategia 2014-2020 para empresas, administraciones públicas y el resto de organizaciones para avanzar hacia una sociedad y una economía más competitiva, productiva, sostenible e integradora”, Gobierno de España – Ministerio de Empleo y Seguridad Social.

Derechos Humanos—, que en la Estrategia de la Comisión Europea son consideradas como “áreas fundamentales”; y, 3) concluir con la *contribución de las políticas de RSE y la actual regulación gubernamental* a la situación actual, y las posibilidades de cambio que pueden llegar a introducirse con su aplicación⁹.

II.- INTRODUCCIÓN

El Pacto Mundial de las Naciones Unidas (NU) de 1999, es la mayor iniciativa voluntaria mundial en sostenibilidad empresarial y plantea la posibilidad de adoptar principios universales. Las empresas se comprometen a alinear sus estrategias y operaciones con diez principios universalmente aceptados en cuatro áreas temáticas: derechos humanos, estándares laborales, medio ambiente y anti-corrupción.

En los últimos años gran número de empresas, también las españolas, se han comprometido de forma importante con los derechos humanos a través de su adhesión al Pacto Mundial, tomando conciencia de sus impactos sobre estos instrumentos jurídicos a nivel internacional y del riesgo que supone para su reputación la vulneración de cuestiones relacionadas con ellos.

Los stakeholders (los consumidores, empleados y accionistas; la opinión pública; los sindicatos, organizaciones de la sociedad civil y partidos políticos; los inversores públicos y privados; los índices bursátiles de sostenibilidad, etcétera.), junto a las instituciones y agentes sociales solicitan actualmente una legalidad, identidad y responsabilidad empresarial compatible con el respeto a los derechos humanos internacionalmente reconocidos, con un modelo de desarrollo social equitativo e igualitario, una justicia operativa y una competitividad en su actividad exterior¹⁰.

Por este motivo, nuestro país ha diseñado el Plan Estatal Español de Empresa y Derechos Humanos, o conato de Plan, porque aún es un Borrador que quizás no vea la luz de forma definitiva¹¹; que deriva de la adopción de los *"Principios Rectores sobre las*

⁹ Estudio realizado dentro del marco del Taller “Derechos Humanos y Empresa” (3.ª Edición), impartido por la Profa. Dra. Dña. Hilda Garrido Suárez, Directora del Taller y Coordinadora de la *Cátedra de Ética de la Empresa y de las Profesiones* (Cátedra dirigida por el Dr. D. F. J. Ansuátegui Roig, en el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid) y de la *Fundación Gregorio Peces-Barba para el Estudio y Cooperación en Derechos Humanos*. Programa incluido en el Proyecto ‘Huri-Age. Consolider-Ingenio 2010’. (Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación), avalado por la Profa. Dra. Dña. M^a del Carmen Barranco Avilés, Profa. Titular de Filosofía del Derecho. Universidad Carlos III de Madrid.

¹⁰ Vid. *Plan de Empresa y Derechos Humanos, Borrador* (2014)..., op. cit., p. 4.

¹¹ Borrador que aquí consideramos mencionar, por la alusión que se hace del mismo al hablar de la Medida 26 de la *Estrategia Española...*, op. cit., p. 41; referida a la “Gestión responsable de los recursos humanos y fomento del empleo”, concretamente, al “Respeto y protección de los DDHH para toda la cadena de valor”: “(...) se velará por el cumplimiento de los principios y normativas internacionales comúnmente aceptados”. La *Estrategia Española de RSE (2014-2020)*, sí está en vigor; vid., *infra*, p. 18.

empresas y los derechos humanos: puesta en práctica del marco de las NU para proteger, respetar y remediar" (Consejo de Derechos Humanos de NU); la invitación a los Estados contenida en la Comunicación de la Comisión Europea (CE) "*Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas*"; y que, además, es desarrollado *conforme a la previsión realizada en el Plan de acción de la UE para los derechos humanos y la democracia, adoptado por el Consejo Europeo en 2012, que dice que: "los Estados miembros de la Unión deben elaborar en 2013 planes nacionales que incorporen los Principios Rectores sobre empresas y derechos humanos"*.

Lejos queda ya el momento a partir del cual la progresión de internacionalización de las empresas españolas discurría paralela a la necesidad de atribuirse una reputación, en concreto en la UE entre el resto de Estados Miembros a raíz de su pertenencia. En España, la evolución de la Responsabilidad Social Corporativa (RSC), la Responsabilidad Social de las Empresas (RSE), siempre ha tenido que ver con su proceso integrador, dejando atrás iniciativas como las "inversiones socialmente responsables"¹², de los años 90; para adentrarse en un nuevo milenio en el que cada vez más empresas se adhieren a algún tipo de estrategia de RSC o sostenibilidad, incluyendo su inclusión en los índices internacionales que valoran el desempeño en materia de sostenibilidad, liderando incluso el *ranking* mundial de su sector, como una efectiva estrategia de marketing¹³.

En Europa se ha considerado, hasta hace bien poco, que España se encontraba ante un dilema circunscrito al debate sobre la continuidad de la voluntariedad en la adopción de estrategias de RSC y su necesidad de regulación por parte del Gobierno¹⁴. Sin embargo, a lo largo de la última década se han desarrollado en nuestro país distintas iniciativas públicas destinadas a promover la responsabilidad social de las empresas, tanto desde el ámbito de la Administración General del Estado, como desde el autonómico¹⁵; que incluye a la pequeña y mediana empresa (PYME).

¹² MANDL, I., & DORR, A., *CSR and Competitiveness. European SMEs' Good Practice. Consolidated European Report*, Austrian Institute for SME Research, 2007.

¹³ En esta línea, cabe destacar el *Dow Jones Sustainability Index* (DJSI) y el *FTSE4Good Index*. "(C)on respecto al DJSI (...), dicho índice (...) permite poner en valor frente a los mercados la excelencia en las prácticas de buen gobierno y la excelencia en la gestión de las compañías. Actualmente, 333 empresas de todo el mundo forman parte del prestigioso índice mundial. En 2013, 17 de ellas son españolas y algunas se encuentran actualmente liderando sus respectivos sectores", vid. *Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas, Borrador de 2 de octubre de 2013*, p. 12.

¹⁴ Vid. *CSR and Competitiveness. European...*, op.cit.

¹⁵ Un ejemplo de desarrollo de iniciativas públicas en España es la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*; los trabajos de la subcomisión parlamentaria en el 2005; un *Foro de Expertos sobre RSE* (constituido el 17 de marzo de 2005 por iniciativa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales con la participación de representantes de varios Ministerios y de expertos provenientes de grupos empresariales, organizaciones de la sociedad civil y de la Universidad. Las conclusiones de los trabajos realizados en: <http://www.empleo.gob.es>; *Mesa de Diálogo Social* (sus conclusiones fueron aprobadas por la Comisión de Seguimiento y Evaluación del Diálogo Social, formada por representantes del

En lo que respecta a las PYMEs, uno de los objetivos de la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas consiste en "extender los valores y las prácticas de la RSE, también a las pequeñas y medianas empresas" (previsto en su objetivo 2º). Y es que, en este ámbito resulta "prioritario" incrementar los esfuerzos e iniciar una labor de sensibilización, promoción y difusión de la RSE, para que ésta sea asimilada de forma mayoritaria como un elemento de ventaja competitiva y como una guía capaz de mejorar la cuenta de resultados y de reducir los riesgos¹⁶. Esta línea coincide con la Estrategia Europea, que ha tenido en cuenta la conveniencia de que en el momento de diseñar las actuaciones en el ámbito de la RSE, se incluyan aspectos como el tamaño de la empresa y la naturaleza de sus operaciones, para que las PYMEs se beneficien de este modelo de gestión. Asimismo la CE, dentro de su estrategia, se ha centrado en áreas fundamentales como: la transparencia y el reporting; las compras públicas y la cadena de valor; la inversión socialmente responsable; la educación y la formación; la promoción de la competitividad; el consumo responsable; la coordinación interna y la dimensión internacional de la RSE.

España es precursora en el conjunto de los países de nuestro entorno, porque aprueba en 2008 la creación del Consejo Estatal para la RSC (CERSE)¹⁷, que entra en funcionamiento en 2009, como órgano asesor y consultivo adscrito al Ministerio de Empleo y Seguridad Social; y que pretende agrupar en el mismo a representantes de distintos colectivos vinculados a la responsabilidad social de las empresas (organizaciones sindicales, empresariales, e instituciones de reconocida representatividad e interés en el ámbito de la RSE y Administraciones Públicas). En su seno se prevé la creación de Grupos de Trabajo para materias concretas como la promoción de la RSE; la Inversión Socialmente Responsable en Fondos de Pensiones; o la Gestión y Funcionamiento del CERSE. Además, es este órgano el que propone al Gobierno medidas que presten una especial atención a la singularidad de las PYMEs.

Gobierno, CEOE, CEPYME, CC.OO y UGT el 21 de diciembre de 2007 "La Responsabilidad Social de las Empresas (RSE). Diálogo Social". Un ejemplo de desarrollo legal es la *Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible*; el *Real Decreto Ley 4/2013, de Medidas de Apoyo al Emprendedor y de Estímulo del Crecimiento y de la Creación de Empleo*, convertido posteriormente en la *Ley 11/2013 de 26 de julio*, que incluye las principales medidas que forman parte de la *Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016*; regulado por la *Orden ESS/1299/2013, de 1 de julio*, la participación en esta última se materializa mediante el procedimiento de concesión del *Sello de Entidad Adherida*; y, finalmente, nuevos proyectos como es la *Ley de Apoyo a los Emprendedores y su Internacionalización*, y el proyecto de *Ley de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno* (aprobado por el Consejo de Ministros el 27 de julio de 2012), vid. *Borrador de 2013*, cit., pp. 12-19.

¹⁶ Vid. *Borrador de 2013*, cit., p. 27.

¹⁷ El Consejo de Ministros, en su reunión del 15 de febrero de 2008, aprobó el Real Decreto 221/2008 por el que se crea y regula el Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas- CERSE- (BOE, de 29/02/2008).

Precisamente es esta circunstancia, su "singularidad" lo que afecta al diseño de acciones en el ámbito de la RSC (que debe tener en cuenta factores como el tamaño de la empresa y la naturaleza de sus operaciones), mas si bien, los programas de sostenibilidad han de adaptarse al tamaño de las empresas y organizaciones; como hemos visto, tanto la Estrategia Española como la Estrategia Europea ofrecen facilidades¹⁸.

Para maximizar la creación de valor compartido, la estrategia europea anima a las empresas a adoptar estrategias de RSC, y desarrollar innovación competitiva en sus productos y servicios, para contribuir al crecimiento económico, al bienestar social y a la creación de empleos de mayor calidad y más productivos. La aprobación de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica la Directiva 2013/34/EU sobre divulgación de información no financiera e información sobre la diversidad por parte de determinadas grandes sociedades y determinados grupos, aprobada por el Parlamento Europeo el 15 de abril de 2014, será transpuesta al ordenamiento jurídico español¹⁹.

Según un estudio realizado por la Cátedra de Responsabilidad Social Corporativa de la Universidad de Alcalá "un 25% de las empresas encuestadas dicen no tener actividad en el ámbito de la RSC por falta de información"²⁰. Por eso, las PYMEs innovadoras deben adoptar un modelo de gestión sostenible y socialmente responsable para poder tener presencia en el mercado a largo plazo y si desean ser más productivas, competitivas y rentables. Para este cometido, el estudio concluye que es necesario el diálogo con los grupos de interés o *stakeholders* a la hora de implementar una política de RSC.

Una estrategia de las empresas puede consistir en atraer el talento o configurar sus plantillas con personal cualificado. Según el estudio, "para una PYME iniciar su andanza en la RSC empezando con

¹⁸ "Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas" ("Bruselas, 25/10/2011, COM(2011) 681 final"), ya mencionada en el texto. Entre los aspectos más relevantes de esta nueva estrategia cabe destacar una nueva definición de responsabilidad social empresarial, el establecimiento de compromisos de la comisión, recomendaciones para empresas y Estados, y la presentación de una propuesta legislativa sobre transparencia de la información socio-ambiental reportada por las empresas.

¹⁹ *Estrategia Española...*, op. cit., p. 10.

²⁰ "(P)ara que podamos decir que la RSC está implantada en las estrategias de las PYME tendremos que realizar antes algunos pasos. El primero de ellos es, sin duda, que las empresas se den cuenta de lo que ya están llevando a cabo, la mayoría de las veces sin tener conciencia de que están realizando acciones de responsabilidad social y otras, como ya hemos señalado, de forma desordenada y sin seguir ninguna estrategia empresarial. El segundo será ver qué pueden mejorar en las prácticas que ya realizan o ver cuáles pueden ser integradas en el trabajo empresarial. El salto cualitativo en la implantación llegará cuando se empiece a medir estas acciones y comiencen a darle la publicidad necesaria y merecida. Para entonces las PYME serán conscientes de que éste es un factor competitivo", vid., en "Responsabilidad Social Corporativa en la Pyme", Vid. GARRIDO SUÁREZ, H., MARTÍNEZ-VARA DE REY, F., (Invest.), GONZÁLEZ HERNÁNDEZ, J. C., (Dr. Proy. "Responsabilidad Social Corporativa en la Pyme", Cátedra de Responsabilidad Social Corporativa, Universidad de Alcalá, Cámaras de Comercio, Madrid, p. 11.

la dimensión interna, esto es, queriendo y trabajando por ser la empresa en la que no sólo sus empleados se sientan a gusto, sino, por qué no, ser la empresa en la que cualquier empleado querría trabajar”²¹. Esta dimensión interna de la RSC viene referida en el estudio a los “temas relacionados con empleados y a algunos aspectos medioambientales relacionados con la gestión de los productos naturales en la producción”²². En el Libro Verde la temática se clasifica en: a) gestión de Recursos Humanos; b) salud y seguridad en el lugar de trabajo; c) adaptación al cambio; y, d) gestión del impacto ambiental y de los Recursos Naturales.

Este Libro Verde sobre Responsabilidad Social de las Empresas de la Comisión de las Comunidades Europeas tiene como objetivo fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas. En 2001 tuvo lugar la presentación de este trabajo, con el que se inició el debate institucional en esta materia. Cuando la Comisión Europea presenta en octubre de 2011, la Estrategia Renovada de la Unión Europea sobre Responsabilidad Social de las Empresas (RSE), la RSE había ganado progresivamente más protagonismo en la agenda de prioridades europeas. Prueba de ello es la Estrategia Europea 2020 que recoge el compromiso europeo de establecer un nuevo enfoque en responsabilidad social empresarial y la Resolución del Parlamento Europeo, de 6 de febrero de 2013, sobre responsabilidad social de las empresas: comportamiento responsable y transparente de las empresas y crecimiento sostenible.

Además, en el caso de España, en el Informe de la Subcomisión Parlamentaria para promover la RSE, se declara que “(l)a responsabilidad social de la empresa es, además del cumplimiento estricto de las obligaciones legales vigentes, la integración voluntaria por parte de la empresa, en su gobierno y gestión, en su estrategia, políticas y procedimientos, de las preocupaciones sociales, laborales, ambientales y de respeto a los derechos humanos que surgen de la relación y el diálogo transparentes con sus grupos de interés, responsabilizándose así de las consecuencias y de los impactos que derivan de sus acciones”²³. Que viene a decir que, no sólo se les exige a las empresas el cumplimiento estricto de las obligaciones morales, éticas y legales vigentes, sino que además es imprescindible asumir la RSC²⁴.

Para concluir esta aproximación introductoria a tres niveles (Internacional, Nacional y Europeo), después de este recorrido, cabe

²¹ Vid. “Responsabilidad Social Corporativa...”, op. cit., p. 19.

²² Existe un segundo bloque de aspectos que integran la RSC, referidos a la dimensión externa de la empresa. Lo integran: a) comunidades locales; b) socios comerciales, proveedores y consumidores; c) derechos humanos; y, d) problemas ecológicos Mundiales; vid. “Responsabilidad Social Corporativa en la Pyme”, *ibídem*, pp. 17-8.

²³ *Estrategia Española...*, op. cit., p. 4.

²⁴ O reconocer e integrar “los compromisos éticos que las empresas establecen con sus grupos de interés” en sus operaciones “tanto en el ámbito de las preocupaciones sociales como medioambientales”, vid., definición de RSC en “Responsabilidad Social Corporativa en la Pyme”, op. cit., p. 15.

decir que actualmente, sobre lo que sí se abre un debate en la Comunidad Internacional es sobre la posibilidad de contar con un Tratado vinculante para regular la actividad empresarial en materia de derechos humanos.

Esta negociación no obtiene respaldo por parte del Gobierno de España, porque considera que son más útiles los planes nacionales que incluyan "medidas" para explicar las obligaciones y distintas previsiones jurídicas sobre este tema; y que, sin embargo, países como Noruega apoyan optando por reforzar instrumentos como los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados en junio de 2011²⁵.

Para entender esta postura moderada de Noruega, por otra parte, respecto a la posibilidad de contar con un Tratado, es preciso profundizar en aspectos relevantes en materia de la RSE en este país y en otros países Nórdicos de Europa como Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia, que ayudarán a desvelar su recorrido y aptitud ante esta realidad actual, en paralelo con otros aspectos que caracterizan la situación de nuestra Estrategia de RSE en España.

1.- EL MODELO ESPAÑOL DE RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

España publicó un Borrador de Plan sobre Empresas y Derechos Humanos en junio de 2014, tras uno anterior de noviembre de 2013, que aún está pendiente de tramitarse en el Consejo de Ministros.

Cuenta actualmente también con un Plan de Acción Nacional sobre RSC, Estrategia Española (2014-2020) para Empresa, Administraciones Públicas y el resto de Organizaciones para avanzar hacia una sociedad más competitiva, productiva, sostenible e integradora; actualmente en vigor, tras un primer Borrador de octubre de 2013 y anteriores conatos de prácticas de RSC centradas en una, cada vez más, creciente conciencia; en la promoción de la estandarización y el fomento de la utilización del etiquetado como herramienta distintiva del cumplimiento de criterios de sostenibilidad (con el fin de promover la producción cívica y responsable, distinguir a las empresas que muestran un compromiso con la responsabilidad social, y facilitar que los consumidores conozcan este compromiso); y, también, centradas en la legislación.

²⁵ Vid. "El Gobierno no es favorable a un tratado internacional sobre derechos humanos...", op. cit., en: <http://www.europapress.es/economia/macroeconomia-00338/noticia-economia-gobier...> El Gobierno justificó su postura en la inexistencia de un "consenso mínimo necesario" para iniciar una "compleja negociación internacional" y en la previsible demora de "los posibles efectos positivos" de aportar "soluciones en tiempo presente" a través de Planes de Acción Nacional.

1.1 El Borrador de Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos, de junio de 2014

Este Plan está vinculado directamente a la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas que se enmarca además en el objetivo del Gobierno, plasmado en el Plan Nacional de Reformas, de impulsar iniciativas destinadas a fortalecer la economía española y avanzar hacia la consecución de un crecimiento inclusivo y sostenible; y a los trabajos realizados (y futuros) del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE).

El Plan Nacional de Empresa y Derechos Humanos contaría, de ser aprobado, con un ámbito temporal de tres años desde su aprobación, y su seguimiento sería llevado a cabo por una Comisión de Seguimiento, compuesta por varios Ministerios (de la Presidencia; de Asuntos Exteriores y Cooperación; de Empleo y Seguridad Social; de Industria y Energía; de Economía y Competitividad; de Hacienda y Administraciones Públicas; y el Ministerio de Justicia). No obstante, la Comisión podría llegar a decidir incluir otros Ministerios y cada uno de ellos nombrar a uno o varios representantes, que tomarían las decisiones por consenso²⁶.

Esta Comisión de Seguimiento podría reunirse como mínimo una vez por semestre y convocar al menos en tres ocasiones al año una reunión con la sociedad civil y otra con empresas y asociaciones empresariales interesadas, con el principal objetivo de explicar las acciones realizadas por la Comisión y el Gobierno. Por otra parte, su presidencia habría de comparecer anualmente ante la Comisión de Asuntos Exteriores del Congreso de los Diputados.

1.1.- Derechos Humanos y Empresa

La Resolución 17/4 (A/HRC/17/31) del Consejo de Derechos Humanos (Naciones Unidas (NU), 16 de junio de 2011) respaldó los Principios Rectores sobre las empresas y los derechos humanos, elaborados por el Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas; que recogen el Derecho Internacional vigente y son comunes (o se han enunciado) para todos los Estados y para todas las empresas.

Se trata de un Marco sobre las obligaciones de *derechos humanos existentes* y sobre cómo se aplican en su relación con las empresas. Estos Principios aclaran y concretan los tres pilares del Marco "proteger, respetar y remediar" de NU: 1) la obligación del Estado de proteger los derechos humanos de abusos por parte de terceros, incluidas las empresas; 2) la responsabilidad empresarial de

²⁶ Vid. *Plan de Empresa y Derechos Humanos, Borrador (2014)...*, op. cit., p. 10.

respetarlos; y 3) un mayor acceso a la reparación, judicial y extrajudicial, por parte de las víctimas.

1.2.- Fuentes

El Gobierno de España tomó en consideración, por una parte, la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Estrategia renovada de la Unión Europea (UE) para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas"*²⁷, en la que se instaba a los Estados miembros a desarrollar un plan de implementación de los Principios Rectores.

Sus objetivos consistían en: 1) seguir periódicamente los avances y la preparación conjunta de una reunión de revisión, para solicitar el trabajo coordinado entre el Foro Multilateral Europeo sobre la RSE y el Grupo de alto nivel de representantes de la RSE de los Estados miembros; 2) entablar un debate con el Consejo, el Parlamento Europeo, el Comité Económico y Social Europeo, el Comité de las Regiones, las empresas y otras partes interesadas, y contar con su compromiso; y, por último, 3) pedir a los líderes empresariales europeos su compromiso abierto, antes de mediados de 2012, de promover, en cooperación con los poderes públicos y otras partes interesadas, la adopción de una gestión empresarial responsable por parte de un mayor número de empresas de la UE, con objetivos claros para 2015 y 2020.

Y, por otra parte, el *Plan de Acción de la Unión Europea para los derechos humanos y la democracia*, aprobado por el Consejo de 25 de junio de 2012 cuya medida 25 c) solicitaba a todos los Estados miembros que elaboraran los mencionados planes antes de fin de 2013.

Era objetivo prioritario de este Plan, la aplicación de los Principios Rectores de las NU, y contaba con tres acciones y con tres calendarios de actuación, de los cuales eran responsables órganos distintos: 1) la primera acción consistía en garantizar la aplicación de la Comunicación de la Comisión sobre responsabilidad social de las empresas, llevando a cabo la elaboración y difusión de orientaciones sobre derechos humanos para tres sectores empresariales (TIC; petróleo y gas; agencias de empleo y selección de personal), y para las PYMEs. Su calendario estaba fijado para el año 2013 y era responsable la Comisión; 2) la segunda, en publicar un informe sobre las prioridades de la UE, para la aplicación efectiva de los Principios Rectores. El calendario fijado era para finales de 2012 y continuaba siendo responsabilidad de la Comisión; y, por último, 3) la tercera, en elaborar planes nacionales para los Estados miembros de la UE, sobre la aplicación de los Principios Rectores. En este caso, los Estados miembros eran los responsables para cumplir antes de finalizar 2013.

²⁷ "Bruselas, 25/10/2011, COM(2011) 681 final", ya citada.

1.3.- Principios Fundacionales y Operativos

El (Borrador de) Plan de Empresa y Derechos Humanos tomó como principales ejes de trabajo los *Principios Fundacionales n.º 1, n.º 2 y n.º 25 relativos al deber del Estado de proteger los derechos humanos*. Porque, se consideró que el Estado debía: 1) adoptar medidas apropiadas y reparar los abusos; 2) enunciar qué se espera de las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción; y, 3) tomar medidas para garantizar, por las vías judiciales, administrativas, legislativas o de otro tipo, que los afectados pueden acceder a mecanismos de reparación eficaces.

Y para el desarrollo de las medidas relativas al deber del Estado de proteger los derechos humanos, adoptó los siguientes *Principios operativos (nº 3)*: 1) definir las obligaciones de hacer cumplir las leyes, evaluar la adaptación y suplir sus carencias; 2) asegurar que otras legislaciones no restrinjan sino que propicien el respeto por las empresas; y, 3) asesorar a éstas de forma eficaz.

Los Principios Fundacionales relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos (n.º 11 a n.º 15) consisten en: 1) respetar y abstenerse de infringir los de las personas que trabajen en ellas y de terceros, y hacer frente a las consecuencias negativas; y, 2) respecto a qué derechos humanos, nos referimos a (n.º12): la Carta Internacional de Derechos Humanos; los Principios relativos a Derechos Fundamentales de la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); la Declaración Tripartita de la OIT; las Líneas Directrices OCDE; los Principios del Gobierno Corporativo OCDE; los Principios del Pacto Global de NU y a otros instrumentos de NU. Por su conexión con otros derechos humanos: a la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (CEDAW); Convención de los derechos del niño y Convención sobre las personas con discapacidad; así como a los Convenios 100 y 111 de la OIT, el 183 sobre la protección de la maternidad y los convenios 156 y 189.

1.4.- Estructura

Siguiendo los Principios rectores, el Borrador de Plan se divide en tres capítulos (B: el deber del estado de proteger; C: la obligación de las empresas de respetar; y, D: el acceso a mecanismos de reparación).

Los instrumentos para hacer realidad estos compromisos son de tipo interministerial e institucional; normativo; financiero y comercial; y de coordinación.

Capítulo B.- *El deber del Estado de proteger:*

b.1) Comprendido en las Medidas (M) 1 y 2 del Plan, concreta las funciones reglamentarias y normativas del Estado de

carácter general, con respecto al respeto de los derechos humanos, en lo que afecta a las empresas y normativa de otros Estados sobre este tema. Conforme a su obligación de protección, España debería (según el Principio Rector (PR) n.º 3 de Naciones Unidas (UN) y contenido del Borrador de Plan (M 3-11): 1) hacer cumplir la normativa estatal, evaluar su adaptación y remediar sus carencias; 2) asegurar que otras leyes y normas (como el derecho mercantil) no restrinjan, sino que propicien el respeto de los derechos humanos; 3) asesorar eficazmente a las empresas en sus actividades sobre este respeto; y, 4) alentar, y/o exigir, a las empresas que expliquen su previsión del impacto de sus actividades sobre ellos.

b.2) Existe un nexo entre el Estado y las empresas (PR n.º 4 y M 12 y 13 del Borrador de Plan), por lo que España debería adoptar medidas adicionales de protección contra posibles violaciones cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o apoyadas por servicios de organismos estatales (organismos oficiales de crédito a la exportación, de seguros o de garantía de las inversiones), exigiendo en su caso, la debida diligencia. Además debería supervisar para cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos, cuando contrate servicios de empresas o promulgue leyes que puedan impactar sobre su disfrute (M 14); y promover su respeto por parte de las empresas con las que se relacione comercialmente (M 15 y 16).

b.3) Sería igualmente obligado asegurar que las empresas activas en zonas afectadas por conflictos, con mayor riesgo de violaciones graves, no se vieran implicadas en abusos de derechos humanos, adoptando medidas como (PR n.º 7): 1) colaborar anticipándose con las empresas, a determinar, prevenir y mitigar los riesgos derivados de sus actividades y relaciones empresariales; 2) prestarles asistencia adecuada para evaluar y tratar los riesgos de abusos, con especial atención a la violencia de género y a la violencia sexual; 3) negar el apoyo y servicios públicos a empresas implicadas en violaciones de derechos humanos, que se negaran a cooperar en reparar la situación; y, 4) asegurar la eficacia de las políticas, normas y medidas coercitivas vigentes para prevenir el riesgo de que las empresas se vieran implicadas (M 17-21).

b.4) El Estado debería garantizar la coherencia política de España manteniendo un marco normativo adecuado y asegurando que los departamentos, organismos y otras instituciones gubernamentales y estatales que conforman prácticas empresariales, fueran conscientes de las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos y las respetaran en el desempeño de sus mandatos, ofreciéndoles la información, capacitación y el apoyo pertinentes. (PR n.º 8 y M 22 y 23). Así como cuando concluyera acuerdos políticos sobre actividades empresariales con otros Estados o empresas (a través de tratados o contratos de inversión) (PR n.º 9 y M 24).

b.5) Por otra parte, cuando España actuara como miembro de instituciones multilaterales que trataran cuestiones relacionadas con las empresas, debería (PR n.º 10): 1) asegurarse de que esas instituciones no limiten la capacidad de los Estados miembros de cumplir su deber de protección de los derechos humanos por las empresas, ni pongan trabas a su observancia; 2) animarlas a promover su respeto entre las empresas, y ayudar a los Estados que lo soliciten a cumplir su deber de protección contra las violaciones cometidas (mediante iniciativas de asistencia técnica, fomento de la capacidad y sensibilización); y, 3) promover el mutuo entendimiento y la cooperación internacional en la gestión de problemas relacionados (M 25 y 26).

Capítulo C.- *La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos:*

c.1) Para asumir su responsabilidad, las empresas deberían expresar su compromiso mediante una declaración política: 1) aprobada al más alto nivel directivo; 2) con asesoramiento especializado interno y/o externo; 3) que estableciera lo que la empresa espera de su personal, socios y otras partes vinculadas con su negocio, en relación con los derechos humanos; 4) que se publicara y se difundiera interna y externamente (entre el personal, socios y partes interesadas); y, 5) que quedara reflejada en las políticas y los procedimientos operacionales a nivel de toda la empresa (PR n.º 16).

c.2) Para identificar, prevenir, mitigar y responder de las consecuencias negativas de sus actividades, las empresas deberían proceder con la debida diligencia, incluyendo una *evaluación del impacto real y potencial* de sus actividades sobre los derechos humanos, unas *conclusiones* y la *actuación* al respecto; el *seguimiento de los resultados* y la *comunicación de la forma en que se hiciera frente a las consecuencias negativas*.

c.3) La debida diligencia debe "identificar y evaluar los riesgos" para poder medirlos, abarcando las consecuencias negativas (reales o potenciales) sobre los derechos humanos. Es decir, aquellos perjuicios que la empresa provoca o contribuye a provocar a través de sus actividades, o que guardan relación directa con sus operaciones, productos o servicios prestados en sus relaciones comerciales. Este proceso debería recurrir, según el Borrador de Plan, a expertos en derechos humanos internos y/o independientes; e incluir consultas con los grupos afectados y partes interesadas, en función de la complejidad de la empresa (PR n.º 18). La complejidad variará según el tamaño de la empresa, el riesgo de consecuencias negativas y la naturaleza y el contexto de sus operaciones. El proceso debería ser continuo, porque los riesgos pueden cambiar en función del tiempo, la evolución de las actividades y el contexto operacional (PR n.º 17).

c.4) Para prevenir y mitigar las consecuencias negativas, las empresas deberían integrar las "conclusiones de sus evaluaciones de impacto" en sus funciones y procesos internos y tomar las "medidas oportunas". Para que esa integración fuera eficaz sería preciso que: 1) la responsabilidad de prevenir esas consecuencias se asignara a los niveles y funciones adecuados dentro de la empresa; y, 2) la adopción de decisiones internas, las asignaciones presupuestarias y los procesos de supervisión permitieran ofrecer respuestas eficaces a esos impactos.

c.5) Las medidas adoptables variarían según: 1) la empresa provoque o contribuya a provocar las consecuencias negativas o su implicación se deba a una relación directa de las consecuencias con las operaciones, productos o servicios prestados por una relación comercial; o, por 2) su capacidad de influencia para prevenir las consecuencias negativas (PR nº 19).

c.6) A fin de verificar si se están tomando medidas para prevenir las consecuencias negativas sobre los derechos humanos, las empresas deberían hacer un "seguimiento de la eficacia de su respuesta", basándose en indicadores cualitativos y cuantitativos y teniendo en cuenta los comentarios de fuentes tanto internas como externas, incluidas las partes afectadas (PR nº 20). Para explicar estas medidas las empresas deberían "comunicarlas exteriormente" (cuando los afectados o sus representantes planteen sus inquietudes): 1) de forma frecuente y accesible; 2) aportando suficiente información para evaluar si la respuesta es adecuada; y, 3) sin poner en riesgo a las partes afectadas o al personal, y sin vulnerar requisitos de confidencialidad comercial (PR nº 21 y M 27-29). Y, además, deberían "informar de forma oficial" cuando sus operaciones o contextos implicaran graves riesgos de impacto sobre los derechos humanos.

Capítulo D). *El acceso a los mecanismos de reparación*

d.1) España debería asegurar la eficacia de los "*mecanismos judiciales nacionales*" cuando abordara violaciones de derechos humanos relacionadas con empresas, adoptando medidas para limitar los obstáculos legales, prácticos o de otro tipo que pudieran conducir a una denegación del acceso a los mecanismos de reparación. En el primer caso, se estudiarían los mecanismos jurídicos que adelantarán la responsabilidad civil contra una empresa por causar un daño o perjuicio, incluidos los actos derivados de no actuar con la debida diligencia para prevenir tales daños causados por su propia conducta, la de sus empleados, agentes, o por sus empresas filiales. En el segundo caso, se evaluaría la imparcialidad, integridad y capacidad de hacer respetar las debidas garantías procesales de los mecanismos existentes, cuya asistencia jurídica se reflejará en un Mapa de recursos para los ciudadanos (PR n.º 26 y M 31 y 32).

d.2) España también debería establecer "*mecanismos de reclamación extrajudiciales del Estado*" eficaces, con capacidad para

investigar y autoridad para poner en práctica la posible reparación, accesibles para los colectivos vulnerables; destinados a la recepción de quejas y a la mediación entre las partes, paralelos a los judiciales, como parte de un sistema estatal integral de reparación. Y también debería oficializar y dotar de recursos financieros y técnicos al Punto Nacional de Contacto Español de las Líneas Directrices de la OCDE para Multinacionales en nuestro tejido empresarial, para ayudar a difundir estas líneas y contribuir a resolver su incumplimiento por las empresas. Asimismo, pretendería coordinarse con las Organizaciones Financieras Internacionales sobre estos mecanismos existentes (y/o sobre su definición e implementación). El Gobierno fijaría los criterios de transparencia e información pública pre/post resolución, y establecería un programa de seguimiento y cumplimiento de las resoluciones firmes (PR n.º 27 y M 33-35).

d.3) España debería estudiar la forma de facilitar el acceso a los "*mecanismos de reclamación no estatales*" (PR n.º 28), para una atención rápida y reparación directa de los daños causados. Para ello, las empresas deberían establecer y participar en mecanismos eficaces de nivel operacional basadas en el respeto de las normas relativas a los derechos humanos, a disposición de las personas y las comunidades que sufrieran las consecuencias negativas (PR núms. 29 y 30, y M 36).

d.4) Y, por último, para ser eficaces, los *mecanismos de reclamación extrajudiciales (estatales y no estatales)* deberían ser: 1) legítimos; 2) accesibles; 3) predecibles; 4) equitativos; 5) transparentes; 6) compatibles con los derechos humanos internacionalmente reconocidos; 7) fuente de aprendizaje continuo; y, 8) los mecanismos de nivel operacional, basarse también en la participación y el diálogo (PR n.º 31 y M 37).

Todo ello, de aprobarse el Borrador del Plan Nacional sobre Empresa y DDHH; por el momento, sólo podemos contar con una Estrategia sobre RSC.

1.2 La Estrategia Española de RSE (2014-2020). Aportaciones Actuales

Esta Estrategia pretende contribuir al desarrollo sostenible de la sociedad española, impulsando iniciativas que tengan en cuenta tanto la competitividad y crecimiento de la economía como el desarrollo de las personas y el respeto por el medio ambiente²⁸.

Cabe destacar cuatro aportaciones actuales de sus Medidas (M.) incardinadas en sus diez líneas de actuación (a) promoción de la RSE; b) RSE en la educación, formación e investigación; c) buen gobierno y transparencia; d) gestión responsable de recursos humanos y fomento del empleo; e) Inversión Socialmente Responsable (ISR) e

²⁸ Vid. *Estrategia Española... 2014-2020...*, op. cit., p. 9.

I+D+i; f) relación con los proveedores; g) consumo responsable; h) respeto al medioambiente; i) cooperación al desarrollo; y, j) cooperación y participación), que marcan un antes y un después en las políticas de RSE en España. Las cuatro aportaciones son²⁹:

1. La *gestión responsable de los recursos humanos y el fomento del empleo*³⁰. La estrategia lleva asociada la concesión de un sello – “Entidad adherida a la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven 2013-2016”– que reconoce como “entidades responsables con el empleo joven” a organizaciones públicas y privadas que se adhieran a la misma y desarrollen actuaciones que contribuyan a sus objetivos. El sello pretende dar visibilidad a organizaciones comprometidas con el empleo joven y responde al objetivo del fomento de buenas prácticas en el ámbito de la RSE³¹.

Las Medidas recogidas (21-28) se dirigen a: (M.21) Impulsar actuaciones para favorecer la diversidad en las plantillas, mediante una política de igualdad de oportunidades³²; (M.22) Impulsar

²⁹ Vid., algunos antecedentes en el presente trabajo, en nota al pie n.º 12; vid., además, <http://www.boe.es/boe/dias/2013/12/10/pdfs/BOE-A-2013-12887.pdf>

³⁰ Real Decreto-Ley 4/2015, de 22 de marzo, (BOE, de 23/03/15) (CE 16 de abril de 2015), para la reforma urgente del Sistema de Formación Profesional para el Empleo en el ámbito laboral; vid., otra iniciativa anterior, Orden ESS/41/2015, de 12 de enero, (BOE, de 24/01/15), por la que se modifica la Orden ESS/2518/2013, de 26 de diciembre, por la que se regulan los aspectos formativos del contrato para la formación y el aprendizaje, en desarrollo del Real Decreto 1529/2012, de 8 de noviembre, por el que se desarrolla el contrato para la formación y el aprendizaje y se establecen las bases de la formación profesional dual y la Orden TAS/718/2008, de 7 de marzo, por la que se desarrolla el Real Decreto 395/2007, de 23 de marzo, por el que se regula el subsistema de formación profesional para el empleo, en materia de formación de oferta y se establecen las bases reguladoras para la concesión de subvenciones públicas destinadas a su financiación.

³¹ Vid. *Estrategia Española...2014-2020...*, op. cit., p. 16. Vid., también, Resolución de la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, de 12 de enero de 2015 (BOE, de 16/01/15), por la que se convocan ayudas correspondientes al año 2014, para la promoción de empleo joven e implantación de la Garantía Juvenil en I+D+i en el Subprograma Estatal de Incorporación, del Programa Estatal de Promoción del Talento y su Empleabilidad, en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016.

³² Vid. *Real Decreto 850/2015, de 28 de septiembre, por el que se modifica el Real Decreto 1615/2009, de 26 de octubre, por el que se regula la concesión y utilización del distintivo «Igualdad en la Empresa», (BOE, de 13/10/15)*. Los cambios afectan a los requisitos generales que deben reunirse para presentar la candidatura al distintivo o prorrogar su vigencia, exigiéndose que no hayan sido sancionadas por infracciones graves en materia de igualdad de oportunidades y no discriminación, y adecuándose al periodo máximo de exclusión de beneficios para las sanciones accesorias (artículos 46.1.b) y 46 bis.1.b) de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, en: http://www.normacef.es/busca/Result/Documento.aspx?id=NSL003407&pal_buscadas= (consulta: 30/10/2015). También, se incluyen como *requisitos nuevos*: la ‘acreditación de la incorporación de sistemas de seguimiento’ y la ‘evaluación en los planes de igualdad en las empresas’ que presenten su candidatura, o la ‘presencia de mujeres en los órganos de administración’ de sociedades mercantiles. Otros cambios tienen que ver con: a) *criterios de valoración de las solicitudes* (p.ej., ‘valoración de las certificaciones o reconocimientos de calidad en la implantación de un modelo de gestión’ en un ámbito concreto, auditadas de forma externa); b) *procedimientos de gestión* (‘designación de la Comisión Evaluadora y delimitación de los plazos de presentación de los informes’. De seguimiento: anuales; y de solicitud de prórroga: trienales), y *vigencia del distintivo*; y, c) *concepto de dimensión de las empresas* mediante la remisión a la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión de la UE, de 6 de mayo, sobre la definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas, http://www.normacef.es/BuscaResult/Documento.aspx?id=NSL004482&pal_busca

actuaciones dirigidas a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores; (M.23) Incentivar la promoción de la salud en los centros de trabajo; (M.24) Establecer nuevos incentivos para la integración laboral de personas en riesgo de exclusión social en empresas ordinarias, así como facilitar el emprendimiento; (M.25) Impulsar la formación en materia de Derechos Humanos en todos los niveles de las organizaciones; (M.26) Garantizar el cumplimiento de los Derechos Humanos, de acuerdo con lo establecido en el Plan de Empresa y Derechos humanos (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.27) Potenciar la contratación³³; y, (M.28) Facilitar y promocionar oportunidades de voluntariado corporativo³⁴.

2. *El consumo responsable y la promoción de la RSE.* En lo que afecta al *consumo responsable*, las Medidas prevén (39-43): (M.39) Promover el consumo responsable, los derechos de los consumidores y la integración de los principios de responsabilidad social en las políticas de consumo; (M.40) Extender la utilización del etiquetado como instrumento de información al consumidor y herramienta informativa del cumplimiento de criterios de sostenibilidad; (M.41) Elaborar un código de buenas prácticas sobre información para evitar la publicidad engañosa y garantizar una comunicación ajustada a la realidad del producto ofertado; (M.42) Promover políticas de comunicación y publicidad responsables; y, (M.43) Apoyar las iniciativas de fomento de la RSE realizadas por las organizaciones e instituciones de defensa de los derechos de los consumidores³⁵.

Con respecto a la *promoción de la RSE*, es el *CERSE* (órgano del que ya hablamos) el que apoya al Gobierno en el desarrollo de las

das= (consulta: 30/10/2015).

³³ Vid. Real Decreto-Ley 16/2014, de 19 de diciembre, (BOE, de 20/12/14), por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo. A través del desarrollo de un itinerario personalizado de inserción laboral, acciones de búsqueda activa de empleo y actividades formativas; se utiliza como fórmula una ayuda vinculada a la inserción laboral del trabajador (de 426 euros, el 80% del IPREM, para los parados de larga duración, sin ingresos y con cargas familiares).

³⁴ *Estrategia Española...2014-2020...*, op. cit., pp. 41-43; además, la *Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado*, (BOE, de 15/10/15), configura un nuevo marco jurídico del voluntariado, que responde a las dimensiones de la ya derogada Ley 6/1996, de 15 de enero, http://www.normacef.com/BuscaResult/Documento.aspx?id=NSL002105&pal_buscadas=

(consulta: 30/10/2015). Los aspectos que resultan de interés para el ámbito de las relaciones sociolaborales, tienen que ver con el *fomento y reconocimiento de la acción voluntaria*, concretamente con la facilitación de la labor de voluntariado a los trabajadores por cuenta ajena o empleados públicos, mediante "la adopción de medidas de reducción o adaptación de la jornada laboral, suspensiones de la relación laboral con reserva de puesto de trabajo o interrupciones de la prestación retribuidas o no" (artículo 20.2). Y se *promocionará, desde las empresas*, "siempre que las actuaciones que realicen puedan calificarse como de interés general" (artículo 21.1). Estas actuaciones de voluntariado de las empresas podrán llevarse a cabo mediante la incorporación de los trabajadores, libre y voluntaria, "en programas promovidos por entidades de voluntariado en colaboración con la empresa" (artículo 21.2, la cursiva es mía). Y, además, la Ley propicia que, reglamentariamente, se establezcan las especialidades para poder facilitar el fomento de los programas de voluntariado en las PYMEs, así como su participación (vid., artículo 21.3).

³⁵ *Estrategia Española...2014-2020...*, op. cit., pp. 47-49.

políticas de esta materia mediante las Medidas 1-11, para: (M.1) Sensibilizar a las empresas con los modelos de gestión responsable y sostenible, para un desempeño socialmente responsable de su actividad; (M.2) Fomentar plataformas de comunicación y espacios de diálogo entre las organizaciones y los grupos de interés; (M.3) Puesta en marcha del procedimiento de publicación de memorias e informes de responsabilidad social y sostenibilidad (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a corto plazo); (M.4) Herramienta para el envío de las memorias e informes de RSE (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a corto plazo); (M.5) Crear un espacio accesible especializado en RSE (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a corto plazo); (M.6) Fomentar la integración de prácticas de RSE en las PYMEs y Entidades de la Economía Social; (M.7) Dar a conocer y divulgar el esfuerzo de las empresas comprometidas con la RSE; (M.8) Consultar periódicamente a los ciudadanos y a las partes interesadas sobre su percepción del grado de penetración de la RSE en España; (M.9) Promover que los criterios de la RSE se constituyan en un referente; (M.10) Continuar impulsando el compromiso de las entidades públicas y privadas con el fomento del empleo joven, mediante la adhesión a la Estrategia de Emprendimiento Joven y la obtención del sello de "Entidad Adherida"; y, (M.11) Desarrollar programas para promover el conocimiento de los principios internacionales por parte de las organizaciones que operan en España³⁶.

3. *La coordinación y la participación*: muy autóctonas y necesarias (debido al reparto geográfico y político de España, es decir, a nuestra Organización Territorial Estatal) resultan ser las medidas que promueven (57-60): (M.57) Poner en marcha mecanismos de coordinación entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas, con objeto de promover los principios y criterios de la RSE (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo)³⁷; (M.58) Extender y promover la RSE en todo el territorio³⁸; (M.59) Puesta en marcha del

³⁶ *Ibidem*, pp. 32-35.

³⁷ Vid. Real Decreto-Ley 17/2014, de 26 de diciembre, (BOE, de 30/12/14), de medidas de sostenibilidad financiera de las comunidades autónomas y entidades locales y otras de carácter económico, (Disposición Adicional decimoséptima, que acuerda la prórroga de la reducción de las cotizaciones empresariales por contingencias comunes a la Seguridad Social por contratación indefinida prevista en el Real Decreto-Ley 3/2014, de 28 de febrero, de medidas urgentes para el fomento del empleo y la contratación indefinida, respecto de los contratos celebrados entre el 1 de enero de 2015 y el 31 de marzo de 2015.

³⁸ P.ej., vid. O. ESS/534/2015, de 4 de marzo, (BOE, de 28/03/15), por la que se amplía, con carácter extraordinario, el plazo de finalización de las obras y servicios de interés general y social de proyectos aprobados e iniciados en el ejercicio 2014, en la Ciudad de Melilla, en el marco de la Resolución de 7 de abril de 2014, del Servicio Público de Empleo Estatal, por la que se aprueba la convocatoria para la concesión de subvenciones en el ámbito de colaboración con órganos de la Administración General del Estado que contraten trabajadores desempleados para la realización de obras y servicios de interés general y social.

Observatorio de la RSE, en el seno del CERSE; e, (M.60) Impulsar el intercambio de experiencias con otros países³⁹; y, por último;

4. *El buen gobierno y la transparencia* consistentes en (M 14-20): (M.14) Impulsar las prácticas de buen gobierno de las organizaciones (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.15) Garantizar que las empresas del sector público empresarial elaboran informes de gobierno corporativo y memorias de sostenibilidad (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.16) Fomentar la fiscalidad responsable en las organizaciones (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.17) Impulsar actuaciones dirigidas a combatir el fraude, tanto laboral como fiscal, y la economía sumergida (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.18) Promover la ética y la transparencia en las organizaciones, así como los programas de lucha contra la corrupción (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a medio plazo); (M.19) Impulsar la RSE como mecanismo para fortalecer la imagen de España y la percepción positiva de los productos y servicios españoles (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a largo plazo); y, por último, (M.20) Fomentar la elaboración de informes anuales que incorporen de forma transparente la información de aspectos sociales, ambientales, y de buen gobierno (Medida con prioridad muy alta y con medición del impacto a corto plazo)⁴⁰.

1.3 Conclusiones

1. España está trabajando (y por lo que hemos visto hasta aquí, se trata de un Borrador), en el Plan Nacional de Empresas vinculado a la Estrategia Española de RSE. En ambos documentos, presumimos que se ha invertido tiempo y trabajo para llegar a sacarlos adelante, con un desarrollo normativo importante desde que ambos vieran la luz. Posiblemente, nuestra política de RSC con su propia Estrategia –actualmente en vigor– va en la línea de las políticas de RSC de otros Países Europeos⁴¹, (esto no significa que hayan desaparecido planteamientos sobre los que seguir insistiendo y trabajando⁴²). Es

³⁹ *Estrategia Española...2014-2020...*, op. cit., pp. 53-54.

⁴⁰ *Ibidem*, pp. 38-40.

⁴¹ Vid. European Commission-Compendium, septiembre 2014, <http://europa.eu>, (consulta: 27/02/2015).

⁴² Vid. Sent. T. Const. de 22 de enero de 2015, (BOE, de 24/02/15): Recurso de inconstitucionalidad 5610-2012. Interpuesto por más de cincuenta diputados del Grupo Parlamentario Socialista y del Grupo Parlamentario La Izquierda Plural del Congreso de los Diputados en relación con diversos preceptos de la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral. Derechos a la igualdad, a la libertad sindical, a la tutela judicial efectiva, a la negociación colectiva y al acceso a las funciones públicas en condiciones de igualdad: constitucionalidad de los preceptos legales relativos al contrato de trabajo por tiempo indefinido de apoyo a los emprendedores; modificación sustancial de las condiciones de trabajo, negociación colectiva; extinción del contrato de trabajo, procesos por despido; aplicación de la suspensión del contrato o reducción de jornada por causas

arriesgado hacer un juicio inicial o sacar una primera conclusión desde ya, pero respondiendo a una de las cuestiones planteadas en la introducción a este trabajo, quizás lo dicho hasta aquí pueda traducirse en las posibles razones de España (a través de su Ministro de Asuntos Exteriores), para que a raíz de su presencia en la ONU en junio de 2014 (en la cual no pudo pronunciarse con su voto, por no ser miembro del Consejo de Derechos Humanos, en ese momento) no fuera favorable a un "tratado internacional sobre derechos humanos y empresas multinacionales"⁴³.

2. Por último, añadir que, para mejorar la competitividad y la percepción exterior de las economías, cabe mejorar los factores internos relacionados con el respeto a los derechos fundamentales de las personas que están influyendo externamente. Una gestión responsable de los recursos humanos y el fomento del empleo de calidad, aspiración máxima para contribuir a un desarrollo sostenible de la sociedad y, según la Estrategia Española de RSC 2014-2020, prioridad principal de nuestro país⁴⁴; trae exigencias: "una auténtica política responsable debe ocuparse suficientemente de la vertiente social".

3. Además, deben valorarse de forma positiva las acciones de las empresas que busquen y favorezcan la creación y el mantenimiento de empleo estable, así como la formación y el desarrollo profesional de los trabajadores, y que también sean capaces de prestar atención a la mejora de las condiciones de igualdad de trato y no discriminación, conciliación e inserción laboral de los colectivos con mayores dificultades para acceder o mantenerse en el mercado laboral y a aquellos en riesgo de exclusión social.

4. Para que las empresas puedan compartir prácticas socialmente responsables con el resto de los actores que operan en el contexto productivo, se deben incorporar cláusulas sociales y medioambientales en la contratación pública, de acuerdo con la legislación vigente, y respetando su vinculación al objeto del contrato, a los principios de proporcionalidad y no discriminación, y al fomento de la compra de bienes y servicios accesibles para las personas con discapacidad⁴⁵.

2.- EL MODELO NÓRDICO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL DE LAS EMPRESAS⁴⁶

económicas, técnicas, organizativas o de producción, o derivadas de fuerza mayor en el sector público; y nulidad de las cláusulas de los convenios colectivos que posibiliten la extinción de los contratos de trabajo por cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación. Voto particular.

⁴³ Vid. *Supra*, Cuestiones Preliminares e Introducción.

⁴⁴ Solo hay que comprobar la adopción de nuevas medidas dentro de este ámbito, vid., los recientemente publicados, textos refundidos (Reales Decretos-Legislativos) de la Ley del Estatuto de los Trabajadores y de la Ley de Empleo, BOE, de 24/10/15.

⁴⁵ *Ibidem*, pp. 29-39, 44-46.

⁴⁶ La realización de este estudio ha sido posible gracias, en buena parte, a la información remitida (vía e-mail), por el personal de las Embajadas y/o las Oficinas/Cámaras de Comercio de los siguientes Países con Sede en Madrid: Dinamarca, Finlandia, Suecia,

En 2012, los Países Nórdicos lanzaron una Estrategia de RSC común (o Estrategia Nórdica común de RSC), que fortaleció su cooperación en conexión con las nuevas directrices internacionales y las materias relacionadas con éstas.

El Consejo Nórdico (1952) / Consejo Nórdico de Ministros (*Nordiska rådet*) en paralelo desde 1971, en cuyo seno se originó esta iniciativa⁴⁷, promueve desde entonces una política de responsabilidad social (RS) centrada en la cooperación entre sí (Nordic cooperation), con respeto a las directrices globales.

El pilar de la Economía Nórdica es el Estado del Bienestar: *Velfærdsstaten* (Dk), *Hyvinvointivaltio* (Finl), *Välfärdsstat* (Swe), *Velferdsstat* (Norw) y *Velferðarríkið* (Ice). Modelo Nórdico de Estado conformado por: a) un sector público garante de los derechos sociales y los servicios del bienestar de los ciudadanos; b) una sociedad civil estable y responsable con las instituciones; c) una tradición democrática consolidada y fuerte; y, d) un marco regulatorio jurídicamente efectivo. Sobre esta base crecen las empresas y su sentido de la RS en distintas áreas de desarrollo sostenible como: 1) la Bioeconomía en la Región del Mar Báltico⁴⁸; 2) un crecimiento sostenible (verde y azul) en el Atlántico Norte y en el Ártico, que incluye: i) actividades y medidas tangibles en investigación, infraestructura, clima y crecimiento; empresa y mercado; ii) objetivos de desarrollo sostenible centrados en la política regional de empresas y energía eléctrica (en el mercado Nórdico); iii) adquisiciones y ventas públicas, etiquetado ecológico y referencia (ecolabelling & benchmarking); y, iv) tratados de residuos; etcétera.

Si bien, cada Gobierno fija su propia política y acciones centrando su atención en el desarrollo de unas áreas más que otras, en función de sus propias peculiaridades, los cinco Países Nórdicos comparten aspectos comunes.

Noruega, y de la Embajada de España para Islandia con Sede en Oslo (Noruega). Los sitios Web facilitados, con contenidos sobre las políticas actuales llevadas a cabo por los Gobiernos de los Países Nórdicos, en materia de Empresa y DDHH, y de RSC; han sido determinantes para descubrir los instrumentos necesarios para lograr el objetivo de este trabajo. También lo facilitaron el contacto mantenido con el IE Business School-Madrid y el BI Norwegian Business School.

⁴⁷ Es una organización interparlamentaria de cooperación entre los cinco países Nórdicos de Europa: Dinamarca (Dk), Finlandia (Finl), Suecia (Swe), Noruega (Norw) e Islandia (Ice) y sus regiones autónomas (Islas Feroes (Dk), Groenlandia (Dk) y Åland (Finl)). Con mucho más protagonismo y funciones en el pasado, según el Acuerdo de Helsinki de 1962. Se instauró para preservar y desarrollar la cooperación en la zona en temas jurídicos, culturales, sociales, financieros, de transportes y de protección del medio ambiente, a los que posteriormente se sumarían la política exterior y la seguridad. Aunque sus funciones se han visto eclipsadas por el papel de la UE, no ha dejado de ser un organismo de promoción social y cultural; <http://www.norden.org/en/>; http://es.wikipedia.org/wiki/Consejo_N%C3%B3rdico (consulta: 27/02/15).

⁴⁸ Acuerdo sobre Cooperación Parlamentaria entre la Asamblea del Báltico y el Consejo Nórdico (1992): para la seguridad y estabilidad en la Región del Mar Báltico, incluida a día de hoy una política de desarrollo y crecimiento ecológico en la zona; en: <http://www.norden.org/en/theme/nordic-bioeconomy> (27/02/15).

2.1 Introducción⁴⁹

Económicamente, los países Nórdicos tienen mucho en común. Son pequeñas economías abiertas, en las cuales el comercio extranjero tiene un gran significado económico. Evolucionaron rápidamente, de una situación pobre basada en la agricultura pasaron a ser economías industrializadas modernas situadas entre las más competitivas del mundo. El "modelo Nórdico" es, por lo tanto, de interés para los ciudadanos y políticos de otros Estados, que se preguntan cómo aquellos pequeños países, con sectores públicos que incluyen el bienestar proporcionado a través de sus servicios, y con impuestos altos, funcionan tan bien económicamente.

Sin embargo, estas pequeñas y abiertas economías son particularmente vulnerables a las fluctuaciones económicas internacionales, tal y como demostró la crisis financiera de 2008. Para Islandia fue especialmente duro, pero Finlandia y Suecia resistieron también la severa crisis económica de los años 90, Noruega experimentó la crisis bancaria en los mismos años, y en los años 80, Dinamarca sufrió una seria crisis estructural que llevó a la implementación de un detallado programa de emergencia –el llamado "dieta de la patata"-. La crisis de los 90 supuso también algunos cambios estructurales en las economías Finlandesa y Sueca, e Islandia actualmente continúa realizando su propio difícil proceso de transformación.

Es desde las propias políticas internas de cada país, desde donde se produce la transformación y superación de estos pueblos, un difícil recorrido apoyado e impulsado, liderado por los Gobiernos que democráticamente eligen los ciudadanos desde una elección coherente con los programas y acertada con las expectativas de servicio público que desean ver cumplidas en los individuos; donde su contribución en forma de impuestos tiene como objetivo: el bien común de la sociedad, que contribuye a la construcción del "Welfare State" o Estado del Bienestar, al que también contribuyen las empresas desde sus políticas de RS.

2.1.- Similitudes y diferencias

Los países Nórdicos industrializados, tarde pero rápidamente, basaron su reciente industrialización en la explotación de recursos naturales. En Finlandia y Suecia, los bosques fueron la principal

⁴⁹ Trabajo realizado a partir del texto original de HOYDAL, M., "Business and the economy – Nordic cooperation", pp. 1-3; traducido del inglés, con aportaciones personales, aporta la visión de estos Países Nórdicos vistos desde su propia construcción. En: <http://www.norden.org/en/fakta-om-norden-1/business-and-the-economy> (consulta:27/02/15),

fuentes de oportunidades para incrementar las exportaciones, mientras que los depósitos de minerales de Suecia también contribuían a su temprano crecimiento económico. Con antecedentes que se remontan a 1200, "Stora Kopparberg" en Suecia, actualmente parte de Stora Enso, es considerada la Compañía en funcionamiento más vieja del mundo.

Noruega ha utilizado sus saltos de agua para generar energía, y la economía Noruega ha ido más allá fortaleciendo la explotación de crudo en el Mar del Norte. Noruega e Islandia tienen también una extensiva industria pesquera.

El desarrollo económico de Dinamarca tuvo como motor principal su tierra agrícola fértil, y la comida industrial ha sido la llave de su éxito económico.

En décadas recientes, los países Nórdicos han sufrido cambios estructurales rápidos, particularmente una rápida expansión en el sector servicios y en industrias basadas en la moderna tecnología. Los países Nórdicos tienden a ser considerados extremadamente innovativos. Compañías como Nokia y Ericsson son líderes mundiales en el sector de las TICs.

También en recientes décadas, la propiedad extranjera en la Región se ha visto incrementada y ha tenido un efecto positivo sobre las economías Nórdicas -particularmente cuando conlleva una expansión y un nuevo crecimiento en distintos sectores-. Con respecto al futuro Nórdico en la economía globalizada, los países han demostrado de forma continuada su habilidad para adaptarse efectivamente, esto es, para sacarle beneficios al cambio (o a las circunstancias variables)⁵⁰.

2.2.- Las relaciones con la Unión Europea (UE)

Los países Nórdicos se integran en Europa de diferente manera. Noruega e Islandia han elegido permanecer completamente fuera de la UE, aunque son miembros del Área Económica Europea. Dinamarca, Finlandia y Suecia son miembros de la UE, pero solamente Finlandia es miembro de la eurozona.

A pesar de sus diferencias con respecto a su proceso de integración, los países Nórdicos han llegado a estar más vinculados, en décadas recientes, desde el punto de vista de la cooperación. El proceso de integración y la globalización se reflejan frecuentemente en la creciente actividad económica de la región. La empresa Nórdica se ha integrado rápidamente a través de adquisiciones y fusiones de

⁵⁰ SR and the financial crisis (Study from PA Consulting Denmark): "65% think that CSR is of great importance to future growth of their company", by KJÆR, V. (Deputy General Director Danish Commerce And Companies Agency), "Social responsibility in Denmark - past achievements and future challenges", Danish Commerce And Companies Agency, Government Representatives Conference, Copenhagen, May 2010, <http://www.VictorKjaer.Dk.pdf> (consulta: 11/02/15).

grandes corporaciones entre dos o más países. El mejor ejemplo es quizás "Nordea" (grupo de banca Nórdica), pero Arla, Stora Enso, Tieto, TeliaSonera y Sampo Bank (dentro de Danske Bank) todas surgieron a partir de alianzas Nórdicas.

Como el comercio entre países ha sido extensivo, en el caso de los países Nórdicos ha sido percibido frecuentemente como un mercado extensivo natural de la Región. La interacción económica entre países fue también significativa en el pasado. Esta fue debida en parte a factores estructurales y económicos, pero puede también ser atribuido a similares entornos institucionales e históricos, y a la proximidad lingüística y cultural.

2.3.- Los Estados del Bienestar son buenos para la Economía y los negocios

Los países Nórdicos han seguido relativamente un modelo de desarrollo institucional similar. En todos ellos, el Estado y el Sector Público han jugado un papel principal en la esfera económica, básicamente a través de la inversión en infraestructura, educación e investigación, pero también en términos de bienestar social. Aunque los niveles de imposición han sido altos en todos los países Nórdicos, el Estado del Bienestar es considerado fuerte en términos de desarrollo económico. Aquél no beneficia sólo a todos los ciudadanos, sino que también tiene un efecto económico sobre la economía.

El sector público y la cobertura de los servicios en estos países contribuyen a una alta capacitación del trabajador y un alto nivel de empleo. Esto combinado con una sociedad civil estable, una firme tradición democrática y un efectivo marco regulador, ha liderado un extensivo capital social para la emergencia en la Región, uno de los principales pilares de la economía Nórdica. Asimismo, proyectos comunes o de cooperación como el "crecimiento ecológico" en la zona (Green Growth), iniciativa bajo los auspicios del Consejo Nórdico de Ministros⁵¹, suponen un potencial para crear en los próximos años un gran mercado regional, liderar una política en la UE, mejorar juntos las infraestructuras y proporcionar encuentros para futuros desarrollos, incluyendo la coordinación y mejora de la financiación para la inversión en esta materia y en las compañías que apuesten e inviertan en ella.

2.4.- Recapitulación

1. Los países Nórdicos gozan de un modelo que suscita interés en otros países; pero hay que tener en cuenta, que también han tenido que atravesar dificultades estructurales, financieras, bancarias y económicas, como los demás países, hasta ser lo que son hoy.

⁵¹ <http://www.norden.org/en/theme/green-growth/the-prime-ministers-green-growth-proj...> (consulta: 27/02/15).

Quizás por este motivo pueden ser una referencia válida. La cooperación entre sí y el objetivo común de configurarse como Estados de bienestar para sus ciudadanos (caracterizados por un sector público fuerte, la amplia cobertura de sus servicios, una sociedad civil estable, una tradición democrática fuerte y su efectivo marco jurídico), han contribuido a su creciente economía.

2. Desde sus propias políticas internas (el desarrollo del sector servicios e industrias tecnológicas), primero, el aprovechamiento de recursos propios (en Finlandia, los recursos forestales y la oportunidad de su exportación; en Suecia los bosques y los minerales y, también, su exportación (Stora Kopprberg, actualmente parte de Stora Enso); en Noruega, por un lado, los saltos de agua y la explotación de crudo contribuyen a la producción de energía, y por otro lado, se encuentra la industria pesquera; en Dinamarca, la existencia de tierras fértiles apoya una agricultura ecológica y, además, es un país que cuenta con la comida industrial; y, por último, en Islandia el Mar y los fondos marinos propician la industria pesquera y una bioeconomía azul).

3. Y, por último, la apertura comercial (la propiedad extranjera y los proyectos comunes de cooperación: el "crecimiento ecológico" en la zona (Green Growth), para crear un gran mercado regional y liderar una política en la Unión Europea (con el fin de mejorar las infraestructuras y proporcionar encuentros para futuros desarrollos, incluyendo la coordinación y mejora de la financiación para invertir en aquél y en las Compañías que apuesten e inviertan); contribuyen a la transformación y superación de estos países liderados por Gobiernos democráticos elegidos por los ciudadanos desde opciones coherentes con los programas y acertadas con las expectativas de servicio público que se esperan ver cumplidas en el conjunto de la sociedad; cuya contribución en forma de impuestos tiene como objetivo: el bien común, que ayuda a la construcción de este tipo de Estado, a cuya formación también contribuye el tejido empresarial desde sus políticas de Responsabilidad Social, *más competitivo y sostenible*.

2.2 Dinamarca. El crecimiento sostenible

Invertir en RSC no solía ser una iniciativa voluntaria por parte de las empresas danesas, porque era sabido que la naturaleza del tipo de acciones que aquélla conllevaba no generaría resultados a corto plazo. De aquí que los daneses buscaran un modelo para fomentar el desarrollo de la RSC, a partir de distintos enfoques y, que también, se terminara por evolucionar desde una RSC, que antes de 2008 concernía sólo a las empresas privadas, a una Responsabilidad Social (RS) donde el Plan de Acción del Gobierno Danés contemplase, hasta el momento, también al inversor responsable y la RS del sector público.

En el año 2009 se creó un Consejo para la Responsabilidad Social que ha representado a empresas, Gobierno y sociedad civil. Para aprender estrategias de RS, se creó con la cooperación del Instituto de Derechos Humanos y la Confederación de Industria Danesa, una herramienta virtual (CSRKompaset.dk)⁵², que ha ayudado hasta ahora a: 1) cómo manejar la demanda de RSC de los clientes; y, 2) cómo crear un código de conducta e implementar los estándares en la cadena de gestión de la empresa⁵³.

La carente regulación, que hubiera dejado vía libre a la empresa para actuar en materia de RSC, cediendo arbitrariedad al mercado para maximizar el bienestar social, no prosperó en Dinamarca. Del mismo modo que tampoco fue válido dejar las decisiones de inversión en RSC al libre criterio de los gestores, que puede ser que no hubieran decidido destinar los recursos empresariales, para alcanzar fines no relacionados directamente con el reparto de dividendos o beneficios⁵⁴. El control, a día de hoy, supone tener que contar en el consejo de dirección de las empresas con algunos representantes o *stakeholders* de grupos con distintos intereses⁵⁵. También en las Administraciones y empresas públicas.

Actualmente, este modelo es empleado, por ejemplo, en materia medioambiental presentando un grado de aplicación y cumplimiento de las leyes, que requiere de una regulación detallada exigente o de unos mecanismos adecuados, para obtener unos resultados más óptimos⁵⁶.

El primer Plan de Acción supuso la aplicación política de iniciativas de RSC para las empresas, que incluían estándares, orientaciones o principios; sistemas o procedimientos para implementar esas políticas de RS; la obligación de evaluar los resultados logrados en el período anterior (un año) y los desafíos previstos para el próximo. Cualquiera de las opciones, informar sobre cómo aplican las empresas la RSC o por qué no lo hacen, formaba parte de la iniciativa de RS voluntaria y de la información obligatoria

⁵² Actualmente, en *Responsibly Growth-Action Plan for CSR (2012-2015)*, March 2012, The Danish Government, p. 11; *Increased Transparency: Reporting on human rights and climate*, en: <http://www.csrkompaset.dk/index.php?tema=29> y http://csrgov.dk/file/318420/uk_responsible_growth_2012.pdf (consulta: 25/02/15)

⁵³ "The tool has over 60.000 visits a year and the number is increasing", vid. en "Social responsibility in Denmark – past achievements and future challenges", op.cit., p. 9.

⁵⁴ STOKES, M., "Company Law and Legal Theory", en *Legal Theory and Common Law*, Basil Blackwell, Oxford, 1986; cit., también en FERNÁNDEZ MARTÍN, R. M^a, DE LA FUENTE DEL MORAL, F., GAGO DE SANTOS, P., *Los países nórdicos y la responsabilidad social corporativa: ¿un ejemplo a seguir por el resto de Europa?*, XIII Reunion de Economía Mundial, pp. 12.

⁵⁵ FARRAR, J.H., FUREY, N.E., HANNIGAN, B.M., *Farrar's Company Law*, Butterworths, London, 1991; cit., también en *Ibidem*, p. 12.

⁵⁶ Promoting green procurement through the 'Partnership for public green procurement' to ensure that more municipalities impose mandatory, environmental requirements in connection with procurement; vid. *Good framework conditions...*, vid. *Promoting responsibility in public procurement*, en *Responsibly Growth-Action Plan for CSR (2012-2015)*, op. cit., p. 13.

⁵⁶ Vid. "Reporting on corporate social responsibility. An introduction for supervisory and executive boards", *CSRgov.dk.*, p. 13.

para las grandes empresas y las empresas estatales, los inversores oficiales, los bancos y aseguradoras. Todas, siempre tuvieron que hacer referencia de sus políticas en el informe financiero anual, flexible con respecto a la información detallada. Los informes para el Global Compact (GC)/Principles for Responsible Investment (PRI) podían reemplazar al informe nacional⁵⁷, como actualmente bajo el (segundo) nuevo Plan de Acción Danés en materia de RSC (2012-2015)-Responsible Growth (la Global Compact Self-Assessment Tool).

Respecto a las iniciativas a partir del primer Plan de Acción, por ejemplo, en torno al clima, el Ministerio de Economía e Industria Danés propuso unos puntos para preparar una estrategia con el fin de reducir las emisiones de gas invernadero, una ayuda ofrecida de forma virtual (www.climatecompass.dk)⁵⁸ para: 1) calcular la cantidad de Carbono que una empresa podía estar emitiendo; 2) preparar una estrategia (paso por paso); y, 3) reducir las emisiones y los costes.

La herramienta presentó ejemplos con empresas que habían reducido su impacto climático, fortaleciendo sus negocios. Estos puntos se desarrollaron a partir de la colaboración entre la Confederación de Industrias Danesas y la Agencia de Empresas y Comercio Danés, bajo el Ministerio Danés de Economía e Industria⁵⁹.

En este primer Plan, también, la Innovación Social Corporativa (CSI) mostró, como actualmente, poder combinar la RSC y la Innovación de forma rentable y sostenible. De forma virtual (ideascompass.dk)⁶⁰: 1) se animó a las empresas a innovar de manera sostenible; 2) se les orientó sobre cómo construir una estrategia para diferenciarse; y, 3) se ilustraron casos (sobre qué

⁵⁷ Vid. "Reporting on corporate social responsibility. An introduction...", op. cit.; vid. también, "Lov om ændring af årsregnskabsloven (Redegørelse for samfundsansvar i større virksomheder) VI MARGRETHE DEN ANDEN, af Guds Nåde Danmarks Dronning, gør vitterligt: Folketinget har vedtaget og Vi ved Vort samtykke stadfæstet følgende lov: §1, 1. Efter § 99 a. indsættes: »Store virksomheder skal supplere ledelsesberetningen med en redegørelse for samfundsansvar, jf. stk. 2-7. (...) Stk. 7. En virksomhed, som har udarbejdet en fremskridtsrapport i forbindelse med tilslutning til FN's Global Compact eller FN's Principper for ansvarlige investeringer, kan undlade at give de oplysninger, som er anført i stk. 1 og 2. (...)«; vid. en "Social responsibility in Denmark-...", op. cit., pp. 19 y ss; Proyecto de ley para modificar la Ley de Cuentas (responsabilidad social corporativa en las grandes empresas) VI Margrethe II, por la gracia de Dios, Reina de Dinamarca, proclamo por la presente: El Folketing ha pasado y hemos dado nuestra sanción real a la siguiente Ley: § 1, 1. Después § 99 a. es insertada: "las grandes empresas complementarán el informe de gestión con un informe sobre la responsabilidad social, vea. párrafo. 2-7. (...) El apartado 7. Una empresa que ha elaborado un informe sobre los progresos en relación con el Pacto Mundial de Naciones Unidas o de los principios de la ONU para la inversión responsable, puede dejar de proporcionar la información mencionada en el primer párrafo 1 y 2. (...)", traducción propia.

⁵⁸ Vid., "Social responsibility in Denmark – past achievements and future challenges", op. cit., p. 22; según el nuevo plan: <http://www.KlimaKompasset.dk> (consulta: 25/02/15).

⁵⁹ Traducción propia realizada a partir de esta idea en *ibídem*, op. cit., p. 22.

⁶⁰ "The work to launch a single environmental portal with ten web tools will therefore continue in order to assist companies with their voluntary strategic environmental work in partnership with Danish Industry", en *Responsibly Growth-Action Plan for CSR (2012-2015)*, op. cit., p. 9.

hacían los demás; “cuáles son mis oportunidades” y “cómo establecer mi propia estrategia”).

Ahora, Dinamarca y las empresas danesas están asociadas internacionalmente con un crecimiento responsable. Aquellas se benefician más desde su posición a la cabeza dentro de la RSC, encontrándose con desafíos globales e incrementando su competitividad. El Plan de 2008, primera iniciativa planificada del Gobierno danés⁶¹, fue un proceso coordinado por el Ministerio de Economía e Industria, tal y como se ha dicho. Con treinta iniciativas, se sostuvo sobre cuatro pilares básicos o áreas clave de acción:

Pilar 1: Business-driven CSR consistente en,

- 1). Promocionar la RSE Business-driven enfocada al negocio.
- 2). Fortalecer la información sobre RS, de grandes empresas e inversores.
- 3). Ofrecer conocimiento y herramientas para trabajar en la práctica.

Pilar 2: Promocionar la RSE a través de todas las actividades del Gobierno,

- 1). La RS para fortalecer la oportunidad de negocio.
- 2). La RS como un referente globalmente aceptado: el Gobierno se adhiere al GC y al PRI (NU). El número de miembros Daneses se ha triplicado desde 2008⁶².

Pilar 3: Promover la RSE frente al cambio climático.

Pilar 4: Promocionar la marca Dinamarca por su crecimiento responsable.

El Plan de mayo 2008 aportó y contribuyó al incremento: 1) de la RSE vinculada al crecimiento y la competitividad; 2) de la transparencia de aspectos no financieros (ambientales, sociales y de buen gobierno) en las compañías e inversores conforme a estándares globales (informe anual); y, a la, 3) rendición de cuentas públicas anual de los objetivos previstos y de su seguimiento ante el Parlamento Danés⁶³.

2.2.- Acciones y políticas por áreas del Plan de 2008⁶⁴

⁶¹ El Gobierno asumió el compromiso de evaluar la implantación del plan de acción de RSE en 2012.

⁶² El Pacto Mundial o Global Compact de 2000 (GC) y los Principios de Responsabilidad de los Inversores (PRI) de Naciones Unidas (NU), son Principios globalmente reconocidos para la RS a nivel estratégico. La Guía de Responsabilidad Social, ISO 26000, de la Organización Internacional de Estandarización de 2010, es una orientación estándar reconocida por los stakeholders para implementar una estrategia de RS. La Global Reporting Initiative, de 1997 (GRI), es un Plan (o Proyecto) reconocido ampliamente para informar sobre los resultados de implementar una estrategia de RS.

⁶³ Vid., “Social responsibility in Denmark – past achievements...”, op. cit., pp. 15-31.

⁶⁴ Puntos tratados a partir de la comparativa realizada por Forética: VV.AA., “Planes de Acción de RSE de Gobiernos Europeos. Comparativa y recomendaciones de Forética para el Plan Nacional de Acción de RSE de España”, Abril 2012, pp. 1-24, en: http://www.inf.plans.rse_foretica.pdf (consulta: 10/02/15).

Nos centramos en áreas fundamentales de la Estrategia Europea de RSE y exponemos los contenidos planteados en este Plan de Acción Nacional.

1. *Transparencia y Reporting de las grandes empresas danesas:*
 - Informe anual obligatorio de RSE (especial incidencia en el cambio climático).
 - Informe anual de RSE obligatorio de las empresas públicas.
 - Informe bienal de progreso frente al GC y los PRI.
 - Creación de un portal de comunicación de RSE.
2. *Compras públicas y Cadena de valor:*
 - Asegurar: 1) la incorporación de requisitos de RSE en los contratos públicos; y, 2) el conocimiento de guías de RSE, por parte de los responsables de compras públicas.
3. *Inversión Socialmente Responsable (ISR):*
 - Información obligatoria sobre RSE en los informes anuales, por parte de los inversores institucionales y los denominados *unit trusts*.
 - Vaekstfonden o Fondo Estatal de Inversión: asegurar que se adhiera a los Principios de las NU para una ISR.
 - Eksport Kredit Fonden o Agencia de Promoción del Crédito a la Exportación: asegurar que incorpora demandas de RSE a las empresas.
 - Bancos de Inversión Internacionales: influir para asegurar que incorporan la RSE en su negocio o estrategias de inversión.
4. *Educación y Formación:* creación de una red de conocimiento con organizaciones, investigadores y consultores sobre la RSE enfocada en el negocio.
5. *Promoción de la Competitividad:*
 - RSE Business-driven social: promociones en empresas e inversores, para que desarrollen sus compromisos con la RSE vinculados al negocio.
 - Promoción de la RSE vinculada a la innovación en Pymes.
 - Asegurar que el comercio e industria regionales contribuyen a difundir la RSE.
6. *Consumo responsable:* mercado transparente o promoción de la RSE en la decisión de los consumidores.
7. *Coordinación interna y Dimensión Internacional de la RSC:*
 - Creación del Consejo de Responsabilidad Social: recomendaciones sobre RSE, al Gobierno y las empresas.
 - Abrir un diálogo con las autoridades locales y regionales para que incorporen la RSE en sus ámbitos de acción.
 - Organizar una conferencia internacional de RSE para identificar áreas de innovación para empresas danesas.
 - Asesorar a empresas en RSE: a través de representaciones en otros países.

- Organizar conferencias de RSE en países en vías de desarrollo junto a las representaciones danesas fuera de Dinamarca.

La aprobación de un Plan Danés posterior, complementará en algunos aspectos, tal y como veremos estos contenidos⁶⁵.

2.3.- Aportaciones del nuevo Plan 2012-2015 a las acciones y políticas por áreas

El último Plan de Acción Nacional Danés fue desarrollado con las aportaciones del Consejo Danés para la RSC y publicado en febrero de 2012. Las acciones de RSC incluyen: a) formación y orientación; b) conocimiento compartido; c) colaboración y asociación (alianzas); y d) Legislación (Dinamarca también ha publicado aparte un Plan de Acción sobre Empresa y Derechos Humanos).

Este Plan deposita su peso sobre cuatro pilares erigidos con iniciativas gubernamentales para mejorar el anterior Plan de 2008, entre otras razones, porque asigna a las "compañías" el deber de integrar la RS en su núcleo de negocio; a los "consumidores" la gran responsabilidad de asumir, porque tienen la mejor oportunidad para demostrarla, su RS a través de una elección acertada de los bienes/servicios; los "inversores" deben utilizar sus inversiones como una fuerza conducente al crecimiento responsable; las "Organizaciones y ONGs" deben actuar como guardianes de la RS, al mismo tiempo que la promocionan a través del diálogo y la colaboración entre compañías; y, el "sector público" debe ser otra fuerza abocada a crear un marco de condiciones favorables a la RSC y a promover el crecimiento responsable. Un marco de agentes, que desde la perspectiva del Gobierno contribuyen a un nuevo modelo de empresa cuyo objetivo es crear "valor compartido" y "crecimiento responsable" (para los "proveedores" supone una mejora de los resultados e incremento de beneficios).

Desde esta perspectiva es *particularmente importante* centrarse sobre la estrategia y los inversores que crean valor para la compañía mientras que al mismo tiempo resuelven retos sociales y medioambientales. El Gobierno, por lo tanto, desea fortalecer la RS a través de la colaboración, compartiendo alianzas y conocimiento. Con este Plan se mejora la puesta a punto de cada medida:

⁶⁵ Reparto de contenidos de la RSE Danesa en Áreas fundamentales de la Estrategia Europea (Estrategia Europa 2020: http://ec.europa.eu/europe2020/index_es.htm) y Comunicación "Estrategia renovada de la UE para 2011-2014 sobre la responsabilidad social de las empresas", COM(2011) 681 final, Octubre 2011 (http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index_en.htm), siguiendo la clasificación que se realiza en "Planes de Acción de RSE de Gobiernos Europeos...", op. cit., pp. 7 y ss. Asimismo, información remitida por la Embajada Danesa en Madrid (<http://spanien.um.dk/es/>), aparte del citado Plan de RSC: <http://csrcouncil.dk>; y otros: http://vidayestilo.terra.es/cual-es-el-mejor-y-el-peor-pais-para-hacer-negocios_3e653178cba0a410VqnVCM400000_9bcceb0aRCRD.html (consulta: 24/02/15).

1) *Fortalecer el respeto por los Principios Internacionales a través de:* i) la mediación y mecanismos de queja para una conducta empresarial responsable; ii) cursos y orientaciones acerca de este tipo de conducta; iii) promoción del GC; iv) conferencia internacional de derechos humanos; v) la celebración de encuentros sobre crecimiento sostenible; y, vi) la estrategia Nórdica común sobre RS.

2) *Incrementar un crecimiento responsable y sostenible a través de sus sociedades (y socios) para lograr:*

I. *Un crecimiento responsable:* i) ayudando a las PYMEs que trabajan con RS; ii) dándoles facilidades para trabajar con iniciativas voluntarias de protección del medioambiente; iii) apoyando la primera iniciativa para la RS en la industria de la moda; iv) analizando y comunicando la contribución de las compañías Danesas de transporte marítimo para el desarrollo de un crecimiento responsable; y, v) promocionando la RS dentro del servicio empresarial público.

II. *Un crecimiento responsable en los países emergentes:* i) apoyando colaboraciones para un crecimiento responsable entre las compañías Danesas y los socios en países emergentes; y, ii) apoyando iniciativas y organizaciones que promuevan el conocimiento y debate entre las compañías Danesas y los consumidores acerca del comercio justo y suministro en la cadena de valor.

III. *Un nuevo modelo de empresa ecológica:* i) apoyando la continuación de la iniciativa 'Green Ship of the Future'⁶⁶; ii) ayudando a las compañías emergentes a desarrollar nuevos modelos de empresa ambientalmente sostenibles; iii) desarrollando un instrumento bajo la supervisión del Fondo de Inversión Empresarial que pueda apoyar a las compañías en desarrollo e implementando nuevos modelos de empresa sostenible; y, iv) facilitando el trabajo a los Expertos para un Consumo Sostenible, y nuevos modelos de empresa ecológica, para desarrollar un catálogo de ideas para las compañías que deseen trabajar con producción y consumos sostenibles.

3) *Incrementar la transparencia:* i) informando sobre los impactos, que producen las empresas, sobre derechos humanos y el clima: en sus *informes anuales*; expresando (en el futuro) el *estado*

⁶⁶ Un ejemplo de valor compartido es la Fase III del Proyecto "On Course for a Better World": análisis macro y micro que documenta los impactos social, medioambiental y económicos de la Industria Naviera Danesa, que juega un importante papel facilitando el comercio y contribuyendo a la Economía global, y Danesa. Tiene dos objetivos: 1) cómo y cuánto contribuyen las actividades; y, 2) si hay reciprocidad en la obtención de beneficios óptimos. Y, consta de tres pasos: *1er paso*, transporte marítimo global/comercio global Internacional, preconditionación esencial para el crecimiento económico de los países desarrollados/emergentes; *2º paso*, cómo/bajo qué marco (mercado/políticas regulatorias) son generados esos beneficios socio-económicos; y, *3er paso*, papel del mercado, políticas regulatorias y otros factores en la optimización de beneficios. Vid. este Proyecto como *práctica de consumo responsable*, la descripción del Shipping project "On Course for a Better World", en: http://samfundsansvar.dk/file/372944/on_course_for_a_better_world.pdf (consulta: 25/02/2015).

de las medidas que estén adoptando para respetar los derechos humanos y reducir el impacto sobre el clima; y desarrollando la *guías Websites* CSRkompasset.dk y klimakompasset.dk, como la GC Self-Assessment Tool; ii) informando sobre RSC a la UE con informes anuales; iii) informando sobre minería y repoblación forestal; iv) otorgando premios sobre RSC; v) promocionando el consumo sostenible a través de: *iniciativas concretas* sobre etiquetado ecológico y lanzamiento de campañas para incrementar el conocimiento y la conciencia acerca de un consumo sostenible; el *trabajo para una transición* ecológica de la agricultura danesa hacia una agricultura orgánica, poniendo especial énfasis en la innovación y apuntando hacia ayudas para poder desarrollar este tipo de agricultura; y el *acceso a información* sobre marcas vía smartphone para detallar la información sobre los diferentes proyectos de etiquetado para los buenos consumidores⁶⁷.

4) *Un buen marco de condiciones para un crecimiento responsable a través del sector público*: i) promoviendo la responsabilidad en las contratos públicos mediante acciones como: un *borrador común de las directrices generales* para el proceder responsable del sector público, en colaboración con otros grupos relevantes; el incremento del *uso voluntario de la costumbre* en conexión con las ofertas⁶⁸; incrementado el uso de las *cláusulas laborales* (el Gobierno ha establecido un comité sobre prevención del 'dumping social' o el uso de salarios y costes sociales artificialmente bajos para ejercer una competencia desleal en el mercado)⁶⁹; promoviendo *contratos responsables y sostenibles entre socios*; un *proyecto para colaborar* entre los países del Báltico; ii) incorporando la RSC en el sector público; iii) estrategia para un proceder público inteligente; iv) realizando conferencias sobre gobierno sostenible; v) promoviendo el acceso de grupos vulnerables al mercado de trabajo; y, por último, vi) reduciendo el consumo de energía en las compañías.

⁶⁷ Vid., sobre prácticas de consumo responsable, el ya citado Plan Danés de RSC (2012-2015) en: http://csr.gov.dk/file/318420/uk_responsible_growth_2012.pdf; y, además, sobre *Identificación y promoción de buenas prácticas de RSC*: a) The CSR Foundation: <http://www.csr.dk>; b) *Campañas e iniciativas para incrementar la conciencia sobre el consumo responsable*: <http://www.forbrug.dk>; c) *Expertos para el consumo sostenible*: Catalogue of ideas "Road to a Sustainable future – out of the box and into the shared space"; vid., el caso Danés citado en NEWMAN, P., KENWORTHY, J., *Sustainability and Cities: Overcoming Automobile Dependence*, en <https://books.google.es/books?id=X-p0Nw7XbzIC&pg=PA403&lpg=PA403&dq=%E2%80%99CRoad+to+a+Sustainable+future+DENMARK&source=bl&ots=jWIDqGfkII&sig=TVBwZKGSIClyszGgbqF-Co-IsMq&hl=es&sa=X&ei=ppYnVbnqL-7e7AaLqoGqBq&ved=0CFAQ6AEwBA#v=onepage&q=%E2%80%99CRoad%20to%20a%20Sustainable%20future%20DENMARK&f=false>; *Desarrollo de Directrices de RSC para la Industria de la Moda*: <http://www.fashionguidelines.dk>; *Promoción del consumo responsable como objetivo. ¿Cómo reconocer un producto ecológico?*: <http://www.nordic-ecolabel.org/> (consulta de enlaces: 25/02/15).

⁶⁸ The use of social clauses at the annual political festival, Folkemødet, on the island of Bornholm..., en *Responsibly Growth-Action Plan for CSR (2012-2015)*, op. cit., p. 13.

⁶⁹ Vid., en *ibídem*.

Para finalizar, concluir que el Plan de Acción Nacional Danés de RSC (2012-2015), es publicado al margen del Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos; y, es desarrollado con las aportaciones del Consejo Danés para la RSC, incluyendo como acciones principales: 1) la formación (y orientación) sobre aspectos de RSC; 2) el conocimiento compartido; 3) la colaboración (y asociación); y, 4) la Legislación.

Las aportaciones del Plan de RSC Danés se centran en: 1) el respeto a los Principios Internacionales; 2) el "crecimiento responsable": un marco público y colaboración empresarial; 3) el incremento de la transparencia y la rendición de cuentas públicas (consecución de objetivos previstos -plan de acción e indicadores de seguimiento): Informe anual al Parlamento Danés; y, 4) el fomento de la RSE vinculada a competitividad.

2.3 Finlandia. La capacidad de construir de forma responsable

El Plan de Acción Nacional Finlandés en materia de RSC fue publicado en noviembre de 2012, aunque la RSC fue integrada –en un primer momento– en 2011 en el programa del Gobierno. Esta fue la llave de entrada que enfatizó la ambición de las Compañías Finlandesas para ser las predecesoras en el campo de la RSC. El Ministro de Empleo y Economía tiene la responsabilidad de la política de RSC del Gobierno, pero trabaja junto a otros departamentos como los Ministros de Asuntos Exteriores, de Medioambiente y la Oficina del Primer Ministro (responsable del estado de las compañías públicas). Esta coordinación hace que los distintos departamentos gubernamentales estén en contacto sobre esta materia cada semana. Con mayor tradición en derechos laborales que en derechos sobre empresa y derechos humanos, la política de RSC Finlandesa está basada en el Plan Nacional y en el fuerte compromiso con los stakeholder, comprometiendo igual a sector público y privado⁷⁰.

El Plan de 2012 pretende cumplir con los objetivos de RSC para 2015. Las acciones sobre las que enfatiza el plan son: 1) la capacidad de construir; y 2) la Legislación (Finlandia también publicó un Borrador de Plan de Acción sobre Empresa y Derechos Humanos en Abril de 2014). Borrador que, desde septiembre de 2014, se convierte en nuevo Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos; para implementar los Principios Rectores de las NU sobre esta materia y, con ello, mejorar el impacto que tiene la actividad de las empresas sobre los derechos humanos, haciendo partícipes al sector público, a las empresas y a la sociedad civil, la cual se

⁷⁰ <http://www.finlandia.es/fi/>: Post event report-Peer Review on Corporate Social Responsibility-Helsinki (Finland), 7-Nov-2013, pp. 1-2, (consulta: 27/02/2015) en: <http://ec.europa.eu/social/keyDocuments...>, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sustainable-business/corporate-social-responsibility/index_en.htm; vid, también, Finnish National Action Plan on CSR: http://www.tern.fi/files/35134/Government_Resolution_on_CSR_FINLAND.pdf

involucra aportando su criterio en el ámbito público e incrementando el diálogo con las empresas. Las Compañías necesitan información sobre aspectos de derechos humanos para conocer los riesgos e identificar las mejores prácticas y, a la vez, es beneficioso que la sociedad civil reciba información sobre las condiciones y oportunidades relacionadas con la empresa. Al tiempo que la legislación finlandesa es revisada con el fin de adecuarla a los objetivos perseguidos a nivel Global y, si es necesario, presentar propuestas de cambio.

Por lo tanto, el Gobierno Finlandés ha establecido recientemente con el nuevo Plan, que una evaluación de la legislación, un incremento del diálogo en Finlandia para lograr una comprensión común sobre la especificación de la debida diligencia (a nivel nacional e internacional), y la aplicación del criterio social en la forma pública de proceder o contratar dentro de este ámbito, son las llaves de la implementación del proceso. Este Plan cuenta con el control anual del Comité de RSC⁷¹.

En adelante nos centraremos en las áreas fundamentales, que la Estrategia Finlandesa de RSE de 2012 propone. Estas áreas son:
1. *Transparencia y Reporting: (obligaciones financieras y anti-corrupción)*

- Monitoreo de la implementación del Plan de Acción.
- Plan de Acción para combatir la Economía sumergida y los delitos económicos.
- Mejorar la política y el marco legislativo sobre anti-corrupción y blanqueo de dinero.
- RSC en la Administración Pública: implementar la RSC e informar de su progreso en el Parlamento.
- Para una creciente conciencia sobre la promoción de una conducta transparente: 1) implementar sistema de RSC en la gestión; y, 2) revelar la información financiera y no financiera.
- Preparar informe sobre RSC como una parte distinguible del anual informe (bit.ly/15BfhuO). Directrices fijadas (abiertas y moderadas) sobre la remuneración de los directivos en Compañías estatales y con mayoría pública accionarial (bit.ly/19IY0x3).
- Desarrollar un criterio para seguir el progreso de la RSC (para evaluar el uso de los indicadores internacionales).
- Promocionar y mejorar la autoevaluación de la RSC en la industria en general y, en particular, en la industria minera.

2. *Compras públicas y Cadena de valor:*

- Promocionar la RSC en las empresas.
- Implementar los Principios Rectores de NU sobre Empresa y Derechos Humanos.

3. *Inversión Socialmente Responsable (ISR):*

⁷¹ <http://business-humanrights.org/en/finland-publishes-national-action-plan-on-business...>
(consulta: 23/10/15).

- Evaluación del impacto social de productos financieros.
 - Obligación de evaluar el impacto para el sector privado de fondos préstamo.
4. *Educación y Formación*:
- Herramientas para PYMEs incluidas en la Website CSR-Kompassi.fi.
 - Corporate Responsibility Network 'FIBS': es una herramienta de Internet fundada desde el Ministerio, que tiene doscientos miembros (grandes Compañías Finlandesas) y organiza cincuenta eventos cada año.
5. *Promoción de la Competitividad*:
- Promocionar la RSC en Pequeñas/Mediana Empresas (PYMEs).
6. *Consumo responsable*: Evaluación del impacto social de productos financieros⁷².
7. *Alineamiento con propuestas globales de RSC*:
- Promoción de directrices internacionales: el Gobierno trabaja para implementar los Principios Rectores de NU⁷³.
 - Punto de Contacto Nacional para la OCDE (adjunto al Ministro para el Empleo y la Economía, y acción del Comité sobre RSC creado en el año 2000): información sobre proyectos de RSC y sobre el estado de las diferentes organizaciones. Representativo de socios colaboradores, Gobierno y ONGs, y organizaciones de consumidores.

Para concluir, recapitulando, el Plan de Acción Nacional Finlandés de RSC pretende cumplir con los objetivos de RSC para 2015. Las acciones sobre las que enfatiza son: 1) la capacidad de construir; y, 2) la legislación. Las aportaciones de este Plan se centran en: 1) un fuerte compromiso con los *Stakeholders*; 2) igual compromiso de los sectores público y privado con la RSC; 3) la transparencia financiera y anti-corrupción; y, 4) el equilibrio en el respeto por la Normativa Internacional y Regional, y la actividad empresarial.

Y, por último, Finlandia publicó aparte un Plan Nacional de Empresas y Derechos Humanos, en septiembre de 2014.

2.4 Suecia. La responsabilidad compartida del Gobierno Sueco

Los antecedentes de la RSE en Suecia siempre se centraron en sus prácticas responsables, traducidas en la preocupación por el bienestar de sus empleados, el cuidado del medioambiente y en un

⁷² Finnish National Action Plan on CSR-2012-2015, op. cit.; Finnvera: <http://www.finnvera.fi> (Consulta: 27/02/2014).

⁷³ Plan Nacional de Acción para la aplicación de los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y DDHH, en: http://www.tern.fi/en/current_issues/publications/national_action_plan_for_the_implementation_business_and_human_rights.98158.xhtml (consulta: 1/04/2015).

concepto de responsabilidad compartida materializado en los compromisos y sensibilización en la cadena de valor. Entre sus objetivos, el de promover los derechos humanos⁷⁴ y laborales, los principios de desarrollo sostenible centrados en la protección del medioambiente, en reforzar la competitividad, en erradicar la corrupción⁷⁵, en aumentar el conocimiento de la Normativa Internacional y en ser un propietario responsable en lo que se refiere al Gobierno como titular de empresas públicas.

Para lograr estos objetivos, Suecia ha requerido de una mejor coordinación de la promoción gubernamental de RSE, y para promover el desarrollo de políticas públicas ha realizado Foros Internacionales y ha llevado a cabo una acción exterior de promoción (p.ej. existe la figura del Embajador de RSE) y sensibilización tanto interna como externa.

En Suecia, el desarrollo sostenible de las empresas es liderado por las propias Compañías (business-owned y business-driven). El Gobierno tendría un papel de apoyo y responsabilidad como propietario en 52 compañías estatales; en las compra-ventas públicas; promoción de ofertas y exportación; en la ayuda al desarrollo y la actuación de acuerdo con los principios internacionales y los referidos a RSE. En 2007 el Gobierno decidió que las empresas estatales informarían conforme al GRI desde 2008. En 2012, el 96% de las compañías habían cumplido con el requisito. Suecia estuvo en 2013 en el cuarto puesto en el ranking global (GRI). La agenda sueca de RSC está basada en las directrices internacionales de la OCDE, y las normas para empresas multinacionales, los Principios Rectores sobre empresa y derechos humanos de NU y el Pacto Mundial.

Antes de 2014, la Alianza Sueca para una Responsabilidad Global. Swedish Partnership for Global Responsibility (Utrikesdepartementet Globalt Ansvar-2001) entendía la RSE (por áreas y políticas) de la forma que subsigue a continuación⁷⁶.

1. *Transparencia y Reporting:*

- En empresas estatales (según el Parlamento en 2007): es obligado presentar una Memoria anual de gestión y una Memoria anual de sostenibilidad (conforme a criterios del GRI). El Informe estará sujeto a auditoría por terceras partes.

⁷⁴ "Informes sobre los Derechos Humanos en el mundo y las prioridades de la política exterior de Suecia en materia de Derechos Humanos": el Ministerio de Asuntos Exteriores de Suecia publica informes sobre el respeto y acatamiento de los derechos humanos en el mundo. Los informes más recientes se publicaron en julio de 2011 referentes al año 2010, en: <http://www.manskligarattigheter.se/en>; <http://www.swedenabroad.com/> (consulta: 18/02/15). Información remitida por la Embajada Sueca en Madrid; y la Oficina Comercial de Suecia en España-Business Sweden/Swedish Trade & Invest Council (spanien@business-sweden.se; <http://www.business-sweden.se>); vid., también: <http://www.regeringen.se>

⁷⁵ Portal anti-corrupción apoyado actualmente por el Gobierno: <http://www.business-anti-corruption.com>; y, UN Convention Against Corruption (UNCAC) and the OECD Anti-Bribery Convention; vid. Post event report Peer Review on Corporate Social Responsibility – Stockholm (Sweden), 25 Sept. 2013.

⁷⁶ Vid., también, "Planes de Acción de RSE de Gobiernos Europeos...", op. cit., pp. 7 y ss.

- Se logran nuevas políticas (medioambientales, sociales, compras públicas sostenibles); un mayor conocimiento de los objetivos de la RSC; *mejoras en la estructura de trabajo y la gestión o reporting de sostenibilidad* (en primer lugar) y *mejoras en la integración de la RSE en las estrategias de negocio* (en segundo lugar); e importancia de la RSE en la agenda de gestión (empresas y Consejos de Administración).
- 2. *Compras públicas responsables y Cadena de valor: el Swedish Council for Environmental of Management*: promociona el premio "Comprador Verde" y "Proveedor Verde", a la competitividad, las buenas prácticas y la innovación sostenible.
- 3. *Inversión Socialmente Responsable (ISR): el Fondo Estatal Sueco de Pensiones* ha de preparar y presentar un informe anual sobre estrategias de inversión y adopción de principios de inversión social y medioambiental, por los fondos de gestión de inversiones negociados en nombre del Estado.
- 4. *Coordinación interna y dimensión Internacional de la RSE:*
 - *Utrikesdepartementet Globalt Ansvar* o Alianza Sueca para una Responsabilidad Global (*Swedish Partnership for Global Responsibility*): compromisos y acciones de sensibilización de las empresas en su cadena de valor.
 - *Embajador de la RSE*: para promover asuntos de RSE en misiones comerciales y relaciones internacionales (p.ej. Embajada de Suecia en China).

Las aportaciones de estas acciones redundan en la promoción de la RSE en la Administración Pública y las empresas públicas: en la transparencia en aspectos sociales, ambientales y de buen gobierno en la rendición de cuentas anual; y en la RSE dentro de la gestión y compras públicas (reporting de empresas públicas). Además de la reputación Internacional de Suecia, debido a la promoción de negocios rentables, sostenibles e innovadores, por parte de sus organizaciones, y la conexión de la RSE a acciones de cooperación al desarrollo en sus programas internacionales.

En enero de 2014 el Gobierno Sueco publicó una Acción Nacional sobre RSC. La herramienta para la implementación de la RSC incluye: a) Planes de Acción; b) herramientas prácticas; c) asociación; d) apoyo financiero y e) Legislación (un Plan de Acción Sueco sobre Empresa y Derechos Humanos, sobre el que después hablaremos, ha sido desarrollado recientemente, concretamente, en agosto de 2015). Nos centramos ahora en las medidas que aporta la Acción del Gobierno, en materia de RSC:

1. *Alineamiento con propuestas globales de RSC:*
 - Modelo de Empresa Sostenible. (Business Sweden).
 - Plan de Acción Nacional Sueco de Empresa sostenible o "Sustainable Business–A platform for Swedish action".

Para promover este modelo, se aplican:

 - Las Directrices para Empresas Multinacionales.

- El Pacto Global de NU.
 - Los Principios Rectores de NU sobre empresa y DDHH.
 - OCDE Punto Nacional de Contacto (NCP).
 - *Nordic CSR Strategy*: materias de RSC y promoción de la ISO 26000⁷⁷.
2. *Cadena de valor (Derechos Humanos y gestión responsable)*:
- Es preciso revisar las tres Normas que protegen los Derechos Humanos en Suecia: 1) el Instrumento de Gobierno; 2) la Libertad de Prensa y la Constitución; y, 3) la Ley Fundamental de Expresión.
 - *Acciones y Herramientas*:
 - Gestores del cambio (Drivers change) a través de la "Swedish Development Cooperation Agency (Sida)".
 - Sida (2013). El "Sustainability Screening Framework (SSSF)": potencia la necesidad de diligencia debida (herramienta de evaluación) para las empresas filiales.
 - El *Business for Development ("B4D") Programme*: tiene como objetivo, promover la buena gobernanza y las prácticas sostenibles en el desarrollo internacional, a través de los principios de RSC. (este Programa está gestionado por la Sida).
3. *Transparencia y Reporting*:
- Propuesta de un Portal Anti-corrupción.
 - Empresas Públicas: obligación de informar (en línea con el GRI).
 - Empresas Públicas: remuneración de ejecutivos seniors.
4. *Promoción de la RSE (Herramientas y Planes)*:
- Resolución de libertad de Internet (UN Human Rights Council - 2012).
 - Stockholm Internet Forum(s) (2012-2013).
 - Equality Ombudsman: como objetivo, promover la igualdad de derechos y oportunidades.
 - *Plan de Acción Nacional* de Derechos Humanos: fortalecer DDHH en Suecia.
 - La RSC Sueca en el comercio internacional: coordinación con embajadas.

⁷⁷ "El objetivo de la responsabilidad social (RS) es contribuir al desarrollo sostenible" y la Orientación Standard Internacional "ISO 26000 busca promover un común entendimiento de RS": ("when applying ISO 26000, organizations should consider societal, environmental, legal, cultural, political and organizational diversity as well as differences in economic conditions, while being consistent with international norms of behaviour"), http://www.iso.org/discovering_iso_26000.pdf

La Orientación ISO 26000 es una herramienta, cuya finalidad para los países Nórdicos es incrementar esfuerzos en el Norte estableciendo colaboraciones o "una estrategia Nórdica común sobre RS", vid., en Responsible growth–Action Plan for Corporate Social Responsibility, op. cit., p. 7; "Respect for International Principles: Common Nordic strategy on social responsibility": "The Government therefore wants to launch a common Nordic CSR strategy in the Nordic Council of Ministers in 2012, together with the other Nordic governments. The strategy should coordinate and strengthen Nordic CSR efforts by establishing a number of partnerships: Focus on responsible business conduct in the Arctic area; establishing collaboration between Nordic mediation and grievance mechanisms and national ethical trade initiatives, and increased efforts in the Nordic countries to promote the guiding standard on social responsibility (ISO 26000)".

5. *Consumo Responsable (Medidas o prácticas de):*
 - Memorandum de entendimiento (MoU): con varios países (Embajada de Suecia en Beijing).
 - Planes de Etiquetado, para consumir de forma responsable⁷⁸.
 - Diálogo sobre RSC y transparencia con las empresas y *stakeholders*⁷⁹.
 - *Cambio climático y sostenibilidad medioambiental:*
 - Aplicación de Directrices Internacionales (OCDE y Directrices de NU).
 - Mapa Nacional de carreteras 2050: para limitar las emisiones.
 - *Plan de Acción Nacional* para un ambiente libre de sustancias tóxicas (objetivo de la Swedish Chemical Agency-2010).
 - *Plan Nacional* de gestión de residuos (objetivo de la Swedish Environmental Protection Agency-2013).
 - Creación del Centro para la eficiente utilización de los recursos (CERISE-dependiente del Swedish Environmental Research Institute (IVL).
 - Análisis medioambiental por las empresas con apoyo de la Agencia de Protección del Medio Ambiente (Environmental Protection Agency).
 - Conferencia sobre empresas sostenibles 2013 (Ministro de Asuntos Exteriores).
6. *Compras Sostenibles:*
 - *Plan de Acción Nacional de Compras Públicas (SPP)*.
 - Herramienta "CSR-kompass": para desarrollar el apoyo al SPP.
7. *Inversión Social Responsable (Instituciones reguladoras):*
 - The Ethical Council (Etikrådet): colaboración de cuatro fondos reguladores en el Sistema Sueco de pensiones.
 - The Swedish Export Credit Corporation (SEK).
 - Swedish Export Credits Guarantee Board (EKN).
 - Swedfund: proporciona financiación y apoyo a los inversores en mercados emergentes.
8. *RSC en la Educación y Formación:*
 - Seminarios y Talleres en mercados extranjeros (Ministro de Asuntos Exteriores y Misiones de Suecia en el extranjero).
 - The Swedish Institute's (SI) Management Programme: por objetivo crear redes.
 - Integración de la RSC en el sistema educativo superior.
9. *Políticas sociales y de empleo:*
 - Aplicación de los Convenios de la OIT (ILO).
 - RSC en acuerdos entre socios europeos

⁷⁸ Vid., ecolabelling o proyecto de etiquetaje distintivo del consumo responsable en la zona Nórdica): <http://www.nordic-ecolabel.org/>

⁷⁹ Vid. National Action Plan: "Sustainable Business – A platform for Swedish action"-2014, en: <http://www.regeringen.se/content/1/c6/20/90/35/207eff96.pdf>

- *Plan de Acción Nacional* para un entorno laboral adecuado (2010-2015): la RSC como medio para lograr la rentabilidad y competitividad de las compañías, a través de la diversidad organizacional.
- Certificado de lugares de trabajo adecuados (supervisión por la Swedish Work Environment Authority).
- Innovación Social. Se llevan a cabo dos Programas a través de la Swedish Agency for Economic and Regional Growth: 1) el desarrollo de Cooperativas; y, 2) la Empresa Social.
- *Plan Nacional* para la Igualdad de Género.

Actualmente, tal y como adelantamos, Suecia ha creado un Plan de Acción Nacional para Empresas y Derechos Humanos (agosto de 2015), respondiendo a la petición de la Comisión Europea de diseñar planes de acción nacional por parte de los Estados miembro. El Gobierno cree que los negocios y los derechos humanos van de la mano y deben formar parte de una política activa de RSC⁸⁰. Este plan de acción marca el comienzo de los esfuerzos de Suecia para implementar los Principios Rectores de NU sobre Empresas y Derechos Humanos⁸¹. La aspiración es que este plan pueda inspirar a otros países y animar a otras empresas a cumplir los principios; y, también, que ayude a generar nuevas ideas y prácticas en este ámbito. La implementación de este plan de acción, incluye el cumplimiento de las medidas que el plan propone hasta 2017.

El Gobierno se permite elevar sus aspiraciones en el ámbito del comercio Internacional, incluyendo la RSC y la implementación de los Principios Rectores. Para permitirse estos objetivos, las medidas serán adoptadas en los siguientes ámbitos y con los siguientes contenidos: 1) las regulaciones y la legislación; 2) el apoyo del Estado al sector empresarial; 3) la promoción del comercio; 4) el Estado como propietario; 5) el Estado como socio de desarrollo; y, 6) la acción corporativa.

Podemos concluir el caso Sueco, recapitulando que: 1) en enero de 2014 el Gobierno Sueco publicó una Acción Nacional sobre RSC; y, esta herramienta para la implementación de la RSC incluye: i) planes para la Acción y la constitución de Agencias; ii) la creación de herramientas prácticas y medidas; iii) la asociación y comunicación en materia de RSC entre Compañías; y, iv) el apoyo financiero; 2) un Plan de Acción Sueco sobre Empresa y Derechos Humanos ha sido desarrollado recientemente en agosto de 2015; 3) las principales áreas de una Empresa sostenible son: i) derechos humanos; ii) condiciones laborales; iii) medioambiente; y iv) anti-corrupción.

⁸⁰<http://www.government.se/contentassets/822dc47952124734b60daf1865e39343/action-plan-for-business-and-human-rights.pdf> (consulta: 23/10/2015).

⁸¹<http://www.regeringen.se> <http://www.manskligarattigheter.se> <http://www.ilo.org> <http://www.unicef.org> <http://www.unglobalcompact.org> <http://www.ec.europa.eu> <http://www.iso.org> <http://www.ungpreporting.org> <http://www.globalreporting.org> <http://www.business-anti-corruption.com> (consulta: 23/10/2015).

Y, por último, las aportaciones del Plan de RSC Sueco se centran en: a) la promoción de la RSE (en la Administración Pública y las Empresas Públicas); b) la transparencia en aspectos sociales, ambientales y de buen gobierno en la rendición de cuentas anual; c) el reporting de la RSE en la gestión y compras públicas; , al mismo tiempo, d) Suecia contribuye a su propia reputación Internacional y la de sus organizaciones, a través de la promoción de negocios rentables, sostenibles e innovadores; vinculando la RSE a acciones de cooperación al desarrollo (Programas Internacionales).

2.5 Noruega. La Inversión Socialmente Responsable

El caso de Noruega va fundamentalmente ligado a un área estratégica: la *Inversión Socialmente Responsable*. Noruega facilita su desarrollo mediante la transparencia en los medios sociales, medioambientales y de buen gobierno en los ámbitos de ahorro e inversión; es decir, promueve una *política ética de inversión* con Instituciones y medidas que contribuyen a lograrla.

El *Statens Pensjonsfond* (o Fondo Estatal Noruego de Pensión) es uno de los más grandes del mundo por nivel de capitalización (valorado en 3,312 billones de Coronas noruegas (437,6 billones de euros). Gestiona la *Agencia Folketrygdfondet* que, en su política de inversión ética, excluye las inversiones en empresas que contribuyen directa o indirectamente a la violación de derechos humanos en zonas de riesgo y situaciones de conflicto.

Entre sus medidas más controvertidas de desinversión se encuentran las empresas tabacaleras. En junio de 2014, también se evaluaron los instrumentos de política e inversión del Fondo de Pensiones en petroleras y empresas de carbón, porque el Parlamento (Comité de Expertos) plantea actualmente su exclusión de los planes de ahorro.

En Noruega se plantea además la existencia de un mapa interactivo: para explorar empresas en las que el fondo noruego de pensiones invierte, en distintos países⁸².

En lo que respecta a prácticas de *Consumo responsable*, es uno de los países nórdicos que promueven el consumo sostenible y contribuyen al medioambiente y clima con su distintivo ecológico o etiquetaje (flor/cisne).

Noruega no tiene desarrollado un Plan de Acción de RSC, pero el Ministerio Noruego de Medio Ambiente es parte del Proyecto de Desarrollo Emergente de Mercados Ecológicos en Rumania (*EcoEmerge*, implementado para 2009-2011), que desde la *cooperación*, y en *colaboración* junto al Ministerio Rumano de Medio

⁸² Información remitida por la Real Embajada de Noruega en Madrid (emb.madrid@mfa.no). Vid. BI Center for Corporate Responsibility en el BI Norwegian Business School (<http://www.bi.edu/research/research-centres/Center-for-Corporate-Responsibility/>; ccr@bln.no); y, en: <http://www.climatestrategy.org> (Center for Climate Strategy).

Ambiente y Bosques, permite apoyar de forma bilateral el consumo sostenible, la eco-innovación, la eco-tecnología, la compra ecológica y el consumo responsable y establecer una plataforma nacional para la emergencia de los mercados ecológicos rumanos. Y, con los Países del Norte, mediante acuerdos jurídicos y tratados⁸³.

Noruega contribuye al crecimiento sostenible desde la innovación en las empresas que utilizan un diseño de sistemas ecológicos, energías renovables, y un sistema productivo sostenible óptimo para las personas y para el medio ambiente⁸⁴.

2.6 Islandia. El crecimiento en la bioeconomía azul del Norte

Sin un Plan preconcebido, el caso de Islandia encarna el trabajo en la cooperación y por la cooperación oficial junto a sus vecinos del Norte (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Islas Feroe, Groenlandia y Åland)⁸⁵. Sus principales acciones se incardinan en:

1. La *Innovación y sostenibilidad*: Islandia depende de la pesca y otros recursos marinos como fuente de subsistencia (alimento, empleo y exportación), por esta razón se emplea en el *crecimiento bioeconómico* de la zona (growth in the blue bioeconomy of the North). Por esta razón el núcleo de este proyecto es la innovación y la sostenibilidad en el uso de estos recursos.

2. NORA es una organización intergubernamental perteneciente al Consejo Nórdico de Ministros, que vincula algunas de las actividades que se llevan a cabo en el Atlántico Norte y en el Ártico. Entre éstas están los proyectos bajo NordBio Marina, iniciativa del Presidente del Consejo de Ministros Nórdico: proyecto como otras iniciativas en la región, para minimizar el consumo de fuel en la flota de pesqueros y contribuir así al esfuerzo contra el cambio climático⁸⁶.

3. *Cooperación empresarial*: a través de acuerdos entre Islandia, Dinamarca, Noruega y Suecia en lo concerniente a materias de competencia.

⁸³Vid., http://www.norwaygrants.org/upload/Dokumenter/2008_115171%20EcoEmerge.pdf; <http://www.eu-norway.org/news1/Green-Public-Procurement---lessons-learned-in-Romania-and-Norway/#.UosZiifgeOl>; <http://www.regjeringen.no/en/archiv/Stoltenbergs-2nd-Government/Ministry-of-the-Environment/Nyheter-og-pressemeldinger/nyheter/2010/environmentaltechnology----lessons-lear.html?id=615277> (consulta: 23/02/15).

⁸⁴ Vid. STOKNES, E., "What's the roadmap for..., Green Growth?", Center for Climate Strategy-Norwegian Business School BI, 1-21, cit. p. 5; además: <http://www.bi.no/grve/>; "Ponder the fact that the fundamental – and greenest – solution may be to reduce the length of the work-year. Reducing the number of hours worked per person per year will reduce the ecological footprint, and distribute income more evenly" en RANDERS, J. (Professor), "Global Green Growth towards 2052", Center for Climate Strategy-Norwegian Business School BI, Green Economics Seminar BI – Nydalen, May 22nd, 2014, 1-9, cit. p. 8.

⁸⁵ Información sobre Islandia remitida por la Embajada de España para Islandia en Oslo (Spanish Embassy in Norway: oslo@maec.no) y Embajada de Islandia (más próxima) en París, acreditada también ante España: emb.paris@mfa.is; vid., sobre RSE, <http://www.islandsstofa.is/en/about/corporate-social-responsibility/>

⁸⁶ <http://nordicway.org>

4. *Educación y formación* (Green Growth The Nordic Way⁸⁷): octubre-2014, educación para un desarrollo sostenible con atención especial sobre *Biophilia*, basado en el trabajo de un cantante Islandés (Björks) sobre dos proyectos: el *cambio climático* y la *educación en adultos para un desarrollo sostenible*⁸⁸.

5. *Energías renovables* en el Atlántico Norte: estimulando su uso. Toda la electricidad de Islandia deriva de energías renovables.

6. *Consumo responsable y promoción de la RSE*: como en otros países de su entorno, se impone la marca distintiva y las referencias que identifican al "producto ecológico", un proyecto continuamente revisado y evaluado en relación con su relevancia, criterio o manejo.

7. *Alineamiento con propuestas globales*: Islandia organizará eventos, conferencias, talleres; y, será parte de la red para motivar la RSC de las Compañías, conforme al Pacto Global de NU.

2.7 Aspectos compartidos por los Países Nórdicos y áreas comunes en materia de RSC

Podemos concluir este capítulo articulando, casi de forma esquemática, la exposición realizada hasta aquí en torno a las áreas propuestas desde el principio de este estudio, para conocer: 1) los objetivos de las políticas o acciones; 2) en qué iniciativas coinciden o son más destacables; y, 3) qué medios y medidas comparten estos Países del Norte de Europa.

2.7. Alineamiento con propuestas globales de RSC:

El objetivo es fortalecer el respeto por los Principios Internacionales:

i) Para una conducta empresarial responsable: mediación y queja como herramientas (Dinamarca).

ii) Iniciativas a través de: cursos (Dinamarca); conferencias internacionales sobre derechos humanos (Dinamarca e Islandia); eventos sobre crecimiento sostenible (Dinamarca e Islandia); talleres en red para motivar la RSC de las Compañías (Islandia).

iii) Promoción del Pacto Mundial de NU y los Principios Rectores (NU) sobre Empresas y Derechos Humanos, Principios para la Responsabilidad de los Inversores (PRI) y la Global Reporting Initiative (GRI).

⁸⁷ *Nordic cooperation*: "Green Growth the Nordic Way" es una revista Web que cubre los proyectos de crecimiento sostenible de los Primeros Ministros Nórdicos y también los documentos de otras actividades del Consejo Nórdico de Ministros en las áreas de desarrollo sostenible y bioeconomía (p.ej. Asuntos: Describes the work on green public procurement in conjunction with ecolabeling and looks at the overall conditions for green investments in the Nordic region, including a focus on economic incentives. Green Growth - June 2013, <http://www.norden.org/en/theme/green-growth/magazine/magazine> (consulta: 27/02/15).

⁸⁸ <http://www.norden.org/en/theme/green-growth/magazine/magazine>

Aplicación en la cadena de valor y compras públicas de Multinacionales extractivas (Finlandia).

- Declaración Tripartita de Principios sobre Empresas Multinacionales y la Política Social de la Organización del Trabajo (OIT), y las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo (OCDE) para Empresas Multinacionales: aplicación para promover el Modelo Sueco de Empresa Sostenible (Business Sweden), (Suecia).

- OCDE Punto Nacional de Contacto (PNC): adjunto al Ministerio de Empleo y Economía. Acción del Comité para la RSC-2000, informa sobre proyectos y sobre el estado de las Organizaciones. Representativo de los socios colaboradores, el Gobierno, las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) y las Organizaciones de consumidores (Finlandia)

Colaboración tripartita (Ministerio de Asuntos Exteriores, Organizaciones Empresariales y Sindicatos (Suecia).

Se recomienda asignar recursos para fortalecer el PNC (Dinamarca).

- Convenios OIT (ILO): aplicación en políticas sociales y de empleo (Suecia).

vi) Estrategia Nórdica común sobre RSC: materias de RSC y promoción de la ISO 26000 (aplicado por los cinco Países Nórdicos, como parte importante de su estrategia de RSC.

2.8. Promoción de la RSE:

Herramientas y Planes (Suecia):

i) "Equality Ombudsman", para la igualdad de derechos y oportunidades.

ii) Plan de Acción Nacional de DDHH, para fortalecer los derechos humanos.

iii) Coordinación con embajadas Suecas, en el comercio internacional.

2.9. Transparencia y Reporting:

Herramientas para incrementar la transparencia:

i) Informes anuales sobre impactos de las empresas (derechos humanos y clima) y medidas adoptadas. Uso de Guías Web: CSRkompasset.dk/ klimakompasset.dk/ ideascompass.dk, como GC Self-Assessment Tool (Dinamarca).

- Informes anuales GRI; Guía Web csr-kompassen.se: sobre conductas públicas en medioambiente; creación de estrategias para Compañías sobre clima y reducción de emisiones de CO2 (Suecia).

- Iniciativa EITI (Extractive Industries Transparency Initiative, sept-2012)⁸⁹: responsabilidad financiera y transparencia en la Industria extractiva (implementada por 35 países, apoyada por más de 60 grandes Compañías y 80 Instituciones de Inversores), (Finlandia). Informes sobre minería y repoblación forestal (Dinamarca).

⁸⁹ <http://eiti.org/> (consulta: 27/02/15).

ii) Premios de RSC (de la Unión Europea, sobre Sociedades, innovación e impacto): The Golden Book⁹⁰, (CSR Fonden, Dinamarca; FIBS, Finlandia; CSR Noruega).

Reporting (obligaciones financiera y anti-corrupción):

i) Autoevaluación de RSC (en la industria general e industria minera (Finlandia).

- Modelos: el Parlamento controla el progreso de la RSC en la Administración Pública y la conducta transparente en la gestión. Exige dos Informes: uno financiero y otro no financiero (parte distinguible del informe anual (bit.ly/15BfhuO) (Finlandia). Una Memoria anual de gestión y una Memoria anual de sostenibilidad (conforme al GRI), con auditoría de Empresas Públicas realizada por terceras partes (Suecia).

- Directrices fijadas (abiertas y moderadas) sobre la remuneración de directivos en Compañías estatales y con mayoría pública accionarial (bit.ly/19IY0x3) (Finlandia); remuneración de ejecutivos mayores (Suecia).

iv) Marco legislativo anti-corrupción y delitos económicos:

- Plan Acción para combatir la Economía sumergida y los delitos económicos (sobornos y blanqueo de dinero), (Finlandia).

- Portal Anti-corrupción: Iniciativa del Ministerio de Asuntos Exteriores, previene a las PYMEs de los riesgos existentes en los Países emergentes. Extendida a 33 países en 2013⁹¹ (Suecia).

2.10. Compras públicas y cadena de valor:

El objetivo es crear un marco de condiciones para un crecimiento responsable a través del sector público:

i) La RSC (en los contratos públicos): mediante directrices generales; el uso voluntario de la costumbre (en la forma de ofertar); el uso de cláusulas laborales (con la observación del Comité de prevención del 'dumping social'); y, en la colaboración con los Países Bálticos (Dinamarca).

ii) Plan de Acción Nacional sobre compras públicas (SPP); apoyo en la herramienta CSR-kompass. En la cadena de valor (derechos humanos y gestión responsable): revisar Normas protectoras de DDHH en Suecia: 1) Instrumento de Gobierno; 2) Libertad de Prensa/Constitución; y, 3) Ley Fundamental de Expresión.

Acciones en Dinamarca: reducción de costes energéticos; inclusión de grupos vulnerables en el mundo laboral; conferencias sobre Gobierno sostenible; y, estrategia pública.

Herramientas en Suecia:

- "Swedish Development Cooperation Agency (Sida)": Gestores del cambio (Drivers change).

- "Sustainability Screening Framework (SSSF)" (Sida-2013): diligencia debida (como herramienta de evaluación) para empresas filiales.

⁹⁰ www.europeancsrawards.eu (consulta: 27/02/15).

⁹¹ www.business-anti-corruption.com (18/02/15).

- Business for Development ("B4D") Programme (gest Sida): buena gobernanza y prácticas sostenibles en el desarrollo Internacional.

2.11. Inversión Socialmente Responsable (ISR):

i) Evaluación del "impacto social de productos financieros" (Finlandia).

- Instituciones reguladoras en Suecia. El "Ethical Council (Etikrådet)": colaboran fondos reguladores en el Sistema de pensiones; la "Swedish Export Credit Corporation (SEK)"; el "Swedish Export Credits Guarantee Board (EKN)"; y, la "Swedfund": financiación y apoyo a inversores en mercados emergentes (cooperación bilateral).

- Directrices para la inversión responsable: Consejo de RSC Danés.

ii) Política ética de inversión: transparencia social, medioambiental y buen gobierno en el ahorro e inversión.

- Instituciones y medidas: "Statens Pensjonsfond" (Fondo Estatal Noruego de Pensiones); "Agencia Folketrygdfondet" (excluye inversiones en Empresas que contribuyen directa o indirectamente a violar DDHH en zonas de riesgo y conflicto. Medidas controvertidas de desinversión: aplicadas a las Empresas tabacaleras.

- El Parlamento Noruego (a través de un Comité de Expertos- jun-2014): evalúa políticas y la inversión del Fondo de Pensiones en petroleras y Empresas de carbón; planteándose su exclusión de los planes de ahorro.

- Un mapa interactivo: explora Empresas en las que el fondo noruego de pensiones invierte, en otros países.

2.12. Educación y formación:

i) En las PYMEs finlandesas, a través de las páginas Web CSR-Kompassi.fi; Corporate Responsibility Network 'FIBS' (Ministerio de Empleo y Economía (con 200 miembros-grandes Compañías Finlandesas y 50 eventos por año).

ii) El "Swedish Institute's (SI) Management Programme": su objetivo es crear redes. La iniciativa Sueca del Ministerio de Asuntos Exteriores es en forma de misiones Suecas. También se Incluye la RSC en el sistema educativo superior.

iii) Iniciativa "Green Growth The Nordic Way": octubre-2014, educación para un desarrollo sostenible, atención especial sobre Biophilia (basado en e trabajo del cantante Islandés (Björks) sobre la base de dos proyectos: 1) el cambio climático; y, 2) la educación en adultos para un desarrollo sostenible (Islandia).

2.13. Promoción de la competitividad:

El objetivo es incrementar un crecimiento responsable y sostenible a través de las Compañías, para lograr:

i) PYMEs con RSC (en Dinamarca); promoción de la RSC y competitividad según el compromiso que adquieran y el diálogo con *stakeholders* (en Finlandia). Estos logros afectan al Estado del Bienestar y la Justicia global.

ii) Iniciativas voluntarias de protección medioambiental (Dinamarca).

iii) Primera iniciativa de RSC en la industria de la moda (Dinamarca).

iv) Comunicación de la contribución de las Compañías de transporte marítimo (Dinamarca).

v) Crecimiento sostenible: innovación en las Empresas que utilizan sistemas ecológicos y energías renovables, y un sistema productivo sostenible óptimo para las personas y el medioambiente (Noruega).

vi) Apuesta por la innovación social y el capital humano en Suecia, como hemos visto y recapitularemos, en sus políticas sociales y de empleo.

2.14. Consumo responsable:

Nuevo modelo de empresa ecológica y sostenible (en Dinamarca):

i) Iniciativa 'Green Ship of the Future'.

ii) Ayuda a las Compañías emergentes.

iii) Fondo de Inversión Empresarial, a disposición de las empresas; y,

iv) Expertos en Consumo Sostenible y un catálogo de ideas sobre producción y consumo sostenibles.

Otras Medidas:

a) La Embajada Sueca en Beijing, propone un Memorandum de entendimiento (MoU) con varios países.

b) Los Planes Etiquetado (Ecolabelling/Benchmarking), para un consumo responsable y la promoción de la RSE son comunes a los cinco Países Nórdicos.

c) El diálogo sobre la RSC y la transparencia, con las Empresas y los *stakeholders*.

2.14. Cambio climático y sostenibilidad medioambiental:

Algunas de las iniciativas en este ámbito son:

- La aplicación del Criterio de Eficiencia Energética.
- En Suecia: el diseño de un mapa Nacional de carreteras 2050; y un catalogo de ideas "Road to a Sustainable future" en Dinamarca: el objetivo de ambas iniciativas es limitar las emisiones nocivas.
- Plan de Acción Nacional para un ambiente libre de sustancias tóxicas ("Swedish Chemical Agency-2010").
- Plan Nacional de gestión de residuos ("Swedish Environmental Protection Agency-2013").
- Creación de un Centro para la eficiente utilización de los recursos ("CERISE"- IVL).
- Análisis medioambiental realizadas por las Empresas con apoyo de la Agencia de Protección del Medio Ambiente en Suecia.

- Promoción del uso de las energías renovables en el Atlántico Norte: la electricidad Islandesa deriva de energías renovables. *El consumo responsable es el aprovechamiento de los recursos naturales y las soluciones administrativas facilitan la protección del Medio, la economía sostenible y el respeto por los derechos humanos (en Finlandia).*

2.15. Cooperación:

El objetivo consiste en favorecer el crecimiento responsable en los países emergentes:

i) Organizaciones promotoras de comercio justo y suministro (en Dinamarca).

- Colaboración del Ministerio de Medioambiente Noruego: proyecto EcoEmerge (Developing Emergent Ecological Markets in Romania), para apoyar la eco-innovación, la eco-tecnología, el consumo sostenible, la gestión ecológica, y para establecer una plataforma nacional para la emergencia de mercados ecológicos.

- Principales acciones de Islandia en materia de cooperación oficial junto a los vecinos del Norte (Dinamarca, Finlandia, Noruega, Suecia, Islas Feroe (Dk), Groenlandia (Dk), Åland (Finl):

1. Innovación y sostenibilidad (en el uso de recursos): la pesca y los recursos marinos son fuente de subsistencia; como medios de alimentación, empleo y exportación contribuyen al crecimiento bioeconómico de la zona (proyecto: growth in the blue bioeconomy of the North); colaboración en proyecto Nórdico Green Growth (Biophilia).

2. NORA, es una Organización intergubernamental (Consejo Nórdico de Ministros) que vincula actividades realizadas en el Atlántico Norte y el Ártico (p. ej., proyectos bajo NordBio Marina, a iniciativa del Presidente del Consejo de Ministros Nórdico, con objetivos como minimizar el consumo de fuel en la flota de pesqueros o contribuir al esfuerzo contra el cambio climático).

3. Cooperación empresarial: acuerdos con Dinamarca, Noruega y Suecia en materias de competencia.

2.16. Políticas sociales y de empleo (Suecia):

Cabe destacar las siguientes iniciativas:

a) El Plan de Acción Nacional para un entorno laboral adecuado (2010-2015).

b) El certificado de lugares de trabajo adecuados (supervisa: la "Swedish Work Environment Authority").

c) En el ámbito de la innovación Social (Dos Programas a través de la "Swedish Agency for Economic and Regional Growth"): 1) el desarrollo de Cooperativas; y, 2) la Empresa Social.

d) El Plan Nacional para la Igualdad de Género.

6.- CONCLUSIONES FINALES

1. La Responsabilidad Social Corporativa (RSC) nos remite a las empresas que adoptan medidas sobre los impactos (sociales,

medioambientales y de buen gobierno), que producen sobre la sociedad; y, por lo tanto, a las más competitivas que, de este modo, atraen beneficios y sostenibilidad para su negocio, desarrollan una mejor relación con sus *stakeholders*, una mejor gestión de los recursos humanos, y adquieren una mayor capacidad de innovación contribuyendo al desarrollo.

2. La Estrategia de la Comisión Europea define la RSC como la responsabilidad que tienen las empresas sobre sus impactos (COM (2011) 681); y apoya que las empresas integren en sus procesos los derechos humanos, que aquéllas impliquen a los consumidores en sus operaciones empresariales y que el núcleo de la estrategia se lleve a cabo en estrecha colaboración con sus *stakeholders*. Su agenda para la puesta en marcha cuenta con herramientas como: el estudio del eurobarómetro; los premios a la RSC; la revisión de la RSC (por países); y, los estudios y guías de RSC. Con el fin de: 1) *promocionar la RSC* y difundir sus prácticas; 2) mejorar la confianza de los inversores (*ISR*); 3) mejorar la auto y co-regulación de los procesos (*transparencia*); 4) recompensar la RSC (*reconocimiento*)⁹²; 5) mejorar la información sobre aspectos sociales y medioambientales por parte de las Compañías (*reporting*); 6) avanzar en la integración de la RSC dentro de la *educación* y la *formación*; 7) enfatizar la importancia de las políticas de RSC nacionales y regionales (*coordinación nacional*); y, 8) mejorar el *alineamiento Europeo e Internacional* de las aproximaciones a la RSC.

3. Las Directrices y Principios sobre los que se asienta la estrategia de RSC de la Comisión son: a) el Pacto Mundial de NU; b) los Principios Rectores de NU sobre Empresa y Derechos Humanos; c) la Orientación Estándar sobre Responsabilidad Social, ISO 26000 (de la International Standard Organization (ISO)); d) la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales y la Política Social, de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); y, e) las Directrices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) para las empresas multinacionales.

4. En tres puntos se han sintetizado los tres ejes que los Gobiernos e Instituciones de los Países del Norte articulan y desarrollan, y sus Empresas respetan y contribuyen a promocionar para hacer posibles sus Estrategias de RSC; y así poder ganar en competitividad (los resultados mejoran y los beneficios se incrementan) acercándose a un *crecimiento inteligente, sostenible e integrador* (conforme a la Estrategia Europea propuesta para 2020). Y nos queda el *cuarto eje* centrado en las políticas de cooperación Nórdica (articuladas por el Consejo Nórdico), donde el crecimiento responsable, la capacidad de construir de forma sostenible, la responsabilidad compartida, la inversión socialmente responsable, y el crecimiento en la bioeconomía son propuestas de los Países

⁹² P.ej, *The Golden Book*, Celebrating CSR Partnerships Innovation for Social and Business Impact, European Commission, 2013, <http://www.europeancsrawards.eu>

Nórdicos y sus respectivos Planes de Acción Nacional sobre RSC que, en algunos casos (de existir, como existe en Dinamarca; en el caso de Finlandia y en el caso de Suecia), están o estarían vinculados a los Planes Nacionales sobre Empresa y Derechos Humanos, como ocurriría en el caso de España, de aprobarse su Borrador.

5. La información remitida por las cinco Embajadas (Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia) sobre sus Planes Nacionales de Empresa y Derechos Humanos y, en su defecto o de forma complementaria, las acciones y las políticas que los Gobierno están llevando a cabo o se proponen acometer en áreas específicas de la RSE, nos confirman lo siguiente:

6. Que la visión más conocida de los países Nórdicos es un modelo que suscita interés en otros países; pero que, a la vez, necesita considerar que estos Países también han atravesado difíciles coyunturas (estructurales, financieras, bancarias, económicas) hasta ser lo que son hoy. La cooperación entre sí y el objetivo común de instalarse como Estados de bienestar para sus ciudadanos han contribuido a su creciente economía.

7. Desde las propias políticas internas de cada país, desde el aprovechamiento de sus propios recursos y la apertura comercial, se produce la transformación y superación de estos pueblos, un difícil recorrido apoyado e impulsado, liderado por los Gobiernos que democráticamente eligen los ciudadanos desde una elección coherente con los programas y acertada con las expectativas de servicio público que se esperan ver cumplidas en los individuos; donde su contribución en forma de impuestos tiene como objetivo: el bien común de la sociedad, que contribuye a la construcción de este tipo de Estado, al que el tejido empresarial contribuye desde sus políticas de RS.

8. A partir del desarrollo de estos países y la internacionalización de su comercio y sus empresas, nos surgen dudas ante dos recientes Resoluciones en el marco de NU (de junio de 2014): una de ellas sobre la elaboración de un instrumento internacional jurídicamente vinculante sobre las empresas transnacionales y otras empresas con respecto a los derechos humanos⁹³; tras haberse solicitado en el propio Consejo de Derechos Humanos (al Grupo de Trabajo) poner en marcha en 2015 "un proceso inclusivo y transparente de consulta con los Estados, abierto a otros interesados, con el fin de explorar y facilitar el debate sobre medidas de carácter práctico y jurídico tendientes a mejorar el acceso de las víctimas de violaciones de los derechos humanos relacionadas con actividades empresariales a la reparación, por vía judicial y extrajudicial, incluidos los beneficios y limitaciones que tendría un

⁹³ Suscrito el 25 de junio de 2014 por Bolivia (Estado Plurinacional de)*, Cuba, Ecuador*, Sudáfrica, Venezuela (República Bolivariana de) (*Estado no miembro del Consejo de Derechos Humanos), vid. A/HRC/26/L.22/Rev.1.

instrumento jurídicamente vinculante”⁹⁴. En otras palabras, “lograr un *remedio efectivo* para los impactos adversos sobre los derechos humanos vinculados a las actividades empresariales”⁹⁵. “La segunda resolución, impulsada por Noruega, cuyo bloque tiene una postura moderada respecto a la posibilidad de contar con un Tratado, opta por el reforzamiento de los mecanismos existentes, en especial, de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos aprobados en junio de 2011”⁹⁶.

9. Teniendo en cuenta que países como Ecuador, promotor de una de las Resoluciones en el Consejo, que apuntaba a llegar a la creación de un Grupo de Trabajo intergubernamental diferente al existente para su desarrollo; suelen ser los países destinatarios de la RSC de un grupo de países centrales; entre los que se encuentra Noruega, que siguen una línea evolutiva distinta y responden a lógicas normativas diferentes en el marco de la ONU, porque “representan los intereses de las grandes multinacionales (frente a) la postura de países (emergentes como Ecuador), respaldados por las organizaciones de la sociedad civil, que buscan la creación de un instrumento jurídico vinculante”⁹⁷; nos preguntamos desde el principio⁹⁸:

10. *Por qué los Países Nórdicos optan por regulaciones voluntarias en materia de RSC y optan por el reforzamiento de los mecanismos ya existentes en la Comunidad Internacional.* Esta razón nos ha acercado a un estudio pormenorizado sobre el desarrollo de los Planes de Acción Nacional sobre Empresa y Derechos Humanos y el estado actual de los Planes de Acción sobre RSC en los países Nórdicos, Dinamarca, Finlandia, Suecia, Noruega e Islandia, que sus Gobierno están llevando a cabo o se proponen acometer en áreas específicas de RSE. Este análisis revela la obviedad de querer prescindir, por el momento, de un Instrumento jurídico vinculante o

⁹⁴ Suscrito el 23 de junio de 2014 por Andorra*, Argentina, Australia*, Austria, Bulgaria*, Colombia*, ex República Yugoslava de Macedonia, Federación de Rusia, Francia, Georgia*, Ghana*, Grecia*, Guatemala*, India, Islandia*, Líbano*, Liechtenstein*, México, Noruega*, Nueva Zelandia*, Serbia*,Turquía* (*Estado no miembro del Consejo de Derechos Humanos), vid. A/HRC/26/L.1.

⁹⁵ “Comentario de la Declaración de Su Excelencia el Nuncio Silvano M. Tomasi”, en “Apuntes sobre la Santa Sede y el Tratado de Empresas y Derechos Humanos”, op. cit., p. 13.

⁹⁶ Vid., “Entre la voluntariedad y la obligatoriedad de las normas: ...”. op.cit.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ Resulta de interés aquí, mencionar la trascendencia del alcance de la acción de las empresas y de su repercusión social, en contextos “especialmente sensibles” que; en el trabajo del profesor F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, viene justificada (hablemos de empresas españolas o no), porque: 1) se trata de ámbitos espacio-geográficamente ricos en recursos y cultura; 2) en ellos la población autóctona comparte una especial cosmovisión y vínculo con su entorno; 3) además, se percibe desigualdad socio-económica; 4) son cuna de un pensamiento crítico fuerte que impregna el resto de parcelas vitales (social, política, académica); 5) forman parte de los llamados países emergentes; y, 6) requieren, tras sus crisis políticas y económicas, de importantes reformas estructurales que tardan en llegar, para cimentar sus aún débiles democracias; vid., del autor citado, ‘La especificidad de las empresas españolas en América Latina: algunos datos iniciales’ en “Políticas Públicas”, op. cit., pp. 4 y 5.

nuevo Tratado sobre Empresa y Derechos Humanos y la necesidad de seguir trabajando con las herramientas Internacionales existentes y el desarrollo de los Planes de Acción de cada Estado, cumpliendo con lo enunciado por Europa (COM(2011) 681 final) con la aplicación de los Principios Rectores de NU sobre las Empresas y Derechos Humanos. Estos países se unen, además, a las propuestas globales de RSC, desarrollando "áreas fundamentales" (como la transparencia y el reporting; las compras públicas y la cadena de valor; la Inversión Socialmente Responsable; la educación y la formación; la promoción de la competitividad; el consumo responsable; la coordinación interna y la dimensión internacional de la RSE) de la Estrategia de la Comisión Europea. Además, de servirse de instrumentos como el Punto Nacional de contacto de la OCDE, para ayudar a difundir sus Directrices y contribuir a resolver su incumplimiento por las empresas; y, en concreto, de la Orientación ISO 26000, para incrementar esfuerzos en el Norte estableciendo colaboraciones o "una estrategia Nórdica común sobre RS"⁹⁹, y de alinearse con las propuestas globales de RSC, que engrosan su ventaja competitiva.

11. A la cuestión de "cómo podemos convencer a las empresas para que asuman voluntariamente su responsabilidad si no existe obligación nacional de carácter legal que las fuerce a ello", podríamos añadirle el siguiente planteamiento: *cómo podemos o debemos entonces convencer a los Estados para que asuman su responsabilidad de establecer Políticas de RSC y legislar primero sobre esta materia*. En los países emergentes, gran parte de las transgresiones de los derechos humanos se producen en connivencia con Gobiernos transigentes con estas vulneraciones, por la ausencia de una regulación adecuada y/u obligada¹⁰⁰. Quién dice los Estados, dice también Organizaciones de Estados como la UE.

12. A la primera cuestión formulada, en la Declaración de Su Excelencia el Nuncio Silvano M. Tomasi, representando a la Santa Sede, la respuesta la hallamos en un *instrumento normativo de carácter vinculante*, que "eleve los estándares morales y cambie el modo en el que las empresas multinacionales entienden su función y actividades"¹⁰¹. Sin embargo, respondiendo a la segunda, podemos pensar, además, que en este juego de actores dentro del marco proteger, respetar y reparar, no podemos obviar la obligación legal de los Estados; y, en este caso, hablamos de la asunción jurídica de las responsabilidades y la defensa de los derechos¹⁰², no sólo por la actuación de las empresas multinacionales bajo su jurisdicción o en

⁹⁹ Vid. Responsible growth–Action Plan..., op.cit., p. 7.

¹⁰⁰ "(...), es, la acción, o por lo general, la omisión, del Estado, no la conducta dañina del actor no estatal, la que genera la potencial responsabilidad del aquél", vid., en "La diligencia debida de las empresas en materia de derechos humanos...", op. cit., p. 9.

¹⁰¹ "Apuntes sobre la Santa Sede y el Tratado...", op. cit., p. 15.

¹⁰² "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley". Artículo 8, Declaración Universal de Derechos Humanos.

su territorio; sino, en ocasiones, por sus propias acciones u omisiones o las de sus Órganos, empresas públicas y organismos, contribuyentes a una escasa o nefasta gobernanza y, por lo tanto, a la vulneración de muchos derechos y libertades, sin restitución en sus titulares. Muchas veces por la falta de acceso a la justicia¹⁰³. Y quien dice Estados, dice Organizaciones supranacionales como la UE, "dado el protagonismo de las multinacionales radicadas en ella y el desarrollo de los correspondientes sistemas judiciales, sin olvidar el carácter central con el que se acogen los derechos humanos en los niveles nacionales y, por ejemplo, en el avanzado sistema de protección a partir del CEDH y el Tribunal de Estrasburgo"¹⁰⁴.

13. En lo que respecta a España, el nuevo Plan de Empresa y Derechos Humanos es un Borrador para el Consejo de Ministros, vinculado directamente a la Estrategia Española de Responsabilidad Social de las Empresas y a los trabajos realizados (y futuros) del Consejo Estatal de Responsabilidad Social de las Empresas (CERSE). La Estrategia de RSE va a contribuir con sus nuevas Medidas (M): a) al *buen gobierno y la transparencia* en aspectos financieros y no financieros, fomentando la elaboración de informes anuales de Organizaciones públicas y privadas (M.14-20) como ocurre por ejemplo en Dinamarca y Suecia; b) a *fomentar la RSE vinculada al crecimiento y la competitividad con ayuda del CERSE* (M. 1-11) a modo, por ejemplo, del Business-Driven Danés; c) a la *coordinación de las políticas y la participación* (M. 57-60) como ocurre con las regiones del Norte (por ejemplo, en Dinamarca, Finlandia, Islandia), y entre Países; d) a promover la reputación de la marca España, promoviendo por ejemplo la Estrategia de Emprendimiento y Empleo Joven, que lleva asociada la concesión de un sello para la dar visibilidad a la entidad que se adhiera o comprometa con esta estrategia (M. 21-28); y, e) al *consumo responsable* (M.39-42) con su propias medidas, tal y como hacen los Países Nórdicos con la suya (Ecolabelling)¹⁰⁵.

¹⁰³ Vid., sobre este tema, ZAMORA CABOT, F. J., "La responsabilidad de las empresas multinacionales por violaciones de los derechos humanos: práctica reciente", *Papeles el tiempo de los derechos* (Huri-Age. Consolider-Ingenio 2010), Núm. 1, Año: 2012, pp. 1-27; autor que describe algunos litigios, en busca de "cierto resarcimiento a las víctimas" (p. 25) y que, entre otros hitos actuales, propone la Ley Modelo Dahl, de soluciones técnicas que el autor considera "acertadas respecto de los litigios en la materia" (como competencia de los tribunales, aplicación a personas físicas y jurídicas e imprescriptibilidad de las acciones, admisibilidad de prueba obtenida en el extranjero, posibilidad de imposición de indemnizaciones conforme al derecho extranjero aplicable y, por último, el efecto sólo devolutivo respecto de las apelaciones a las decisiones de instancia y la posibilidad de notificaciones y emplazamientos por correo ordinario). Un Modelo pensado para que las víctimas de violaciones de derechos humanos en el extranjero, puedan acceder a los tribunales (pp. 4 y 5).

¹⁰⁴ Vid. "Apuntes sobre la Santa Sede y el Tratado...", op. cit., p. 4.

¹⁰⁵ Lejos queda la sugerencia realizada por Forética, que inquiría sobre la ausencia de un Plan de Acción.

14. Reflexión final. De la competitividad de los países Nórdicos a la desidia de otras políticas gubernamentales en materia de RSC. Un problema de DDHH:

Respondiendo, en síntesis a los cinco planteamientos iniciales de este estudio:

(1º) Los Países Nórdicos se unen a propuestas globales de RSC, desarrollando "áreas fundamentales" de la Estrategia Europea; y, regionales, adoptando su propia Estrategia o política común Nórdica, apostando por un "crecimiento responsable" y por políticas futuras de cooperación con la UE; que contribuyen a sus propias Acciones y Planes Nacionales sobre RSC, con voluntad de cumplir.

(2º) El 'Gobierno español' justifica así su negativa a un tratado internacional sobre Empresas y Derechos Humanos: i) no existe "consenso mínimo necesario" para iniciar una "compleja negociación internacional"; ii) en la demora de "los posibles efectos positivos" de aportar "soluciones en tiempo presente" a través de Planes de Acción Nacional. España, si los tiempos no dicen otra cosa, parece pretender seguir trabajando en el Plan Nacional de Empresas vinculado a la Estrategia Española de RSE (Planes en los que se ha invertido tiempo y trabajo, y que además están en la línea avanzada por otros Países Europeos).

(3º) En países emergentes, parte de las transgresiones a los derechos humanos por las 'Empresas' se producen en connivencia con Gobiernos transigentes con estas vulneraciones, por ausencia de una regulación adecuada y/u obligada. (Estados y también Organizaciones de Estados como la UE, donde radican las Multinacionales, tal y como recuerda Su Excelencia el Nuncio de la Sta. Sede en NU). Mas, podría decirse a raíz de este estudio que no cabe apelar a la "moralidad" de las Empresas, movidas sólo por "resultados", y sí a la falta de "regulaciones efectivas de RSE" en cada Estado y, a la falta de creación de un valor añadido (innovación social y capital humano) por las propias empresas, que pueda satisfacer suficientemente al accionariado e inversores, como para poder contribuir a valorar un beneficio socio-económico.

(4º) Además, la 'obligación del Estado' es asumir jurídicamente la responsabilidad y la defensa de los derechos humanos por la actuación de Multinacionales bajo su jurisdicción; y, asumir legalmente, sus propias acciones y omisiones o la de sus Órganos, Empresas públicas, contribuyentes en ocasiones a una escasa o mala gobernanza y, vulneración de los derechos y libertades, sin restitución en sus titulares, muchas veces por falta de acceso a la justicia y/o falta de garantías en este acceso.

(5º) Y, por último, las anteriores afirmaciones no son constitutivas de realidades inmutables. No debemos dejar de lado la visión, de que una ética pública arrojaría luz sobre estos planteamientos; quizás la única perceptiblemente compatible desde el ámbito compartido por los DDHH y por la Empresa. El gran reto, tal y

como defiende el profesor Ansuátegui, consiste en trazar rutas relacionadas con tres fórmulas que, a tenor de este estudio, parecen razonablemente claves: 1) la calidad de las políticas públicas; 2) la ampliación del compromiso ético de las empresas asumiendo las consecuencias de la RSC; y, por último, 3) el desarrollo de una cultura de los derechos¹⁰⁶. Mas, al designarlas de este modo, estaríamos entrando dentro de otro discurso, que merece la pena retomar con más calma.

Y para comenzar esta angosta andadura (la de las posibles rutas y fórmulas), quiero concluir con la amplitud de miras que exige centrarse en la relación ineludible entre DDHH y Empresa, cuando hablamos de RSC, con una reflexión que hace este último profesor citado, a la cual me adhiero estrechamente: "El reconocimiento y respeto de los derechos y las libertades hoy son el elemento básico del discurso sobre la responsabilidad social (de los individuos, de las empresas, de las instituciones), son un criterio básico a la hora de poner en marcha mecanismos de rendición de cuentas y evaluar políticas públicas. En definitiva constituyen la referencia del "discurso moral de la modernidad"¹⁰⁷. Y parece complicado encontrar argumentos que puedan justificar la exclusión del ámbito económico y empresarial de las exigencias morales de los derechos"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Políticas Públicas", op. cit., p. 21.

¹⁰⁷ Vid. PECES-BARBA, G., *Tránsito a la modernidad y derechos fundamentales*, Edit. Mezquita, Madrid, 1982; para profundizar sobre la 'ética pública de la modernidad', expresión acuñada por el mismo autor, vid. "Sobre el puesto de la historia en el concepto de derechos fundamentales", en *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988.

¹⁰⁸ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Políticas Públicas", op. cit., p. 10.

EL SUJETO LIBERAL ABSTRACTO COMO TITULAR DE DERECHOS EN LA CONSTRUCCIÓN DE UN MODELO HOMOGÉNEO Y EXCLUYENTE

THE ABSTRACT LIBERAL SUBJECT, THE RIGHTS HOLDER IN AN EXCLUSIONARY AND HOMOGENEOUS MODEL

Carlos Mario López Rojas*

RESUMEN: En este trabajo intentaré demostrar cómo la titularidad del sujeto de derechos, históricamente anclada a un paradigma liberal, favoreció la construcción de un modelo homogeneizador y excluyente que pone en cuestión la igual dignidad de los agentes morales. Para ello, el punto de partida se enfocará en el análisis del sujeto rawlsiano como prototipo del ciudadano de las sociedades democrático-liberales, análisis que en sintonía con las críticas a la visión de Rawls y unido al estudio de los elementos de las teorías de la justicia basadas en derechos, permitirán descifrar que el titular de derechos desde la modernidad se proclama como universal y abstracto; sin embargo, cuando toma cuerpo en la vida jurídica y política se convierte en un actor social particular

ABSTRACT: *In this article I will try to demonstrate how the rights holder is historically linked to a liberal paradigm that favored the construction of a homogenous and excluding model that challenges the equal human dignity of moral agents. To the effect, the starting point is focused on the analysis of the Rawlsian subject as prototype of the citizen of the democratic-liberal societies. Such analysis, aligned with critiques of Rawls' perspective and jointly with the study of elements of rights-based justice theories, will allow us to elucidate that the rights-holder of modernity is proclaimed as universal and abstract, however, when it is embodied in juridical and political life, it becomes a particular social actor.*

PALABRAS CLAVES: ideal democrático, sujeto de derechos, modernidad, liberalismo, teorías de la justicia.

KEYWORDS: *democratic ideal, rights holder, modernity, liberalism, theories of justice.*

Fecha de recepción: 30/11/2015

Fecha de aceptación: 14/12/2015

* Abogado y candidato a Magister en Derecho de la Universidad de Medellín, Colombia. Máster en Estudios Avanzados en Derechos humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: lopezrojasmario@yahoo.com

1.- CUESTIÓN PREVIA: ¿UN DEMOS CONFORMADO PARCIALMENTE?

Como es sabido, el ideario del constitucionalismo se centra en el contenido de las decisiones (*qué* es legítimo o no decidir), mientras que a la democracia le importa la forma en la que éstas son adoptadas (*quién* y *cómo* está autorizado para adoptar decisiones). Pues bien, en esta ocasión, el análisis que me propongo construir tiene un vínculo estrecho con la pregunta ¿quién participa en los procesos de toma de decisiones? Lo que es equivalente a preguntarse quiénes son los sujetos que legítimamente intervienen en la tarea de determinación de los derechos y sus contenidos¹, es decir, que en la estela de este discurso que se pretende elaborar el marco de referencia está dado por la identificación del *demos*.

Qué duda cabe de que el ideal democrático presupone la igual dignidad de los agentes morales que integran la sociedad y el proceso público de toma de decisiones responda al principio de igual capacidad de autogobierno de las personas, al derecho a que la voz de todos sea escuchada². En efecto, el relato moderno parece sugerir la tesis de que *todas* las personas (la ciudadanía) tienen reconocido el acceso al espacio público del que forman parte con el objetivo de participar en el proceso que conduce a la concreción jurídica de sus derechos.

Ese ideal intrínseco a la democracia alude entonces a que los sujetos no sólo se consideren plenamente iguales sino que, además, sean tenidos en cuenta como participantes plenos en el pacto político. Pero, para justificar de manera apropiada esta premisa, teniendo en cuenta que la esencia que subyace a la misma es sobre la cual girará la presente reflexión, es útil recordar que el hecho de considerar a todos los miembros de la comunidad política como interlocutores legítimos del consenso social es corolario del proyecto de la modernidad.

En esa línea, el pensamiento moderno optó por presentar la asociación política como el resultado de un contrato voluntario entre individuos, necesario para poner fin a un estado de conflicto permanente, ausente de todo poder político, conocido como el "estado de naturaleza", de ahí que se diga que "el contractualismo responde a un rasgo de la modernidad: la racionalización de la sociedad, su

¹ DE ASIS ROIG, R., "La participación política de los inmigrantes. Hacia una nueva generalización de los derechos", en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; LÓPEZ GARCÍA, J.A.; DEL REAL ALCALÁ, A; y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 199-217, p. 210 y 211.

² AÑON ROIG, M. J., "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio", en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.; FERNÁNDEZ GARCÍA, E.; DE ASIS ROIG, R.; ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; y FERNÁNDEZ LIESA, C.R., (Dirs.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo IV: Siglo XX, Volumen V, Libro II: "Grupos vulnerables", Dykinson, Madrid, 2013, pp. 611- 671, p. 631.

concepción como una entidad colectiva homogénea, reducible a un conjunto de relaciones entre individuos iguales³. Fíjese bien que el contractualismo político de la modernidad hinca sus raíces en un contrato fundacional que dotará de contenido la realidad humana y, que a su turno, presupone la existencia de un individuo libre moralmente⁴. De ello se sigue que a la construcción de ese consenso concurre una generalización de sujetos a quienes se les atribuyen unas propiedades específicas: son sujetos racionales, libres e iguales. Y todo ello se funde con la promesa ilustrada de la universalidad de los derechos. Con esos datos anotados –propiedades de los sujetos y pretensión de universalidad- se tiene que en el centro del universo se posicionan el ser humano y su razón, derivando esto en una racionalidad abstracta y universal que supondría la conquista del hombre universal, titular de unos derechos innatos de carácter imprescriptible, inalienable y con validez universal⁵.

De la figura de este hombre universal y su ingreso en el ámbito público nos ocuparemos con detenimiento. Por ahora, interesa señalar que, a partir de las anotaciones precedentes, quizás empezaría a dibujarse una posible respuesta frente a ese universo de participantes en las decisiones democráticas. Dicho sumariamente: tras la edificación del programa moderno, la sociedad política está conformada por sujetos libres y formalmente iguales ante la ley que intervienen en la composición del sistema jurídico-político. Esta propuesta hace posible una robusta participación de los individuos en tanto en cuanto todos cuentan con la posibilidad de su incorporación a la esfera pública, espacio que conduce al reconocimiento jurídico de sus derechos. Sin embargo, ese andamiaje sobre el que se sustenta el discurso ilustrado, comienza a presentar fisuras desde el momento en que la pretensión de alcance universal esconde algunas reducciones que la contradicen. Esto tiene que ver con la idea de que “los titulares pretendidamente universales, todos los hombres, en realidad no lo son”⁶.

Precisamente esa puesta en entredicho de la universalidad de los titulares, revela la insuficiencia del proyecto de la modernidad. Desde esa idea preliminar, el propósito último de una reflexión como la que propongo sería cuando menos enfrentarse a una visión estándar, de herencia moderna e ilustrada, enmascarada en un planteamiento que desde el discurso de la democracia y los derechos se formula como

³ VILLORO, L., *El poder y el valor. Fundamentos de una ética política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1997, p. 251.

⁴ Vid. FARIÑAS DULCE, M. J., *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 19-20.

⁵ Idem, pp. 19-20.

⁶ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, Temas de Hoy, S.A., Madrid, 1994, pp. 40 y 41.

obvio y natural⁷. Se trata, en particular, de desmitificar esa concepción monolítica y totalizadora del sujeto unitario de las versiones liberales⁸, un sujeto de pleno derecho e interlocutor activo en la esfera pública.

A diferencia de ese ideario hegemónico, la narrativa que se quiere poner de relieve da cuenta de una serie de identidades subjetivas silenciadas a lo largo de la historia por sus claras distancias con el "sujeto universal", realidad que trasladada al ámbito jurídico-político supone la exclusión de sectores de la población de ese diálogo público para la confección de las leyes; en fin, puede pensarse que la admisión al ámbito público se condiciona a una serie de requisitos o rasgos que el marco cultural dominante impone, en ausencia de los cuales la membresía política se rechaza. Ello, pese al avance paulatino en la quiebra de esos rasgos que ha permitido el ingreso de los que otrora estaban excluidos; eso sí, algunos se conservan intactos y, por ende, potencialmente excluyentes.

Con ese panorama general, en las líneas que siguen, intentaré abordar las deficiencias emanadas del discurso ilustrado en la concepción del sujeto de derecho, pues detrás de ese fundamento absoluto y universal, confluye una visión homogeneizadora y excluyente; sacar a la luz estas falencias permitirán, a su turno, advertir en la historia quién ha contado -y cuenta- como agente político para la elaboración de las decisiones democráticas. Para rebatir esos argumentos anclados en el modelo liberal, me detendré en la "revisión de la imagen del titular de derechos"⁹ e indefectiblemente en la teoría de la justicia basada en derechos. Esto, por cuanto "las teorías más en boga para fundamentar la justicia suelen partir de un consenso racional entre sujetos iguales, que se relacionan entre sí, en términos que reproducen los rasgos que tendría una democracia bien ordenada"¹⁰.

Para ordenar estas ideas, tomaré como punto de partida la reflexión rawlsiana, no sólo porque no pocas de las discusiones actuales de la filosofía política contemporánea giran en torno a *Teoría de la justicia*, sino porque en dicha obra emergen unos ingredientes básicos firmemente arraigados en la cultura política y jurídica de las sociedades modernas. Para ilustrar esto, resultará útil resaltar la tradición

⁷ Vid. DE LUCAS, J., "Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos", en CAMPOY CERVERA, I. (Dir.), *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 59-128, p. 99.

⁸ Vid. MCCLURE, K., "Sobre el sujeto de derecho: pluralismo, pluralidad e identidad política" en MOUFFE, C. (ed.), trad. de G. Merlino, *Dimensiones de la democracia radical: pluralismo, ciudadanía, comunidad*, Prometeo Libros, Buenos Aires, 2012, pp. 141-164, p. 158.

⁹ BARRANCO AVILÉS, M. C., "Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo", en BARRANCO AVILÉS, M. C., y CHURRUCÁ MURGUEZA, C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, p. 17-44, p. 22.

¹⁰ VILLORO, L., *Los retos de la sociedad por venir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 2007, p. 15.

contractualista del autor que, para ser más precisos, plantea un "cierto renacimiento del contrato social"¹¹, pero el foco de atención lo ocupará el perfil del *sujeto rawlsiano*. Posteriormente, el análisis se complementará con las reflexiones consignadas en *El liberalismo político* que, podríamos decir, es el lugar donde se compila las respuestas de Rawls al variopinto grupo de críticas que le fueron formuladas luego de las discusiones generadas con motivo de su teoría. Queda por aclarar que el pensamiento del jurista norteamericano únicamente será nuestro punto de arranque por lo que no se pretende mostrar la estructura completa y compleja de su propuesta. Una breve mirada a algunos aspectos ayudará a establecer las coordenadas que permitan esbozar la crítica al ideal democrático.

2.- PUNTO DE PARTIDA: EL SUJETO RAWLSIANO COMO MODELO DE CIUDADANO LIBERAL

Como veremos en esta apretada síntesis, para Rawls el objetivo primario de la justicia "es la estructura básica de la sociedad o, más exactamente, el modo en que las grandes instituciones sociales distribuyen los derechos y deberes fundamentales y determinan la división de las ventajas provenientes de la cooperación social."¹² Esas grandes instituciones (esto es, la constitución política y las principales disposiciones económicas y sociales), definen derechos y deberes e influyen sobre las perspectivas de vida de los hombres. Sin embargo, el autor plantea una preocupación que hila intuitivamente: la estructura contiene varias posiciones sociales y los hombres nacidos en diferentes posiciones responden a expectativas divergentes, influenciadas tanto por el sistema económico como por las circunstancias económicas y sociales. A raíz de ello, las instituciones favorecen unas posiciones iniciales respecto de otras, empujando esa situación a desigualdades profundas. Estas condiciones de desigualdad, son las que hacen necesarias la aplicación de los principios de la justicia social.¹³

No debe perderse de vista que Rawls limita su estudio a examinar únicamente "los principios de la justicia que regularían una sociedad bien ordenada."¹⁴ Es decir, aquella sociedad que fue organizada para promover el bien de sus miembros y, a la par, está regulada por una

¹¹ KAUFMANN, A., *La filosofía del derecho en la posmodernidad*, 3ª edición, trad. de L. Villar Borda, Temis, Bogotá, 2007, p. 47.

¹² RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, 2ª edición, trad. de M. D. González, Fondo de Cultura Económica, México, 1995, p. 20.

¹³ Idem, pp. 20 y 21.

¹⁴ Idem, p. 21.

concepción pública de la justicia, entendiendo por ésta una concepción en la que todos aceptan los mismos principios de justicia al margen de sus intereses particulares y las instituciones básicas generalmente satisfacen estos principios¹⁵.

Con esa somera presentación efectuada, surgen dos interrogantes que merecen un cierto detenimiento: ¿cuáles son esos principios de justicia qué regularían una sociedad bien ordenada?, y ¿cómo se obtienen esos principios de justicia? Por el momento señalemos que la idea estriba en considerar los principios de justicia como el objeto de un acuerdo original en una situación inicial definida, los cuales serían aceptados por personas racionales para establecer los términos básicos de su asociación¹⁶.

En este marco, debe decirse que para construir su teoría, Rawls hace un intento por recuperar la tradición contractualista. El recurso a la idea de contrato social se evidencia cuando indica que su objetivo es una concepción de la justicia que lleva a un nivel más elevado de abstracción la teoría del contrato social de Locke, Rousseau o Kant. Pero la novedad presentada en *Teoría de la justicia* se encuentra en la forma especial en que se concibe el contrato social pues éste tiene un carácter hipotético, un "acuerdo que firmaríamos bajo ciertas condiciones ideales, y en el cual se respeta nuestro carácter de seres libres e iguales"¹⁷. Su justificación por pensar ese acuerdo como un "acuerdo hipotético y no histórico" se debe a las contingencias sociales y naturales dispares que influenciarían a las personas con pleno conocimiento de su posición en una sociedad dada que es lo que ocurre con los acuerdos reales. Por eso, afrontar el acuerdo inicial (hipotético) conducirá a un "proceso racional de deliberación bajo condiciones ideales y no históricas, condiciones que representan determinadas restricciones razonables"¹⁸.

Para comprender bien lo que sigue, recordemos dos cuestiones puntuales: (i) el objetivo del contrato en el que está pensando Rawls es el establecimiento de unos ciertos principios de justicia; y (ii) esos principios deberán regir la estructura básica de una sociedad bien ordenada, de modo tal que una sociedad es justa, según Rawls, cuando sus instituciones básicas están reguladas por esos principios¹⁹. Dicha reiteración se hace importante por cuanto Rawls no se ocupa de la justicia como virtud de acciones particulares o personas sino como una

¹⁵ Idem, p. 18.

¹⁶ Idem, p. 21.

¹⁷ GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 31.

¹⁸ RAWLS, J., *El liberalismo político*, trad. de A. Domènech, Crítica, Barcelona, 2004, p. 309.

¹⁹ Vid. RODILLA, M.A., "Presentación", en RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una Teoría de la justicia*, 3ª edición selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 2012, p. 33.

virtud de instituciones sociales (prácticas), por lo cual los principios de justicia se conciben como “restricciones en cuanto a la forma como las prácticas pueden definir posiciones y cargos, asignando con ello poderes y responsabilidades, derechos y deberes”²⁰. Luego de tener claro cuál será el objeto del contrato social, detengámonos en el segundo de los interrogantes planteado más arriba: ¿cómo se obtienen los principios de justicia?, cuestión que pondrá sobre la mesa el armazón sobre el que se cimenta la *Teoría de la justicia*, y, simultáneamente, nos permitirá tener una visión cercana de la concepción del sujeto rawlsiano. De modo que me contentaré con delimitar, en cuanto aquí interesa, el núcleo básico de la propuesta. Procederé a adentrarme en el tema.

Siguiendo ese itinerario, con la finalidad de determinar los principios de justicia Rawls introduce el principio heurístico de la *posición original*. Se trata de una situación inicial de negociación puramente hipotética que se corresponde con la noción del estado de naturaleza del contractualismo clásico, caracterizada de tal modo que conduce a cierta concepción de la justicia (justicia como equidad)²¹. La posición original es definida por Rawls como “el *statu quo* inicial apropiado y que, en consecuencia, los acuerdos fundamentales logrados en ella son justos”²². Es pues, insisto, una condición hipotética, “en la que se imagina que los sujetos racionales están llamados a acordar sobre principios de justicia que regularán la sociedad”.²³

Ahora bien, si tenemos presente que la intención con la que se recurre a la posición original radica en establecer un procedimiento equitativo a fin de que los principios convenidos en ella sean justos, de alguna manera se debe garantizar que los mismos no se vean distorsionados por los efectos de las contingencias específicas causantes de situaciones de desigualdad²⁴. Dicho en otras palabras: para asegurar que los sujetos que negocian el pacto en la posición original establezcan los principios de justicia sin el influjo de sus situaciones personales, esto es, para evitar cualquier sesgo particular en la deliberación, Rawls utiliza como recurso teórico lo que denomina el *velo de la ignorancia*. Utilizando esa estrategia argumentativa, las personas se sitúan detrás del velo de la ignorancia, o mejor aún, el velo les oculta una serie de datos, cuyo conocimiento pondría en peligro la imparcialidad de la elección. La ignorancia de ciertos hechos determinados equivale a que “nadie conoce su lugar en la sociedad, su posición o clase social; tampoco sabe cuál será su suerte en la distribución de talentos y

²⁰ RAWLS, J., *Justicia como equidad. Materiales para una Teoría de la justicia*, 3ª edición, selección, traducción y presentación a cargo de M. A. Rodilla, Tecnos, Madrid, 2012, p.33.

²¹ Vid. RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., p. 25.

²² Ibidem.

²³ HERRERA GÓMEZ, M., *Liberalismo versus Comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 25.

²⁴ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 135.

capacidades naturales, su inteligencia y su fuerza, etc. Igualmente nadie conoce su propia concepción del bien, ni los detalles de su plan racional de vida, ni siquiera los rasgos particulares de su propia psicología, tales como su aversión al riesgo, o su tendencia al pesimismo o al optimismo. Más todavía, supongo que las partes no conocen su situación política o económica, ni el nivel de cultura y civilización que han sido capaces de alcanzar. Las personas en la posición original no tienen ninguna información respecto a qué generación pertenecen”²⁵.

Entonces, al ser las partes contratantes sustraídas enteramente de todo tipo de información particular, nadie estará en posición de diseñar principios que le sean más provechosos a sus intereses²⁶. Eso sí, se da por sentado que poseen toda la información general acerca de la sociedad humana que afectarán la elección de los principios de justicia (cuestiones políticas, principios de teoría económica, bases de la organización social y las leyes de la psicología humana)²⁷. Sobre la condición del velo de la ignorancia, Rawls dice que podría objetarse por ser irracional, dado que, alguien podría argumentar que los principios deberían elegirse con todo el conocimiento disponible; no obstante, afirma que “las restricciones a la información particular en la posición original son, pues, de importancia fundamental. Sin ellas no tendríamos la posibilidad de elaborar ninguna teoría definida de la justicia”²⁸. Sumado a eso, justifica que debido a la ignorancia de las diferencias y la particular situación de igualdad y racionalidad que caracteriza a las partes, todas serán susceptibles de ser convencidas por los mismos argumentos. Y esto será así habida cuenta que la posición original hace posible la unanimidad en tanto que “las deliberaciones de cualquier persona son típicas de todos (...) Todos tienen un sentido similar de la justicia y en esto es homogénea una sociedad bien ordenada”²⁹.

Entendido esto, concretemos los principios rawlsianos que integran su concepción de la justicia³⁰. Esos principios, en su versión primigenia,

²⁵ Ibidem, pp. 135 y 136.

²⁶ Al respecto: “Una forma de concebir lo que sucede en la posición original es entenderlo como una especie de proceso de negociación donde cada persona que obre de forma racional, en función de su propio interés, tratará de obtener para sí la mayor cantidad de bien que pueda. Si en esta posición se permitiera que las personas conociesen su situación en la distribución de tales atributos casuales y fortuitos, el acuerdo alcanzado reflejaría la desigual capacidad negociadora de las personas implicadas y no la justicia como equidad”, MULHALL, S., y SWIFT, A., *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, trad. de E. López Castellón, Temas de hoy, Madrid, 1996, p. 33.

²⁷ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, cit., p. 136.

²⁸ Idem, p. 138.

²⁹ Idem, p. 247.

³⁰ Rawls impone ciertas condiciones formales a la elección de los principios de justicia, a estas condiciones las denomina las *restricciones formales del concepto de lo justo*; por lo tanto, deben cumplir los siguientes requisitos que se sintetizan así: “1. Deben ser generales, esto es, debe ser posible formularlos sin recurrir al uso de las palabras que intuitivamente podrán ser reconocidas como nombres propios o descripciones definidas. Así los predicados utilizados en su formulación

los presenta así: "Primero: Cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de las libertades que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás. Segundo: Las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que a la vez que: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos, b) se vinculen a empleos y cargos asequibles para todos."³¹

Llegados a este punto, me propongo pasar revista al diseño que hace Rawls sobre la noción de sujeto, cuyas características han aflorado a medida que se ha avanzado, pero es necesario puntualizar. Aquí vale la pena destacar que si bien es cierto en *Teoría de la justicia* Rawls no elabora explícitamente una teoría de la persona, también lo es que de la posición original se derivan algunos aspectos relevantes que, en definitiva, suponen una determinada concepción de la persona para la elección de los principios.³² De ese modo, de los siguientes pasajes que a continuación transcribiré podemos extraer ese perfil antropológico. Así, señala que: "son principios que las personas libres y racionales interesadas en promover sus propios intereses aceptarían en una posición inicial de igualdad como definitorios de los términos fundamentales de su asociación."³³ Más adelante añade: "Dado que todos están situados de manera semejante y que ninguno es capaz de delinear principios que favorezcan su condición particular, los principios de justicia serán el resultado de un acuerdo o un convenio justo, pues dadas las circunstancias de la posición original y la simetría de las relaciones entre las partes, esta situación es equitativa entre las personas en tanto que seres morales, esto es, en tanto que seres racionales con sus propios fines, a quienes supondré capaces de un sentido de la justicia."³⁴

Como vemos, las partes de ese acuerdo ficticio se caracterizan por ser libres, racionales e iguales.³⁵ En lo que atañe al concepto de

deberán expresar propiedades y relaciones generales. 2. Deben ser universales en su aplicación, valiendo para todos por ser morales. 3. Han de tener un carácter público, cuyo objeto es que las partes valoren las concepciones de la justicia como constituciones de la vida social públicamente reconocidas y totalmente efectivas. 4. Deben ser capaces de regular pretensiones antagónicas o demandas conflictivas. 5. Tendrán un carácter definitivo e irrevocable, es decir, deberán ser considerados como un tribunal supremo de apelación en materia de razonamiento práctico." Vid, REQUEJO, F., "John Rawls: Logros y límites del último liberalismo político tradicional", MÁIZ, R., (Comp.), *Teorías políticas contemporáneas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 91-137, p. 97.

³¹ RAWLS, J., *Teoría de la justicia*, cit., pp. 67-68.

³² HERRERA GÓMEZ, M., *Liberalismo versus Comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, cit., p. 32.

³³ RAWLS, J., *Teoría de la Justicia*, cit., p. 24.

³⁴ Idem, p. 25.

³⁵ Sobre esas características del sujeto, "en el modelo de justicia de Rawls, los hombres son considerados racionales y por ende capaces de ajustar sus planes de vida y sus concepciones del bien a sus situaciones, con lo que no hay necesidad de comparar el valor de las concepciones de las diferentes personas si se supone que son compatibles con los principios de justicia. Todos

racionalidad, en la posición original, debe entenderse en el sentido usual de teoría económica, de adoptar los medios más efectivos para obtener los fines dados; adicionalmente, se representan como mutuamente desinteresadas, "esto no quiere decir que sean egoístas, es decir, que sean individuos que sólo tengan ciertos tipos de intereses, tales como la riqueza, prestigio y poder. Sin embargo se les concibe como seres que no están interesados en los intereses ajenos"³⁶; en suma, están motivadas por la maximización de sus ventajas, de manera que cuando tratan de alcanzar sus fines atienden a sus intereses para promover su concepción del bien pero sin beneficiarse de los demás. Por último, dada su condición de personas morales, se caracterizan por poseer dos facultades: la capacidad para una concepción del bien y la capacidad para un sentido de la justicia. La primera se expresa a través de un proyecto racional de vida; la segunda, el deseo de actuar según ciertos principios de justicia. En definitiva: "sujetos que poseen mínimamente estas dos capacidades son personas morales que tienen derecho a un igual respeto de las exigencias planteadas por ellos."³⁷

Hecha esta presentación, a continuación, de manera breve, se expondrán algunas ideas retomadas y revisadas por Rawls en el *Liberalismo político* en cuanto se consideran útiles para nuestro objeto de estudio. Lo que sí conviene decir es que el autor, en esta obra, recorta las pretensiones universalistas y los rasgos metafísicos de la *Teoría de la justicia* hasta convertirla en una doctrina política³⁸. De ese modo, su punto de partida es una sociedad democrática moderna en cuya cultura pública converge una pluralidad de doctrinas comprensivas religiosas, filosóficas y morales; de ahí que en su planteamiento inicial se pregunte: ¿cómo es posible que pueda persistir en el tiempo una sociedad estable y justa de ciudadanos libres e iguales que andan divididos por doctrinas religiosas, filosóficas y morales razonables pero incompatibles?³⁹ Con mente en este interrogante, advierte Rawls, que el problema se encaminará a elaborar una concepción de la justicia política relativa a una democracia constitucional que pueda ser abrazada por la pluralidad de doctrinas razonables. Una cuestión no menor se desprende de otra de sus inquietudes esbozada al inicio del texto: "¿cuál es la concepción más adecuada de la justicia para establecer los términos equitativos de la cooperación social entre

están asegurados en igual libertad para perseguir cualquier plan de vida que les guste y tanto como deseen, mientras que no violen las exigencias de la justicia", RIBOTTA, S., *John Rawls. Sobre desigualdad y Justicia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 83.

³⁶ Idem, p. 26.

³⁷ HERRERA GÓMEZ, M., *Liberalismo versus Comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, cit., p. 34.

³⁸ GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, cit., p. 191.

³⁹ RAWLS, J., *El liberalismo político*, cit., p. 13.

ciudadanos considerados libres e iguales, y considerados como miembros plenamente cooperativos de la sociedad durante toda su vida, desde una generación hasta la siguiente?"⁴⁰ Creo, en buena medida, a luz de esas discusiones podemos introducir al discurso los conceptos claves del *Liberalismo político* afines con el interés que aquí nos concita. Estamos haciendo referencia a la concepción política de la justicia, y una determinada concepción de la persona y de la sociedad. Procederé a desarrollar cada una de ellas.

Empecemos por la idea de una concepción política de la justicia. En resumen, las tres características que distinguen esta concepción son: (i) es una concepción moral elaborada para aplicarse a la estructura básica de la sociedad -instituciones políticas, sociales y económicas como un sistema unificado de cooperación social- de un régimen constitucional; ii) es presentada al margen de toda doctrina religiosa, filosófica o moral; y, (iii) su contenido está explicado en términos de ideas fundamentales consideradas implícitas en la cultura política pública (instituciones políticas de un régimen constitucional de una sociedad y las tradiciones públicas de su interpretación, incluidas las del poder judicial) de una sociedad democrática. Sobre esta base, los principios de justicia defendidos por Rawls no serían independientes de todo contexto, sino que parten de las concepciones de persona y sociedad propias de la cultura democrática de nuestro tiempo.

Por lo que respecta a la concepción de sociedad, ésta "constituye un sistema equitativo de cooperación a lo largo del tiempo, desde una generación hasta la siguiente"⁴¹. Se reconoce la anterior, como la idea organizadora fundamental de la justicia como equidad. Junto a ella, surgen dos ideas básicas: de un lado, la idea de la sociedad bien ordenada, como aquella que está regulada por una concepción de la justicia; y de otro, la de los ciudadanos como miembros comprometidos con la cooperación concebidos como personas libre e iguales⁴². Precisamente, es sobre esta última noción que se profundizará dada su conexión con el planteo propuesto.

Puesto que Rawls parte de la tradición del pensamiento democrático, se trata de una concepción que se enlaza con la de ciudadano democrático. Como dato a destacar, el filósofo articula la noción de persona a la idea de sociedad como sistema equitativo de cooperación, con lo cual una persona es aquel que puede ser un ciudadano, esto es, un miembro normal y plenamente cooperante de la sociedad por el tiempo de su vida. A su vez, un ciudadano, con fundamento en la tradición democrática, es una persona libre e igual. La libertad está representada en que las personas tienen dos facultades

⁴⁰ Ibidem, p. 33.

⁴¹ Ibidem, p. 45.

⁴² Ibidem, pp. 44 y 45.

morales (capacidad para un sentido de la justicia y para una concepción del bien), anexadas a las facultades de la razón (de juicio, de pensamiento). Pero las personas son iguales cuando poseen esas facultades en el nivel mínimo requerido para ser miembros plenamente cooperantes. Dicho de otra manera: "quienes satisfagan esa condición tienen los mismos derechos, libertades y oportunidades, y disfrutan de las mismas protecciones garantizadas por los principios de justicia"⁴³.

En lo que concierne a la libertad, los ciudadanos son libres en tres sentidos: (i) en cuanto se conciben recíprocamente con facultad moral para suscribir una noción del bien y para revisarla o alterarla sin que su identidad pública o institucional se vea afectada por esos cambios (conservan los mismos derechos y obligaciones básicas); (ii) en cuanto puedan generar reclamos ante las instituciones políticas para promover sus concepciones del bien; y (iii) en la medida en que se responsabilicen de los fines perseguidos, lo que implica ajustar sus pretensiones de acuerdo a lo que razonablemente puede esperar en la sociedad en que vive.

Como puede apreciarse, la concepción de persona confeccionada por Rawls en *El liberalismo político*, es una noción política. Y para comprender esa noción se debe considerar cómo los ciudadanos están representados en la posición original. En ese sentido, la posición original funciona como un mecanismo de representación en tanto las partes se hacen responsables de los intereses esenciales de un ciudadano libre e igual y cuya labor es acordar unos principios reguladores de la estructura básica de la sociedad. Así, estar las partes ubicadas simétricamente es requisito necesario si lo que se quiere es representar a ciudadanos libres e iguales que han de ponerse de acuerdo en términos equitativos. En resumidas cuentas, la posición original modela o conceptualiza la idea de persona libre e igual.

Una observación más sobre las facultades de los ciudadanos. Rawls distingue entre lo razonable y lo racional. Para él, una persona es razonable cuando es capaz de proponer los principios en términos equitativos de cooperación; por el contrario, es racional, porque persigue los objetivos e intereses para alcanzar su propio bien. Además de ser razonables y racionales, los ciudadanos son plenamente autónomos, es decir, se realizan en la vía pública mediante la afirmación de los principios de justicia, el disfrute de derechos y libertades básicas y participación en los asuntos públicos de la sociedad. Queda por decir que Rawls está hablando de la plena autonomía como un valor político y no ético, de modo que "la justicia como equidad hace pie en este contraste: afirma la autonomía política para todos, pero deja

⁴³ Ibidem, p. 110.

a los ciudadanos por separado la decisión de ponderar la autonomía ética a la luz de sus respectivas doctrinas comprensivas”⁴⁴.

Visto así, concluye la presentación de la propuesta rawlsiana en los aspectos relevantes como cimiento de la construcción crítica que se efectuará. Pero antes de avanzar, haré una rápida reflexión. Rawls en *El liberalismo político* no proyecta sus argumentos sobre un sujeto racional, no ubicado temporal e históricamente (o socialmente); por el contrario, su análisis está enfocado en los ciudadanos de una sociedad democrática occidental, derivando esto en la incorporación o aceptación de los principios liberales democráticos al estar asentados en nuestra tradición cultural. De ese comentario se sigue que la clave está en la idea liberal del ciudadano entendido como persona libre e igual⁴⁵. Y éste es, precisamente, el punto nodal al que queríamos arribar. De lo que se trata es de concretar el sujeto rawlsiano: un ciudadano que es considerado, desde la inspiración kantiana, como libre e igual, que posee una serie de facultades que desarrollan su personalidad moral; un agente racional y razonable que, además, es plenamente cooperante en la sociedad en la que se ubica. Sin titubear, la cuestión que está entre manos es que ese perfil del ciudadano rawlsiano es el implantado en las sociedades actuales y, en consecuencia, es de quien se espera su ingreso en el espacio político.

Ahora, el problema no viene dado por considerar a todos los ciudadanos libres e iguales, sino porque esa premisa se entiende como un metarrelato de la modernidad que, evidentemente, se aleja de las exclusiones a las que muchos se han enfrentado a lo largo del tiempo. Reconozco que aquí se formula un argumento clave y que lo he formulado demasiado sucintamente. Volveré a ello más adelante.

3. CRÍTICAS AL MODELO DEL SUJETO RAWLSIANO

3.1 El comunitarismo

Una de las consecuencias más importantes de la filosofía rawlsiana fue haber desatado un intenso debate con los llamados comunitaristas, dando lugar a la conocida polémica liberal-comunitarista. En palabras de Gargarella⁴⁶, la disputa a la que hacemos alusión se puede ver como un nuevo capítulo de un viejo enfrentamiento filosófico que enfrenta a

⁴⁴ Ibidem, p. 109.

⁴⁵ HERRERA GÓMEZ, M., *Liberalismo versus Comunitarismo. Seis voces para un debate y una propuesta*, cit., pp. 48-50.

⁴⁶ Vid. GARGARELLA, R., *Las teorías de la justicia después de Rawls. Un breve manual de filosofía política*, cit. p. 126.

posiciones "kantianas" y "hegelianas". De ese modo, el comunitarismo retoma las críticas formuladas por Hegel a Kant: mientras Kant partía de ciertas obligaciones universales que debían prevalecer sobre aquellas de carácter contingente derivadas de la pertenencia a una comunidad así como su defensa sobre el ideal de sujeto autónomo, Hegel otorgaba prioridad a los lazos comunitarios y, por esa vía, la realización del ser humano resultaba de su integración en la comunidad.

Pese a que la doctrina comunitarista dista de ser considerada homogénea o unificada habida cuenta que alberga diversos estudios teóricos, el rasgo común se halla en las críticas al liberalismo. El principal ataque va dirigido a la concepción de la persona, sintetizada en la afirmación, de cariz rawlsiano, según la cual "el yo antecede a sus fines", es decir, las personas se comprenden como algo previo e independiente de sus fines, valores y concepciones del bien. Esto se entiende mejor cuando Rawls considera a las personas como algo distinto de sus cualidades naturales concretas, su posición social o sus concepciones particulares del bien. Por el contrario, para los comunitaristas los individuos están constituidos precisamente por esas concepciones; el yo no se entiende sin referencia a las relaciones sociales en las que está incardinado. Es más, nuestra identidad como personas está determinada o se constituye en buena parte por la pertenencia a grupos y, en general a la comunidad. Sobre esa base, frente a la pregunta ¿quién soy yo?, Taylor responde: "Saber quién soy es como conocer dónde me encuentro. Mi identidad se define por los compromisos e identificaciones que proporcionan el marco u horizonte dentro del cual yo intento determinar, caso a caso, lo que es bueno, valioso, lo que se debe hacer, lo que apruebo o a lo que me opongo"⁴⁷.

3.2. Martha Nussbaum

La filósofa M. Nussbaum, reconoce que la teoría más poderosa de la justicia social de las tantas que se han producido en la tradición occidental ha sido la relativa al contrato social (conjunto de individuos racionales que se unen en busca de un beneficio mutuo y deciden abandonar el estado de naturaleza para gobernarse mediante la ley) y, añade, que esa teoría en su mejor versión es la desarrollada por Rawls, centrandó su atención en este autor a lo largo del análisis depositado en *Las fronteras de la exclusión*. En líneas generales, su estudio versa sobre la idea enraizada en nuestra cultura política y legada por la teoría contractual que da cuenta de "la sociedad como un contrato orientado al beneficio mutuo (las personas obtienen algo de su

⁴⁷ TAYLOR, C., *Fuentes del yo. La construcción de la identidad moderna*, trad. de A. Lizón, Paidós, Barcelona, 2006, p. 52.

vida en común que no obtendrían viviendo por separado) entre personas libres, iguales e independientes”⁴⁸.

A pesar de su admiración por el pensador norteamericano, sostiene que persisten tres problemas de justicia social no resueltos: (i) la inclusión de las personas con discapacidad, (ii) la problemática derivada de la influencia de la nacionalidad o lugar de nacimiento en las opciones vitales de las personas (extensión de la justicia a todos los ciudadanos del mundo); y (iii) la ampliación de justicia hacia miembros de la especie no humanos. Esas tres cuestiones tienen un rasgo en común: suponen una asimetría de poder y de capacidad entre los seres excluidos del contrato social y algún grupo dominante. Por eso su labor será de confrontar la teoría contractualista y las consecuencias que de ella se derivan.

Un argumento bastante potente de Nussbaum, desde la perspectiva que queremos ofrecer, se dirige a evidenciar un problema forjado en el seno de la teoría contractual. Se refiere a que esa teoría confunde entre quienes diseñan los principios básicos de la sociedad con aquellos para quienes están pensados; es decir, se parte de un tratamiento identitario entre las partes contratantes y los ciudadanos que vivirán en comunidad y estarán regulados por los principios políticos básicos. El *quid* del asunto radica en considerar que “los sujetos primarios de la justicia son los mismos que escogen los principios”⁴⁹, de manera que aquellos que no reúnan los requisitos exigidos para participar en el proceso de elección de los principios (racionalidad, aptitudes físicas y mentales similares) no sólo quedarán relegados de esa fase inicial sino que, adicionalmente, serán excluidos del grupo de personas para los que se eligen los mismos (principios). La consideración de los intereses de los marginados serán incluidos de “forma derivada a través de intereses propios de las partes, o bien en un estadio ulterior, una vez que los principios han sido ya elegidos”⁵⁰.

Para complementar su refutación, menciona la manera en que Rawls en *El liberalismo político* se refiere a las partes en la posición original, o sea, como representantes de los ciudadanos, caracterizados estos últimos con los rasgos que se le atribuyen a las partes en *Teoría de la justicia*. Dicha coincidencia refleja que las partes diseñan principios para ciudadanos con quienes comparten rasgos similares en capacidades mentales y físicas, situándose tanto los unos como los otros dentro del margen de lo “normal”. Por esa vía, discrepa de Rawls por considerar que su concepción de la persona requiere un elevado grado de racionalidad a fin de considerarlos como ciudadanos libres e iguales.

⁴⁸ NUSSBAUM, M., *Las fronteras de la justicia*, trad. A. Santos Mosquera y R. Vilà Vernis, Paidós, Barcelona, 2007, p. 34.

⁴⁹ Idem, p. 36.

⁵⁰ Ibidem.

Debo señalar que Nussbaum al esbozar esta crítica está pensando en la exclusión de “personas con deficiencias y discapacidades”; sin embargo, esto no es óbice para que extendamos, en razón de otros rasgos excluyentes, la no consideración en la esfera pública de otras colectividades.

Nussbaum no sólo reprocha que las teorías contractualistas asuman que los participantes en el diseño del contrato social se asemejen al mismo grupo de ciudadanos para los que se eligen los principios políticos; también rechaza de plano dos tesis arraigadas en la base de toda teoría contractual. La primera, ya lo dijimos, relacionada con los individuos que tomaron parte activa en el contrato son más o menos iguales en poderes y capacidades. La segunda, la idea del beneficio mutuo para optar por la cooperación en tanto que las personas sólo se reúnen en la medida en que esperan obtener algo. Esa imagen de la cooperación va ligada a un escenario en el que el grupo inicial de negociadores poseen unas capacidades productivas “normales”. En suma, el planteamiento tambalea a partir del momento en que los teóricos del contrato social imaginan a los agentes encomendados de crear la estructura básica de la sociedad, en términos de Locke, como “libres, iguales e independientes” y a los ciudadanos, según Rawls, representados como “miembros plenamente cooperantes a los largo de una vida completa” a quienes también atribuyen una razón idealizada. El resultado, como es de esperar, consistirá en que quienes no se acomoden a ese modelo de individuo “no se cuenten entre las personas para las cuales y en reciprocidad con las cuales se estructuran las instituciones básicas de la sociedad”⁵¹.

Llama la atención un cuestionamiento más de la autora. En palabras de Nussbaum, parece arbitrario que las partes en la posición original desconozcan su raza, clase y género pero sepan que sus capacidades se encuentran dentro del margen de la normalidad. Todo esto gira, vuelvo a reiterar, en la imagen rawlsiana de las partes contratantes como adultos racionales y capaces de un nivel de productividad y cooperación social “normales”. Esta argumentación lleva a Nussbaum a señalar que la teoría de Rawls encierra una profunda tensión considerando que en la base ella se halla la idea kantiana de que cada persona es un fin; sin embargo, retoma del contractualismo clásico lo atinente al motivo por el que las partes prefieren la cooperación. Por tanto, “los elementos estructurales de la igualdad aproximada y la meta del beneficio mutuo siguen determinando quién queda incluido en la fase inicial, y qué pretende obtener cada parte de la cooperación”⁵². Esos elementos deben ponerse en cuestión para extender la idea de la

⁵¹ Idem, p. 110.

⁵² Idem, p. 110.

justicia a los casos todavía no resueltos. Me interesa cerrar esta mirada crítica esbozada por Nussbaum aludiendo a que la doctrina del contrato social bien por razones de productividad, bien por esa imagen idealizada de la racionalidad moral, al mismo tiempo que sirven para definir al ciudadano de una sociedad bien ordenada, paralelamente, descalifica como ciudadanos plenos a quienes no se ajusten a estos parámetros.

3.3 Seyla Benhabib

Situada desde una perspectiva feminista, Benhabib realiza una crítica a las teorías universalistas del contrato desde Hobbes a Rawls, por considerar que en esa tradición el *self* (yo) moral es un ser "desarraigado y desincardinado"⁵³ que, además, se revela con los atributos de la experiencia masculina. Esas teorías se erigen sobre un *universalismo sustitucionalista* en cuanto se basa en un consenso ideal de *selves* definidos ficticiamente pero que de manera subrepticia se identifican con un grupo de sujetos como el caso paradigmático de los humanos como tales: adultos, blancos, varones y propietarios. A su turno, propone un *universalismo interactivo* que reconoce la pluralidad de modos del ser humano y diferencia entre los humanos, incapaz de negar nuestra identidad incardinada y arraigada, fruto de lo cual no haremos referencia a un acuerdo ficticio sino al "proceso concreto en política y en moral de la lucha de los *selves* concretos e incardinados que se esfuerzan por su autonomía."

Ese universalismo interactivo desemboca en una sugestiva tesis plasmada en dos concepciones de las relaciones *self-otro*, a las cuales Benhabib denomina el *otro generalizado* y el *otro concreto*. Entiende la autora que el otro generalizado⁵⁴ se comprende como el sujeto racional con derechos y deberes pero sin individualidad e identidad definida como resultado del proceso de abstracción. Por su lado, el otro concreto⁵⁵ sitúa a los sujetos racionales en sus especificidades e

⁵³ BENHABIB, S., "El otro generalizado y el otro concreto: la controversia Kohlberg- Gilligan y la teoría feminista", en BENHABIB, S., y CORNELLA D., *Teoría feminista y teoría. Ensayo sobre la política de género en las sociedades de capitalismo tardío*, trad. de A. Sánchez, Alfons el Magnànim, Valencia, 1990, pp. 119-149, pp. 126-127.

⁵⁴ "El punto de vista del otro generalizado nos demanda considerar a todos y cada uno de los individuos como seres racionales, con los mismos derechos y deberes que desearíamos concedernos a nosotros mismos. Al asumir este punto de vista hacemos abstracción de la individualidad y la identidad concreta del otro. Suponemos que el otro, al igual que nosotros mismos, es un ser con necesidades, deseos y afectos concretos, pero que lo que constituye su dignidad moral no es lo que nos diferencia a unos de otros, sino más lo que nosotros, en tanto que agentes racionales que hablan y actúan, tenemos en común. Nuestra relación con el otro es regida por las normas de *igualdad formal y reciprocidad*", Idem, p. 136.

⁵⁵ "El punto de vista del otro concreto, por el contrario, nos demanda considerar a todos y cada uno de los seres racionales como un individuo con una historia, una identidad y una constitución afectivo-emocional concretas. Al asumir este punto de vista hacemos abstracción de lo que

identidades; en suma, un individuo con historia que comprende las necesidades, motivaciones y deseos del otro.

Con base en este planteamiento, Benhabib discute si "tomar el punto de vista de los otros" se torna compatible con la noción de lo justo entendido como el razonamiento efectuado tras un velo de ignorancia. Lo cierto es que las restricciones epistémicas sujetas al experimento de la posición original acarrearán una total abstracción de la identidad de sujeto con lo cual "el otro en tanto que diferente del *self* desaparece"⁵⁶. De hecho, razonar bajo esas circunstancias hace que las diferencias no se nieguen sino que se consideren irrelevantes. Que el otro desaparezca es la consecuencia impuesta luego de adoptar una visión del otro generalizado tal como ocurre con metáforas como la del estado de naturaleza o la posición original asentadas en las teorías morales universalistas donde la concepción del *self* autónomo se restringe a esa visión. Ese *self* autónomo para Benhabib no debe comprenderse, al estilo rawlsiano, como un ser que no está ligado a los demás con vínculos morales previos, pues, desde su criterio, la identidad del sujeto se constituye a partir de las elecciones que él hace como un agente finito, concreto e incardinado, las cuales son modeladas por su identidad familiar, lingüística, cultural y de género que lo convierten en el protagonista de su historia. En breve: su identidad es construida narrativamente.

Para finalizar, de la formulación de los dos puntos de vista morales enunciados no se sigue la renuncia al otro generalizado, mas su reconocimiento "es una condición necesaria aunque no suficiente para definir el punto de vista moral de las sociedades modernas"⁵⁷; es así, entonces, como se hace necesario el análisis del otro concreto, encarnado en lo no pensado, lo no visto y lo no oído de las teorías universalistas. En consecuencia, desde una posición metaética y normativa, Benhabib defiende la validez de una teoría moral que permita "reconocer la dignidad del otro generalizado mediante el reconocimiento del otro concreto", lo que resulta posible en caso de asumirse el universalismo interactivo desde el cual el otro generalizado también es otro concreto.

No quisiera cerrar este bloque de críticas, sin recordar una idea de I. M. Young. Según esta autora, pese a que Rawls contempla como necesario la pluralidad de sujetos para la concepción de la justicia, los

constituye lo común. Intentamos comprender las necesidades del otro, sus motivaciones, qué busca y cuáles son sus deseos. Nuestra relación con el otro es regida por las normas de *equidad y reciprocidad complementaria*: cada cual tiene el derecho a esperar y suponer de los otros formas de conducta por las que otro se sienta reconocido y confirmado en tanto que ser individual y concreto con necesidades, talentos y capacidades específicas. En este caso nuestras diferencias se complementan en lugar de excluirse mutuamente", *ibídem*.

⁵⁶ *Idem*, p. 139.

⁵⁷ *Idem*, p. 144.

límites al razonamiento en la posición originaria hacen que ese razonar tenga un cariz monológico si se tiene en cuenta que en la negociación todos los individuos razonan privativamente en términos de sus intereses; es más, esos límites suprimen las diferencias y la posibilidad de discusión entre los participantes. Esto es así ya que el velo de ignorancia anula cualquier diferencia entre los sujetos y “así se asegura que todas las personas razonarán partiendo de supuestos idénticos y del mismo punto de vista universal”⁵⁸. Esto significa que el modelo de negociación rawlsiano excluye la discusión genuina y la interacción entre los intervinientes en la situación inicial.

4.- REVISIÓN DE LA IMAGEN DEL TITULAR DE DERECHOS: CUESTIONANDO EL MODELO LIBERAL ESTEREOTIPADO DEL INDIVIDUO RACIONAL

Recapitulando lo dicho hasta ahora, en las secciones anteriores he intentado trazar las conexiones entre la conformación del *demos* que, a tono con el ideal democrático, demanda la inclusión de todos en la esfera política y la versión del sujeto rawlsiano como fiel reflejo del ciudadano de las sociedades democrático-liberales. Aunque en una primera aproximación dejé entrever cómo ese modelo dificulta pensar en una ciudadanía en pie de igualdad, sobre todo desde las críticas lanzadas desde diferentes frentes, es el momento de profundizar en ese diagnóstico. En lo que sigue, me propongo definir quién es realmente el titular de derechos, análisis que dejará abierta la puerta de par en par para descifrar quiénes son considerados parte de la sociedad política. Pero esa revisión debe hacerse extensiva a las teorías de la justicia basadas en derechos, las cuales comparten unas notas comunes: (i) individuos concebidos como agentes morales racionales, (ii) tratados como iguales; y (iii) cuyo ámbito de validez es universal. O expresado con otro lenguaje, la trilogía característica de las teorías de los derechos humanos son: individualismo, igualitarismo y universalismo.⁵⁹

La idea que recorre esta reflexión nos sitúa en el tránsito a la modernidad, pues es a partir de ese momento histórico que puede hablarse propiamente de derechos humanos como representación del “código de justicia del mundo occidental moderno”⁶⁰. Con razón, afirma Pérez Luño, que el gran invento jurídico político de esa época consistió

⁵⁸ YOUNG, I. M., *La justicia y la política de la diferencia*, trad. de S. Álvarez, Ediciones Cátedra, Madrid, 2000, p. 174.

⁵⁹ Vid. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, p. 83.

⁶⁰ FARIÑAS DULCE, M. J., *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, cit., p. 17.

“en haber ampliado la titularidad de las posiciones jurídicas activas, o sea, de los derechos, a todos los hombres; y, en consecuencia, de haber formulado el concepto de derechos humanos”⁶¹. Sostiene, además, que en ese camino de formación de los derechos fueron claves dos direcciones doctrinales que alcanzarían su auge en la ilustración: el iusnaturalismo racionalista y el contractualismo cuyo rasgo en común sería postular unas facultades jurídicas básicas comunes a todos los hombres. Parece claro de esta manera que el origen de los derechos modernamente se conecta con su carácter universal, o sea, con el reconocimiento de facultades a todos los hombres sin exclusión⁶².

Ocurre que la configuración jurídico-política de ese proceso aflora en el marco del liberalismo, modelo que es el primero que llega a juridificarse. En contraposición al Estado absoluto, el liberalismo clásico buscar limitar el poder del Estado y garantizar ciertas libertades de los individuos; en palabras de Bobbio, la doctrina del Estado liberal “es *in primis* la doctrina de los límites jurídicos del poder estatal”⁶³. Naturalmente que entendido así, se pone de manifiesto un componente clave: el racionalismo. Y es que racionalmente, el Estado liberal se justifica como resultado de ese acuerdo fundacional entre individuos que deciden establecer los vínculos para darse una convivencia pacífica.

De los rasgos definitorios del liberalismo, me ocuparé por ahora de uno en particular que se encuentra en su base: el individualismo. Desde ese enfoque, los individuos como tales son las unidades políticas, y la sociedad política, insisto, es el resultado de un hipotético contrato social entre individuos libres⁶⁴. Detrás de esa afirmación, surge una comprensión de los derechos como derechos individuales, pero también emerge una concepción individualista de la sociedad, entendiendo por ésta, la primacía del individuo con sus intereses y necesidades que toman la forma de derechos mediante la hipotética ley de naturaleza. De acuerdo con esto, el contractualismo moderno supone una ruptura en la historia del pensamiento político dominado por el organicismo en tanto la sociedad ya no es un hecho natural cuya existencia se dé con independencia de la voluntad de los individuos, sino que ahora es un cuerpo artificial creado por éstos para satisfacer sus necesidades y ejercer sus derechos⁶⁵. Por decirlo brevemente, “sin individualismo no hay liberalismo”⁶⁶. Surge de esa manera un interés creciente por el hombre en todos los aspectos.

⁶¹ PÉREZ LUÑO, A. E., *La tercera generación de derechos humanos*, Arazandi, Cizur Menor (Navarra), 2006, pp. 207 y 208.

⁶² Idem, p. 207.

⁶³ BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, trad. de J. Fernández Santillán, Fondo de Cultura Económica, México, D. F., 1989, p. 16.

⁶⁴ Vid. GUICHOT REINA, V., *Reconstruir la ciudadanía*, Dykinson, Madrid, 2013, pp. 129-130.

⁶⁵ Vid. BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, cit., pp. 15 y 16.

⁶⁶ Idem, p. 20.

Pero es que a lo anterior indefectiblemente debemos añadir otro ingrediente: se trata de un individualismo abstracto y universalista en virtud del cual el destinatario de los derechos se configura como un hombre genérico, sin atributos⁶⁷. Desde ese presupuesto, la visión liberal, de raíz ilustrada, parte de la concepción de los seres humanos como agentes morales⁶⁸; por consiguiente, los individuos, pensados como elementos del discurso moral, son considerados como sujetos racionales capaces de diseñar planes de vida y llevarlos a la práctica. Si aceptamos esta afirmación, diremos que los sujetos morales poseen capacidad para elegir (libertad de elección) y su existencia se orienta a la consecución de un determinado plan de vida (libertad moral). Explicado en términos precisos: "el marco moral implica pues la defensa de una idea de individuo como sujeto moral lo que supone considerar a este como ser dotado de capacidad de elección (libertad de elección) y con una vida orientada hacia el logro de planes de vida (libertad moral), únicamente limitados por el respeto a la integridad física y la autonomía individual (integridad moral) del resto de los sujetos (por el respeto a la libertad de elección)"⁶⁹.

En efecto, a la luz del paradigma liberal, el rasgo distintivo de los sujetos, con independencia de sus características físicas o condicionantes económicos, sociales y culturales, es su capacidad de razonar y elegir, de obrar con autonomía; en definitiva, de ser dueños de su destino. La relevancia de esta capacidad de ser libres, compartida por (todos) los seres humanos, será aquello que les confiere su especial dignidad⁷⁰. Ese entendimiento de la persona en cuanto sujeto moral aparece en las distintas doctrinas filosóficas; así, en la metáfora del contrato social, sus miembros se caracterizaban por ser racionales y libres, línea que tuvo continuidad en la época contemporánea con Jhon Rawls, como el principal ejemplo de una idea de justicia de estirpe liberal. Sin desconocer, obviamente, que la expresión de sujeto moral alcanza su mayor eco en la filosofía de Kant⁷¹.

Esa voluntad moral intrínseca de los individuos es universalizable. Con esto básicamente decimos que en cuanto sujetos morales todas las personas son iguales, derivando en la exigencia de tomar en consideración los intereses de todos los individuos por igual. Así pues,

⁶⁷ Vid. DORADO PORRAS, J., "Los derechos como garantía y como límite al multiculturalismo", en ANSUÁTEGUI ROIG, F.J.; LÓPEZ GARCÍA, J.A.; DEL REAL ALCALÁ, A; y RUIZ RUIZ, R. (eds.), *Derechos, valores y multiculturalismo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 65-85, p. 69.

⁶⁸ Para el estudio de la concepción del sujeto como agente moral, Vid. DE ASIS ROIG, R., *Sobre el concepto y el fundamento de los derechos: una aproximación dualista*, Dykinson, Madrid, 2001, pp. 31 y ss.

⁶⁹ Idem, p. 35.

⁷⁰ Vid. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, cit., p. 98.

⁷¹ Vid. VILLORO, L., *Los retos de la sociedad por venir. Ensayos sobre justicia, democracia y multiculturalismo*, cit., pp. 85-86.

con independencia de su raza, sexo, clase social o tradición cultural, ninguno interés prima sobre los de los demás. Entonces, no por ser varón o mujer, blanco o negro, propietario o practicar determinada religión se tiene una situación de privilegio; de cualquier modo, lo importante es que (todos) los seres humanos somos agentes racionales con capacidad para obrar con autonomía, es decir, para elaborar, revisar o modificar su concepción del bien o, mejor dicho, sus planes de vida. Ese objetivo, históricamente, se alcanzó con las revoluciones liberales burguesas de los siglos XVIII y XIX cuya configuración jurídica se plasma en el principio de igualdad ante la ley: todos somos iguales ante la ley; en consecuencia, la ley es la misma para todos, evitando así cualquier tipo de discriminación como era tan común en el antiguo régimen.⁷²

Se introduce de esa manera la dimensión igualitaria que se puede estructurar en la siguiente premisa: “todos los seres humanos deben ser tratados como iguales, con igual consideración y respeto”⁷³. A la vista de lo anterior, la igualdad interesa en tanto esté adscripta a todos los individuos como titulares de derechos, ya que van unidos a una común dignidad. De ese modo, el individualismo asumido tanto por el liberalismo político como por el racionalismo ilustrado conecta la dignidad con la agencia moral, de lo que resulta una idea de dignidad como capacidad de decidir y responsabilizarse por las acciones que se realiza⁷⁴.

Para completar la trilogía antes enunciada, se dice que las teorías de la justicia basadas en derechos tienen un ámbito de validez universal. En efecto, los derechos humanos nacen con una pretensión de universalidad⁷⁵, se predicen como propios de todos los individuos sin distinción, siempre y en todo lugar. En consonancia con este presupuesto, es que las declaraciones de derechos son formuladas con tal vocación (universalista), afirmando que los seres humanos nacen con los mismos derechos y así deben permanecer; esto se hace patente, a modo de ejemplo, en la *Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* (1789), texto fundamental para la evolución de los derechos humanos, cuyo artículo 1º prescribe: “los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

⁷² Vid. GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI, J., *Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos*, cit., pp. 178 y 184.

⁷³ Idem, p. 179.

⁷⁴ Vid. BARRANCO AVILÉS, M. C., “Derechos humanos y vulnerabilidad. Los ejemplos del sexismo y el edadismo”, cit., p. 27.

⁷⁵ Sobre el concepto de la universalidad de los derechos humanos, Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, con la colaboración de R. de Asís, C. R. Fernández Liesa y A. Llamas, Universidad Carlos III de Madrid-BOE, Madrid, 1995, pp. 297 y ss.

Esa aspiración de universalidad alcanza su expresión más rigurosa en la Ilustración: "Los derechos son propios del hombre "desnudo", sin necesidad de que concurra ningún atributo o característica adicional, razón por la cual se presentan como universales en el espacio y en el tiempo. Dicho más sencillamente: para ser titulares de esos derechos basta con la cualidad de persona, de ser humano"⁷⁶. Desde esta perspectiva, existe un vínculo nítido entre la idea de los derechos y la de universalidad. Por eso, tras el proceso de subjetivización del Derecho natural y la consiguiente reivindicación de los derechos naturales en clave de la modernidad, se marca un intento de elaborar un discurso en el que puedan participar todos los individuos; de ahí que la historia de los derechos pueda ser comprendida como una sucesión de procesos encaminados a que el mayor número de personas posibles le sean reconocidos el mayor número de derechos⁷⁷.

Hecha la revisión a los presupuestos que yacen en las teorías de la justicia basadas en derechos, la sensación que late, de entrada, es el beneplácito de un discurso que, construido desde esos referentes, engloba a todos los sujetos sin exclusiones o, lo es que es lo mismo, los individuos, unidos a una común dignidad, son portadores de derechos de alcance auténticamente universal. La cuestión, así presentada, reviste un tinte de obviedad que pareciera no vale la pena someterla a evaluación. Pero ocurre todo lo contrario. La lección de la experiencia histórica, demuestra una diversidad de supuestos que han negado a grupos o categorías de sujetos el disfrute de las facultades jurídicas por no poseer los rasgos exigidos para su titularidad. De acuerdo con esto, la mayoría de las veces resulta útil ir hasta la raíz del problema en cuanto nos permite ver con más claridad, por qué un discurso teóricamente tan potente ha sido desmentido por la práctica de los derechos. Satisfacer este propósito, conduce inevitablemente pasar una etapa de reflexión, desde una perspectiva crítica, a fin de indagar por esas inconsistencias. Estudiemos pues la imagen del titular de derechos en clave con el modelo en el que éste se incorpora.

No descubriré nada nuevo al lector si afirmo que la estrategia básica del discurso filosófico moderno para sustentar ese mensaje emancipador de los derechos y atribuir la titularidad de los mismos, recayó sobre un proceso de abstracción, en cuyo epicentro la categoría cardinal viene dada por la construcción del sujeto de derechos. Es pues el individuo el eje en torno al cual se vertebra el modelo liberal de nítida

⁷⁶ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 41.

⁷⁷ Vid. ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Derechos humanos: entre la universalidad y la diversidad", en RUIZ VIEYTEZ, E. J., y URRUTIA ASUA, G., (eds.), *Derechos humanos en contextos multiculturales. ¿Acomodo de derechos o derechos de acomodo?*, Alberdania, San Sebastián, 2010, p. 24.

raíz ilustrada. Surge así un nuevo protagonista en la historia, un sujeto moral que no tiene sexo, raza, edad, pertenencia a una clase o etnia, etc. En pocas palabras: un ser despojado de su identidad, un hombre sin atributos, puro y abstracto. Pero será a través de ese método como la figura humana, así concebida, es capaz de generalizarse hasta desencadenar en el "sujeto universal". Es, en términos de Benhabib, el "yo generalizado", que al ser universalizable tiene una serie de cualidades morales que lo destacan como un agente racional, libre e igual. Que sea universalizable no significa nada distinto a que esos rasgos son predicables de cualquier "hombre".

Identificar de esa manera al sujeto, mediante la abstracción de todo lo que lo constituye, tendrá importantes consecuencias tanto en el plano político, como jurídico, pues todas las referencias a los derechos deben ser consideradas compatibles con este perfil. En esa línea, ya el receptor del Derecho no será un individuo particular y concreto como ocurrió en la Edad Media, sino que el destinatario será el hombre y el ciudadano: el "*homo iuridicus*"⁷⁸. Es así como en ese proceso se fue consolidando la imagen del titular de derechos, a partir de una comprensión abstracta del mismo, "al que se le identificaba como un individuo del que genéricamente se presumían cualidades morales que lo hacían merecedor de garantías en forma de derechos"⁷⁹. Esta adscripción, supuso en el terreno de la teoría de los derechos pensar en un titular estándar. Los derechos de ahora en adelante serían pensados por y para ese sujeto universal.

En efecto, ese sujeto ideal es el bastión sobre el que se ha venido construyendo, desde la ilustración, la teoría de los derechos humanos. Como lo ha puesto de relieve De Asís, se trata de un individuo caracterizado por su capacidad y por desempeñar un determinado papel en la sociedad. Pero, lo relevante, es que la dignidad humana dependerá de la posesión de esos rasgos. Desde el primero de esos patrones, se constituye el prototipo de agente moral, esto es, del sujeto apto para intervenir en la discusión moral. Más concretamente, hablamos de una capacidad moral que, como antes anuncié, va ligada al logro de un plan de vida. Dicha agencia moral o autonomía, a su vez, necesita de la posesión de otras capacidades, como la capacidad sentir, comunicarse y, especialmente, para razonar. Por otro lado, el ejercicio de esas capacidades suele conectarse con un determinado papel del individuo en la sociedad, es decir, en función de la utilidad o contribución social resultará valorada la actuación de las personas. De esta forma, en la

⁷⁸ Vid. PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, cit., p. 137.

⁷⁹ ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., "Los derechos en el contexto contemporáneo: la constitucionalización", en DE ASÍS, R., BONDIA, D., y MAZA, E., (Coords.), *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 85.

discusión moral participan sujetos dignos o, lo que es lo mismo, aquellos que poseen una serie de capacidades que se reconducen hacia la consecución de un plan de vida y contribuyen a la sociedad mediante el papel que desempeñan⁸⁰. Y es así, como a partir de unos rasgos genéricos y abstractos se llega a la versión tradicional del titular de derechos.

Sin embargo, esa universalización se consiguió a un coste: la abstracción de los sujetos reales. La acentuación de la importancia del individuo abstracto si bien pretendía reflejar lo que hay de común en todos los seres humanos, dejó de lado los contextos y procesos históricos donde se desenvuelven las personas. Esa "ceguera" y despreocupación por las diferencias implicó, como es sabido, una homologación que vació las identidades⁸¹, favoreciendo el posicionamiento de una visión unitaria de la subjetividad. Por la razón que acabo de exponer, este asunto, plantea al menos, dos interrogantes: ¿hasta qué punto esa visión monolítica del sujeto, en nombre de las exigencias formales de un universalismo abstracto, es compatible con la tesis central que considera los derechos como pertenecientes a todos los seres humanos? ¿Es acaso ese sujeto universal, de corte ilustrado, un sujeto ficticio en cuanto a construcción ideológica? Y es aquí donde se presenta la deformación que a continuación queremos revelar. En mi opinión, como trataré de mostrar enseguida, el discurso moderno se encuentra atravesado por una aporía: la pretensión de universalidad de los derechos en la que descansa es en realidad la expresión de un localismo hegemónico. O sea, lo que la razón ilustrada universalizó correspondió a "un particularismo muy concreto, como si fuera el único y *natural* modo de entender al ser humano, su existencia y sus relaciones sociales"⁸².

Pues bien, para no dilatar más la cuestión, ese sujeto ideal predicado por el liberalismo, en el marco del pensamiento ilustrado, no era tan universal y abstracto como se decía. En esa aparente generalidad, el "*homo iuridicus*" corresponde más bien a un hombre concreto, situado en un contexto histórico específico y, por consiguiente, determinado por los condicionamientos físicos, sociales y culturales. De este modo asistimos a la transformación de un sujeto vacío e inexistente

⁸⁰ Vid. DE ASIS ROIG, R., *Cuestiones de derechos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 144 y ss.; CUENCA GÓMEZ, P., "Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos" en *Revista de Estudios Políticos*, nº158, 2012, pp. 103-137, pp. 105 y 106.

⁸¹ Vid. SÁNCHEZ RUBIO, D., "Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión", en HERRERA FLORES, J., (ed.), *El vuelo de Anteo. Derechos humanos y crítica de la razón liberal*, Desclée de Brouwer, Bilbao, 2000, p. 215-244, p. 232.

⁸² FARIÑAS DULCE, M. J., *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, cit., p. 22.

a un destinatario de derechos encarnado inicialmente en el "individuo occidental varón, blanco, empresario y propietario"⁸³.

Queda desvirtuado de esa manera el viejo ideal ilustrado del universalismo pensado para salvaguardar por igual la dignidad de todas las personas. Explicado de otra manera: el modelo se levantó sobre un falso universalismo que bajo la apariencia de neutralidad, construyó un paradigma particularista cristalizado en el "*hombre o ciudadano medio*", es decir, un individuo que responde a los criterios socialmente dominantes en cada sociedad para considerarse como miembro de pleno derecho⁸⁴. De este modo, ese ideal, sin duda, provoca una *contradictio in terminis*, porque de proclamar los derechos como válidos para todo sujeto, se sigue verificar, conforme al discurso hegemónico, quién posee determinadas características para integrar la categoría del grupo de privilegiados. En resumidas cuentas: el análisis se centra en saber quién cabe dentro del concepto de "sujeto" en cada contexto histórico.

Sucede que desde el origen de los derechos, la trampa del universalismo se hizo patente al representar los intereses de una clase social determinada: la burguesía. Significó pues el triunfo universal del individualismo burgués respaldado, o si se prefiere, solapado por el Estado liberal como promotor de las élites económicas, de suerte que los derechos se establecieron atendiendo a la autonomía del individuo y las relaciones económico-contractuales de éste con otros propietarios libres. El resultado es que el sujeto de derechos primigenio se identificó por su pertenencia a un género, una raza, una clase social, una cultura y una religión; en fin, se circunscribió la titularidad jurídica al hombre, blanco, burgués, occidental y judeo-cristiano⁸⁵. Simplificando lo antes expuesto, con palabras de De Lucas, "tras la pretendida universalidad, no hay más que la imposición de la visión occidental (esto es, individualista, liberal, cristiana)"⁸⁶.

Quizás una consideración que conviene apreciar es que esa concepción unívoca del sujeto trascendió a un discurso identitario opresor de las diferencias y modelado a los valores del grupo dominante. Por consiguiente, resultó difícil, deslindar esa teorización con su articulación en la praxis. Esto dio lugar, evidentemente, a un sistema homogeneizador que en aras de la universalidad excluyó a los "otros", a

⁸³ SÁNCHEZ RUBIO, D., "Universalismo de confluencia, derechos humanos y procesos de inversión", cit., p. 232.

⁸⁴ Vid. AÑÓN ROIG, M. J., "Grupos sociales vulnerables y derechos humanos. Una perspectiva desde el derecho antidiscriminatorio", cit., pp. 615-616; Vid. CUENCA GÓMEZ, P. "Discapacidad, normalidad y derechos humanos", en BARRANCO AVILÉS, M. C., y CHURRUCA MURGUEZA, C., *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 71-79, pp. 71 y 72.

⁸⁵ Vid. FARIÑAS DULCE, M. J., *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, cit., p. 21.

⁸⁶ DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a una sociedad plural*, cit., p. 56.

los “no sujetos”, vistos así, por no asemejarse a ese molde supuestamente vacío pero, deliberadamente, hecho a la imagen de un actor social muy particular.

Por supuesto que el ámbito jurídico-político se encargó de reproducir ese sesgo, mostrado con clarividencia en un sujeto estándar, bien como receptor de derechos, bien como ciudadano. Un agente homogéneo que actuó (y actúa) como punto de referencia sobre el que se construye la norma y, a la vez, como participante activo en la esfera pública. Eso se reflejó en exclusiones sistemáticas que bajo el paraguas de una igualdad formal ante la ley, impidió el disfrute de los derechos a una multiplicidad de personas: aquellas identidades que a merced de su particularidad misma, excedían el marco del individuo autónomo de la tradición liberal. Lo cierto es que la gestión de ese modelo excluyente estuvo estrechamente imbricada por la fusión de tres pilares constitutivos del proyecto ilustrado de la modernidad: el universalismo, el individualismo metodológico y el contractualismo político liberal⁸⁷.

A modo de conclusión, he buscado demostrar desde las coordenadas de las teorías de la justicia basadas en derechos en sintonía con el modelo liberal cómo la representación histórica del sujeto de derechos se identificó con un sujeto unitario presente en la modernidad. Hemos dicho que a partir de los presupuestos de las mencionadas teorías, los derechos deberían corresponder a todos los seres humanos; sin embargo, los rasgos genéricos que definían al titular abstracto, específicamente, la autonomía y racionalidad, se vincularon a un agente concreto cuya dignidad humana se esperaba salvaguardar. Al final, se alzó un modelo excluyente que al aplicarse dejó fuera de sus derechos a los “*otros concretos*”, esto es, aquellos sujetos históricamente excluidos no sólo de la titularidad jurídica de los derechos fundamentales sino que, además, han estado apartado de la esfera pública. Precisamente esa invisibilización en el espacio público generó (y sigue generando) una especie de infraciudadanos cuyos intereses o no son tenidos en cuenta, o se toman por los agentes políticos plenos sin contar con la voz mucho menos con el voto de aquellos. Por tanto, el desafío pendiente pasa por reconstruir la imagen del titular de derechos y, a su vez, que en nuestras democracias se permita el ingreso de las identidades silenciadas de los foros de discusión públicos en tanto que el demos aún está conformado parcialmente.

⁸⁷ Vid. FARIÑAS DULCE, M. J., *Democracia y pluralismo: una mirada hacia la emancipación*, cit., p. 22.

**EL ACCESO A... ¿DÓNDE?
LA "DOMESTICIDAD" COMO ELEMENTO DE ANÁLISIS SOBRE
LA "INTERSECCIÓN" EXISTENTE ENTRE MUJER Y
DISCAPACIDAD.**

**ACCES TO... WHERE?
THE "DOMESTICITY" AS AN ELEMENT OF ANALYSIS ABOUT THE EXISTING
"INTERSECTION" BETWEEN WOMEN AND DISABILITY.**

Rubens Ramón Méndez*

RESUMEN: El objetivo de este trabajo es el de establecer una mirada interseccional sobre la condición de las mujeres con discapacidad psicosocial, a través del aporte del concepto de "domesticidad". Tratamos de mostrar que si bien es de suma importancia la existencia de políticas de transversalidad en el ámbito de la discapacidad, debemos advertir que dichas políticas pueden crear modelos normativos de discapacidad u homogeneizar el espacio de su aplicación. Invisibilizando la existencia de opresiones cruzadas hacia el interior de la discapacidad.

ABSTRACT: *This article aims to introduce an intersectional perspective on the condition of women with psychosocial disabilities by adding the concept of "domesticity". It tries to show that while the existence of transversal policies on disability is important, we to note that these policies can create normative models of disability or standardize its application space. Thus, the existence of crossed oppression (in the field of disability) is hidden.*

PALABRAS CLAVE: mujeres con discapacidad psicosocial, desigualdad de género, interseccionalidad, domesticidad, políticas de transversalidad.

KEYWORDS: *women with psychosocial disabilities, gender inequality, intersectionality, domesticity, transversal policies.*

Fecha de recepción: 16/11/2015

Fecha de aceptación: 11/12/2015

* Profesor Titular de la Facultad de Ciencias de la Salud y Servicio Social de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). Investigador, CoDirector del Grupo de Investigación "Sociedad, Discapacidad y Derechos Humanos" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata (Argentina). rrmendez@mdp.edu.ar

“Solo las cosas que nos atan
con su apariencia amable
pueden forjarnos un infierno”.
Héctor A. Murena

1.- INTRODUCCIÓN

Ya en los 70'/80' Baudrillard nos prevenía sobre el hecho de que este nuevo capitalismo (nuevo por ser una nueva cara dentro del esquema de “más de los mismo”) no necesitaba la integración o la socialización salvaje de las masas de las primeras décadas del siglo XX para poder extraer su plusvalía, sino que ahora se trataba de racionalizar a la producción dentro de patrones tecnocráticos previamente estipulados. Es por eso, que la desafiliación de “categorías enteras de la población” se convierte en una forma preformativa para esta nueva etapa del capital. Nos adelantaba que desde la mitad del siglo XX en adelante, el sistema se reproducía a través de la imposición de un *código* que era el que establecía una “estrategia hecha de distinciones, separaciones, discriminaciones, oposiciones estructurales y jerarquizadas”.¹

Antes de pensar en cómo abordar un problema este debe existir, ser visible, en este caso, la discapacidad. Como y de qué manera instalar lo que es visible, es la función del establecimiento del *código*. Por ello para Baudrillard, esta operación es previa a la discusión económica.

Por ello la lucha para modificar el *código* se desarrolla en dos frentes. Uno es el de la racionalización tecnoestructural en la que estamos inmersos y que establece segmentos poblacionales “desechados” de la sociedad ya que el sistema actual no necesita de todos para seguir existiendo. El otro nivel de la agonística, es el mundo de la vida cotidiana. Aquí el *código* es sostenido en las comprensiones e interpretaciones que los demás y yo, tenemos de lo que es real, a partir de la creación intersubjetiva de dicho *código*.

Esta imposición del *código* que determina la estrategia de dominación actual, solo se aprecia cuando categorías incluidas en esa racionalización tecnoestructural se rebelan denunciando el lugar que el *código* les asigna. Esta es la fuerza de los movimientos contra la discriminación tanto por ser negros, latinos, mujeres, jóvenes o discapacitados, entre otros.

Lo que está en juego no es adonde va la plusvalía solamente, sino como se dividen y jerarquizan vastos sectores de la sociedad desde una racionalización que integra a esos sectores, pero en los márgenes.

¹ BAUDRILLARD, J. (1984): *El desplazamiento de lo polític.*, Revista Utopía, Año 1, nº 2. Buenos Aires. p. 32.

Sin embargo, en forma constante y obstinada la sociedad sigue presentando actores que una y otra vez reclaman una parte impensada y no consensuada previamente de participación, de existencia, en lo ya instituido como lo común –el *código*–.

Actores individuales y colectivos que establecen una disrupción en el paisaje social, que proponen la distorsión en el universo de la “normalidad” y para los cuales la rebelión sería la desidentificación de esos lugares ya establecidos por las instituciones; en nuestro caso: las mujeres con discapacidad psicosocial².

Este grupo social, el de las personas con discapacidad, interpela al sistema sobre si las condiciones de igualdad que da la ciudadanía existen realmente para ellos. Y con este cuestionamiento, traen el litigio de la diferencia en la inscripción ante la ley, mostrando que existen grandes espacios en nuestro sistema donde la desigualdad es la ley.

Exponen el hecho de que existen grandes sectores poblacionales para los cuales es difícil comprometerse o cumplir con lo que las instituciones o el marco legal les impone, si se sienten cotidianamente fuera de ese marco legal; o lo que es peor, si creen que ese marco legal les produce mayor sufrimiento. Es decir, si están sometidos a una “alienación legal”.³

Es por ello que es usual para las personas con discapacidad encontrar reglamentaciones, disposiciones o normas administrativas que toman “fuerza de ley”, por sobre la ley. Dando lugar así a “...un “estado de la ley” en el cual, por un lado, la norma está vigente pero no se aplica (no tiene fuerza) y, por otro, actos que no tienen valor de ley adquieren la “fuerza”⁴ constituyendo de esta manera un “estado de excepción”⁵.

Dentro de este “estado de excepción” se suspende el derecho para entronizar la “norma”, que es la herramienta que la gubernamentalidad –el Poder– necesita para hacer difusas e inaplicables las conquistas logradas por los movimientos sociales.

2.- LA CUESTIÓN

La sanción de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad⁶ (en adelante la CDPD) por parte de

² El tenor de este artículo se realiza teniendo en cuenta a este sector poblacional en particular.

³ GARGARELLA, R. (2005): *El derecho a resistir el derecho*. Miño y Dávila. Buenos Aires. p. 38.

⁴ AGAMBEN, G. (2007): *Estado de Excepción. Homo Sacer II*. Adriana Hidalgo. Buenos Aires. p. 80.

⁵ BUTLER, J. y GAYATRI CHARAVORTY (2009): *Quién le canta al Estado-Nación?* Paidós. Buenos Aires. p.43.

⁶ Primera convención sobre los derechos humanos aprobada en el siglo XXI, refrendada por nuestro país (Argentina) el 21/05/2008 bajo la ley 26.378.

la Asamblea General de Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006 establece a nuestro entender, tres cuestiones fundamentales.

En primer lugar visibiliza un colectivo históricamente sometido a las más diversas arbitrariedades y en muchos casos a políticas eugenésicas. Según expresa Palacios “es importante destacar la conclusión del informe elaborado por Quinn y Degener, en el sentido de que las personas con discapacidad eran de algún modo “invisibles” dentro del sistema de derechos humanos de Naciones Unidas, y que, a diferencia de otros grupos –tales como mujeres y niños y niñas-, las personas con discapacidad no contaban con un instrumento jurídicamente vinculante ni con un Comité que velara por la protección de sus derechos de manera expresa”⁷.

En segundo lugar ubica y reconoce que la cuestión de la discapacidad es una cuestión de derechos humanos.

Y por último, fija como modelo de comprensión de la discapacidad al denominado “modelo social” por sobre los modelos de prescindencia⁸ y rehabilitador⁹ existentes hasta ese momento.

El modelo social se caracteriza por el respeto por la diferencia; el respeto por la dignidad humana, la igualdad y la libertad personal; la necesidad de propiciar la inclusión social; la vida independiente; la accesibilidad universal y la normalización del entorno¹⁰. La discapacidad es reinterpretada como un constructo social, un “modo de opresión social”¹¹ que se impone a personas con diversidades funcionales¹² a las que se inscribe en un código incapacitante.

⁷ PALACIOS, A. (2008): *El modelo social en discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Cinca. Madrid. p. 237/8.

⁸ “...en el que se supone que las causas que dan origen a la discapacidad tiene un motivo religioso, y en el que las personas con discapacidad se consideran innecesarias por diferentes razones: porque se estima que no contribuyen a las necesidades de la comunidad, que albergan mensajes diabólicos, que son la consecuencia del enojo de los dioses, o que –por lo desgraciadas-, sus vidas no merecen la pena ser vividas. Como consecuencia de estas premisas, la sociedad decide prescindir de las personas con discapacidad, ya sea a través de la aplicación de políticas eugenésicas, o ya sea situándolas en el espacio destinado para los *anormales* y las clases pobres, con un denominador común marcado por la dependencia y el sometimiento, en el que asimismo son tratadas como objeto de caridad y sujetos de asistencia.” Palacios, A. (2008): *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, Cinca, Madrid, pag. 26.

⁹ “Desde su filosofía se considera que las causas que originan la discapacidad no son religiosas, sino científicas (derivadas en limitaciones individuales de las personas). Las personas con discapacidad ya no son consideradas inútiles o innecesarias, pero siempre en la medida en que sean *rehabilitadas*. Es por ello que el fin primordial que se persigue desde este modelo es *normalizar* a las personas con discapacidad, aunque ello implique forja a la desaparición o el ocultamiento de la diferencia que la misma discapacidad representa. Como se verá, el problema cardinal pasa a ser, entonces, la persona, con sus diversidades y dificultades, a quien es imprescindible rehabilitar –psíquica, física, mental o sensorialmente-” Idem.

¹⁰ Idem, p. 26.

¹¹ Idem. p. 27.

¹² Para este trabajo se tomarán indistintamente cómo sinónimos los conceptos de discapacidad y diversidad funcional.

Según nuestro parecer el modelo social denuncia que en la actualidad se establece un *código* sobre el colectivo de la discapacidad que los descalifica para el ejercicio de su ciudadanía al mismo tiempo, que los “califica activamente” como desposeídos y desplazados.¹³

La incorporación al derecho internacional de los derechos humanos del “modelo social” a partir de la CDPD, significa no sólo la necesidad de corregir el ordenamiento jurídico de los países miembros sino además, la deconstrucción de los distintos mecanismos que conforman o se organizan alrededor de lo que se denomina “discapacidad”.¹⁴

Cuando la CDPD reconoce que la discapacidad “es un concepto que evoluciona y que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”¹⁵ desarma el argumento que sólo pone la discapacidad en las personas y visibiliza las condiciones discapacitantes que el entorno impone. Lo mismo ocurre cuando la CDPD expresa que entiende por personas con discapacidad: “Las personas con discapacidad incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás.”¹⁶

En ambos casos es la “interacción” entre personas con discapacidad y “actitudes” (prejuicios) que existen en la sociedad y un “entorno” limitante (accesibilidad); lo que prima en el modelo social de comprensión de la discapacidad.

Este avance en la adquisición de un nuevo tipo lógico para la comprensión de la relación existente entre la sociedad y la discapacidad, también se especifica por parte de la Convención para el caso de las mujeres con discapacidad.

Bariffi expresa que “La CDPD adopta un doble enfoque en lo relativo a la situación de las mujeres con discapacidad. Por un lado,

¹³ BUTLER, J. (nota 6) p. 53.

¹⁴ Se debe poner atención al hecho de que gran parte de la deconstrucción realizada sobre el tema de la “discapacidad” se pudo llevar adelante en esta Convención por la participación de las Organizaciones de Personas con Discapacidad, al respecto Bariffi, F. (2014) en El Régimen Jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con Discapacidad, Cinca. Madrid, nos dice: “Probablemente, el hecho más significativo e importante de la adopción de la CDPD tiene que ver con la intervención activa de la sociedad civil en las instancias de negociación del tratado, en especial de las OPD. La participación de las personas con discapacidad organizadas en sólidas alianzas de instituciones representativas constituyó un hito histórico, ya que se trató de una modalidad totalmente inusual en un foro que generalmente se encuentra reservado exclusivamente a los representantes de los Estados”. (p. 130/31)

¹⁵ Punto E) del Preámbulo de la CDPD. Cuadernillo de la Comisión Nacional Asesora para la Integración de las Personas con Discapacidad –CONADIS- <http://www.conadis.gob.ar>

¹⁶ Artículo 1° de la CDPD. Idem

un artículo específico sobre la materia y, por otro, la transversalidad de la perspectiva de género a lo largo de todo el instrumento.”¹⁷

Es por ello que la CDPD incluye un artículo, el 6º con el título “Mujeres con discapacidad” donde dice:

1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

De la lectura de dicho artículo se puede observar la voluntad de la Convención en hacer hincapié en que las mujeres con discapacidad puedan disfrutar “plenamente y en igualdad de condiciones” de todos los derechos humanos. Pero además advierte sobre el hecho de que las mujeres con discapacidad “están sujetas a múltiples formas de discriminación”, dejando claramente establecido que la situación de la mujer con discapacidad presenta otras características diferenciales que las que puede presentar el varón con discapacidad, e incluso las de su propio colectivo de género.

La CDPD observa que los modelos de comprensión sobre la normatividad que la sociedad impone a las mujeres con discapacidad deben complejizarse, para poder analizar las distintas situaciones vivenciales en que estas mujeres están inmersas.

Pareciera que no se trata solamente de que la etiqueta de mujeres blancas, heterosexuales, bellas, ama de casa y madres, no encajan en este colectivo; sino que además, esas características les son negadas.

Es por eso que nos interesa establecer una mirada “interseccional”¹⁸ sobre la mujer con discapacidad utilizando el aporte del concepto de “domesticidad” que propone Murillo.¹⁹ Trataremos de mostrar que el concepto de domesticidad es utilizado para imponer

¹⁷ BARIFFI, F. (2014): *El régimen jurídico Internacional de la Capacidad Jurídica de las Personas con discapacidad*. Cinca. Madrid. p. 162.

¹⁸ La idea de tomar este enfoque parte de la lectura de la “Temática y fundamentos del curso” de la Dra. Inés Pérez “Familias, género y espacio doméstico. Apuntes para una historia de la vida cotidiana en el siglo XX”, donde se expresa: “Se retomarán distintos análisis de los usos de los espacios, que permitirán comprender la complejidad de la relación entre espacio “abstracto” y espacio “vivido”, así como mostrar distintas desigualdades surgidas de los usos del espacio doméstico y también del espacio urbano, desigualdades tanto raciales, como clase y género.”

¹⁹ MURILLO, S. (2006): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*. Siglo XXI. Madrid.

una discapacidad normativa, en un proceso de incapacitación permanente.

3.- DESARROLLO

El segundo punto del Art. 6º de la Convención citado cuando dice "Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer" está planteando la necesidad de impulsar la transversalidad o *mainstreaming* de las políticas de género, cómo ya se estaban instrumentando por diferentes organismos multilaterales y reconocidas por algunos Estados. Al respecto Emanuela Lombardo nos dice:

"La estrategia más reciente de la política de igualdad entre mujeres y hombres de la Unión Europea (UE) se conoce como *mainstreaming* de género, que en España se ha traducido con el término "transversalidad". El *mainstreaming* de género fue asumido explícitamente por la Plataforma para la Acción de la Cuarta Conferencia mundial sobre mujeres de Naciones Unidas que se celebró en Pekín en 1995. La Plataforma de Pekín requiere a "los gobiernos y otros actores promocionar una política activa y visible del *mainstreaming* de género, en todas las políticas y programas, para que, antes de que se tomen las decisiones se realice un análisis de los efectos producidos en mujeres y hombres, respectivamente."²⁰

Esta estrategia también es utilizada en nuestro país (Argentina) en forma reciente tratando de reducir las condiciones estructurales de la desigualdad en las distintas áreas, especialmente en el ámbito público. Un ejemplo de ello es la creación de la Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones en el Mundo Laboral (CTIO) en el ámbito del Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social (Res. MTEySS 656/2002) que en su Art. 2º establece: "la perspectiva de género como enfoque orientador del diseño y gestión de la totalidad de las acciones de empleo, orientación y formación profesional, así como de las intervenciones que se realicen para promover la mejora en las condiciones de trabajo, acceso y permanencia en el empleo de la población trabajadora." El resultado de esta política es la creación en dicho Ministerio del Programa Promover la Igualdad de Oportunidades de Empleo (Res. METiSS 124/2011) que "tendrá por objeto asistir a trabajadores y trabajadoras desocupados con discapacidad en el desarrollo de su proyecto ocupacional a través de su inclusión en

²⁰ LOMBARDO, E. (2003): *El Mainstreaming de Género en la Unión Europea en Aequalitas* Revista Jurídica de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres, v. 10-15, Mayo-Diciembre 2003. pp- 6 - 11.

actividades que les permitan mejorar sus competencias, habilidades y destrezas laborales, insertarse en empleos de calidad y/o desarrollar emprendimientos independientes”.

Cómo vemos, la transversalidad o *mainstreaming* aparece ya adoptado en la creación de políticas o programas especialmente en el sector público.

Sin embargo, si analizamos la Resolución que crea la Comisión Tripartita de Igualdad de Oportunidades y de Trato entre Mujeres y Varones en el Mundo Laboral (CTIO) vemos que el concepto de mujer que se utiliza lleva a naturalizar/hegemonizar esta categoría. Es decir, estamos ante una “intervención feminista hegemónica”²¹ que obtura la posibilidad de abrir dicha categoría a los distintos desplazamientos o identidades que existen dentro de ella (mujer blanca o de color, alfabetizada o no, con hijos o soltera, con una identidad sexual normatizada o no).

Esta forma deficitaria de establecer la política, lleva a crear una herramienta –el Programa Promover la Igualdad de Oportunidades de Empleo– en el que también la categoría “trabajadores y trabajadoras desocupados con discapacidad” totaliza a priori y por defecto, el universo de sus participantes. Pues ¿a qué “trabajadoras desocupadas con discapacidad” se refiere? (mujeres aborígenes, mujeres inmigrantes, niñas, adolescentes, pobres, madres solteras). En este caso además, la aparición de las palabras “competencias, habilidades y destrezas laborales” aplicadas al ámbito de la discapacidad promueve todo un debate acerca del “capacitismo”²² que en muchos casos esconden estos discursos y que sería la verdadera obturación que encierra el Programa.

A manera de ejemplo: en un caso²³ de una mujer de 34 años con sentencia de inhabilitación, diagnóstico de debilidad mental leve, con un hijo adolescente con una discapacidad intelectual, escolarizado; se recurre al Ministerio de Trabajo para poder ingresarla en alguno de estos programas existentes. Específicamente la mujer expresa que quería participar en algún programa en el que pudiera aprender un oficio para poder sustentar un proyecto de vida

²¹ CORBEIL, C. Y MARCHAND, I. (2007) L'intervention féministe intersectionnelle: un Nouveau cadre d'analyse et d'intervention por répondre aux besoins pluriels des femmes marginalisées et violentées. http://www.unites.uqam.ca/arir/pdf/interventionfeminineintersectionnelle_marchand_corbeil.pdf citado por Isabel Caballero en capítulo I de “La Transversalidad de Género en las Políticas Públicas de Discapacidad –Manual–, Volumen II, Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), 2012. Madrid.

²² Capacitismo: traduce el término “ableism” que en inglés significa la formación de estereotipo, actitudes negativas y discriminación hacia aquellas personas que tienen una diversidad funcional, que como consecuencia, serán discriminadas. Básicamente porque se establecen “algunas capacidades como valiosas” y otras no.

²³ El suscripto trabaja como Perito I de la Curaduría Oficial de Alienados de los Departamentos Judiciales Mar del Plata y Necochea de la Provincia de Buenos Aires, Argentina. La Curaduría trabaja con aquellas personas que han sido interdictas y tiene sentencia de Insania o Inhabilitación y no tienen familiares o ingresos para poseer un abogado privado que haga las veces de Curador.

independiente. Desde la Oficina de Empleo se informa que como es una mujer con un hijo es muy factible que ingrese al programa de formación laboral sin embargo, luego de analizar el caso y como posee una discapacidad psicosocial, se le propone como “lo mejor” que ingrese en el programa de formación educacional.

De esta manera se hace realidad lo que autoras como Carmen Romero Bachiller, Isabel Caballero o Raquel (Lucas) Platero²⁴ nos advierten sobre el peligro que tienen las políticas o programas de transversalidad de género de reforzar las discriminaciones existentes.²⁵

Sabemos que esta cuestión de las políticas públicas forma parte sin duda de una discusión mayor que se tiene que dar entre el movimiento feminista y el movimiento sobre la discapacidad. Más aún cuando existe cierto desconocimiento o recelo por parte del movimiento feminista sobre el tema de la discapacidad en las mujeres. Así como dentro del movimiento de la discapacidad sobre la utilidad o no del enfoque de género para sus intereses.

Es en este sentido que en los años 70' el movimiento feminista en Estados Unidos es reconceptualizado a través del planteo de mujeres Afroamericanas que formaban parte del colectivo feminista Negro²⁶ “Combahee River Collective”, que en su manifiesto “A Black Feminist Statement” (1977) utilizan la idea de la existencia de una “simultaneidad de opresiones”. Opresiones basadas no sólo en el género –cómo planteaba el movimiento feminista blanco-, sino también en la clase, raza y sexualidad. Por ello las mujeres Negras vivían formas de discriminación que el planteo feminista clásico no podía abarcar²⁷.

Pero será Kimberlé Williams Crenshaw la que sobre los finales de los años 80' y principios de los 90' acuñará el concepto de “interseccionalidad” como resultado de las investigaciones que realizaba sobre la experiencia de las mujeres Negras en el ámbito laboral y sobre el tema de la violencia ejercida sobre las mujeres de color.

²⁴ PLATERO, R. (LUCAS) y SAEZ, J. (2012): *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*. Bellaterra. Barcelona.

²⁵ Más aún cuando existe cierto desconocimiento o recelo por parte del movimiento feminista sobre el tema de la discapacidad en las mujeres. Así como dentro del movimiento de la discapacidad sobre la utilidad o no del enfoque de género para sus intereses.

²⁶ Las mayúsculas, según el Combahee River Collective es para señalar la toma de conciencia y reapropiación de la negritud como algo positivo.

²⁷ “Nuestra postura política más general en la actualidad se basa en un compromiso activo contra la opresión racial, sexual, heterosexual y de clase, y creemos que es nuestra tarea hacer un análisis y práctica integradas, basadas en el hecho de que los principales sistemas de opresión están interrelacionados. La síntesis de estas opresiones crean las condiciones de nuestras vidas. Como mujeres Negras vemos el feminismo Negro como el movimiento político lógico que ha de combatir las opresiones múltiples y simultáneas a las que nos enfrentamos todas las mujeres de color.” Combahee River Collective (1977). *A Black Feminist Statement*. Reimpreso en Moraga, Cherry y Anzaldúa, Gloria (1981). *This Bridge Called My Black: Writings by Radical Women of Color*. New York: Kitchen Table, Women of Color Press. 210-218. Traducido por: Raquel (Lucas) Platero y Javier Sáez.

“En un artículo anterior, usé el concepto de interseccionalidad para señalar las distintas formas en las que la raza y el género interactúan, y cómo generan las múltiples dimensiones que conforman las experiencias de las mujeres Negras en el ámbito laboral. Mi objetivo era ilustrar cómo muchas de las experiencias a las que se enfrentan las mujeres Negras no están delimitadas por los márgenes tradicionales de la discriminación racial o de género, tal y como se comprenden actualmente, y que la intersección del racismo y del sexismo en las vidas de las mujeres Negras afectan sus vidas de maneras que no se pueden entender del todo mirando por separado las dimensiones de raza o género. Me baso en estos argumentos y exploro las diversas formas en las que la raza y el género se cruzan y dan lugar a aspectos estructurales y políticos propios de la violencia contra las mujeres de color.”²⁸

A nuestro entender Crenshaw establece una característica fundamental que da operatividad al concepto de interseccionalidad, y es el hecho de que lleva el análisis de las opresiones a un espacio de relación. Es decir, puedo identificar la existencia de discriminaciones múltiples, pero si éstas sólo se comprenden como una sumatoria, no me permiten observar la situación real de dichas discriminaciones en el espacio de relación en el que aparecen.

En un artículo de 1991 Crenshaw da cuenta de la importancia de contextualizar las relaciones que se presentan entre las distintas opresiones al expresar: “El hecho de que las mujeres pertenecientes a grupos minoritarios sufran los efectos de múltiples subordinaciones, unido a las expectativas institucionales basadas en contextos no interseccionales e inapropiados, modelan y finalmente limitan las oportunidades para poder realizar una intervención adecuada.”²⁹

La existencia de una relación dinámica entre las distintas opresiones cruzadas, invalida o minimiza el impacto de acciones para erradicarlas ya que la institución o el instrumento de políticas sociales, no ha sido diseñado en una comprensión interseccional. Pensemos que esta población está fuertemente interdicta por el campo de “lo social”³⁰ el cual trata de uniformar las demandas y necesidades de las personas con discapacidad.

Por ello el enfoque teórico de la interseccionalidad comienza a ganar espacios.

Para nuestro trabajo tomamos el concepto de interseccionalidad, ya que este concepto nos permite mostrar la

²⁸ Crenshaw, K. (1989) Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics, University of Chicago Legal Forum, 1989, 00. 139-167. Traducción propia.

²⁹ Originalmente publicado como. Crenshaw, Kimberlé W. (1991). Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color. Stanford Law Review, 43 (6), pp. 1.241-1.299. Traducido por: Raquel (Lucas) Platero y Javier Sáez.

³⁰ “...este nuevo envite “lo social”, en el que la medicina y el Estado conjugados devienen higienistas, de varias formas, incluso opuestas, que invisten o remodelan la familia”, en el Epílogo: El Auge de lo Social de Gilles Deleuze p.238 en *La Policía de las Familias* de Jacques Donzelot (1998), Pre-Textos, Valencia.

importancia de presentar la coexistencia de múltiples opresiones en un espacio de relación. Se constituye un espacio nuevo a comprender, a partir de las diferentes relaciones que establecen esas discriminaciones múltiples.

La mirada desde este nuevo espacio nos permite ver como existen diferencias al interior del colectivo de la discapacidad entre varones con discapacidad y mujeres con discapacidad, precisamente por la aparición de cuestiones no sólo de género sino también de clase, etnias, nivel educativo y elección sexual entre otras.

La implementación de la CDPD nos demuestra que se está ante un movimiento de carácter mundial para remover y modificar múltiples cuestiones que hacen a la discapacidad en el ámbito de las políticas públicas. Por lo que podríamos decir que el espacio público está siendo movilizado para la inclusión y visibilización en la vida pública de las personas con discapacidad.

Hoy es más frecuente observar la participación de personas con discapacidad de ambos sexos en la vida política, aunque debemos manifestar que la mayoría de esas personas tienen discapacidades motoras. No es habitual que las personas con discapacidad psicosocial o intelectual sean visibilizadas ocupando puestos políticos. Tal vez sea porque en la mayoría de los casos hasta se les impide tan siquiera votar.

Deberíamos preguntarnos si esta diferencia en el colectivo de la discapacidad sea producto de la existencia de una "tabla inconsciente" que jerarquiza la discapacidad, creando formas subordinadas, unas a otras.

Además de la cuestión del espacio público y el lugar de las mujeres con discapacidad en él, nos parece importante averiguar ¿Qué ocurre en el espacio de la vida privada de las mujeres con discapacidad?, ¿es igual que el espacio privado de los varones con discapacidad?

Tanto Murillo³¹ como Prost³² nos previenen sobre el hecho de que la vida privada no es algo establecido por la naturaleza y definida de una vez para siempre. La vida privada al establecerse en relación con la vida pública sufre las transformaciones que los hombres/mujeres producen al interactuar en ambos espacios, modificando en cada momento social sus contornos. Pero Murillo agrega que la vida privada en el caso de las mujeres tiene otra dimensión, la del espacio doméstico. Es decir, la mujer vivencia la experiencia del desdoblamiento de su espacio privado en algo más, que si bien puede ocupar el espacio privado totalmente, de ahí la dificultad para identificarlo, no es por definición lo mismo.

³¹ MURILLO, S. (2006): *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*. Siglo XXI. Madrid. p. XX.

³² PROST, A. (1992): Fronteras y espacios de lo privado, en Phillipe Ariés y Georges Duby, (comp), *Historia de la vida privada*. Taurus. Madrid. Tomo V.

La importancia para la autora de definir este nuevo espacio de actuación de la mujer está dada por el hecho, de que es el lugar donde se materializa el desempoderamiento de la mujer en términos de su mismidad, para dar curso a la construcción de una identidad basada en las necesidades de los otros.

Murillo nos dice que a partir de las prácticas que genera la "domesticidad", se conforma una subjetividad (la del "ser mujer") en consonancia con lo que el paradigma masculino/patriarcal establece como norma. Es por ello que el espacio de la vida privada, que en el caso del hombre está asociado a un espacio de apropiación del sí mismo, con un tiempo propio y donde se construye la individualidad y se trabaja la construcción de la autoestima; no es vivenciado de la misma manera por las mujeres.

La "vida privada" de la mujer en realidad es un espacio que carece del privilegio de la reserva. Es un lugar donde recibe demandas de otros a las que no puede sustraerse y donde debe solucionar los asuntos de esos otros.

La mujer es aquel agente que debe cubrir las necesidades afectivas y materiales (reproducción social) de los otros.

Sin duda, con este cúmulo de tareas y actividades agregadas, difícilmente se puede tener un tiempo para la apropiación de sí.

Esta forma específica de vincularse con la propia vida, es un aprendizaje de género que da como resultado una actitud encaminada al cuidado de los otros. "Es un juego de relaciones personales que supera los muros del hogar y los horarios de cena para reproducir situaciones de renuncia u otras más livianas, como los innumerables momentos de "espera" (una llamada, una carta, una cita, una demanda) respecto a los deseos del otro"³³. De esta manera se constituye un sujeto que no se percibe autorreflexivamente.

Para el caso de las mujeres con discapacidad psicosocial la "domesticidad" opera como otra forma más de exclusión: ahora en el espacio privado. Establece otras relaciones entre las desigualdades que ya vivencian y otras formas de opresión sobre ellas mismas.

En principio si como dice Murillo "El sujeto (mujer) está indefectiblemente unido a su género, lo que implica integrarse en un sistema de disponibilidad", caracterizado por "ser afectuosa para con los demás"³⁴ y sostener el rol de cuidadora. Respecto a las mujeres con discapacidad psicosocial, estas características refuerzan la discriminación a las que ya son sometidas. ¿Por qué?

En primer lugar porque existe un amplio perjuicio respecto a la "capacidad" de las mujeres con discapacidad psicosocial para poder llevar adelante las tareas de "cuidado del otro".

³³ MURILLO, S. (nota 32) p. XXIII.

³⁴ Idem. P.XXV.

Se construye todo un dispositivo, fundamentado por parte del complejo psi³⁵ y del derecho que claramente separa la posibilidad del cuidado, de la posibilidad de dar afecto. Es decir, se reconoce (no siempre) la posibilidad de que una mujer con discapacidad psicosocial "sienta" afecto, cariño, amor, por su hija/o. Pero esta posibilidad es atada a la evaluación sobre el "cuidado" que esa mujer pueda llevar adelante. Entonces, se produce una lógica tal que sobreestima el "cuidado" y devalúa la importancia del afecto.

La evaluación que nos dice que la mujer con discapacidad psicosocial "necesita cuidados" se establece como un atributo que compone un estereotipo negativo, impidiendo que se pueda evaluar en cada caso lo que la persona es y puede hacer en realidad. Recordemos que "Los estereotipos son efectivos porque establecen límites, son económicos y permiten mayores grados de manipulación y situaciones de dominio sobre la persona y/o grupos a los que se estereotipan"³⁶.

Esta oposición entre el cuidado de sí y el cuidado del otro, visibiliza el proceso de socialización que "naturaliza" el adiestramiento de las mujeres para hacerse responsables del cuidado de los otros; cómo agente exclusivo dentro de la maquinaria de reproducción social. Y en vez de detenernos a pensar sobre esta "naturalización" de los componentes del género, se procede a invalidar las consecuencias de la experiencia de las mujeres con discapacidad psicosocial.

En los casos que se observa con mayor precisión esta cuestión es cuando se discute la posibilidad de desenvolver el rol de madres por parte de mujeres con discapacidad psicosocial.

Pareciera que el afecto y los sentimientos en este curso de pensamiento se convierten en aleatorios.

En segundo lugar, las mujeres con discapacidad psicosocial tienen una relación conflictiva con el desempeño de otra de las actividades que hacen al espacio doméstico y es aquella que tiene que ver con la capacidad de dar solución a los problemas de los otros.

Objetivadas como personas "con problemas" que no pueden solucionar. Opera un principio de exclusión de su palabra caracterizado por la separación y el rechazo, no sólo al interior del grupo familiar, sino también en la red institucional en la que se desempeña.³⁷

³⁵ Denomino así a los psiquiatras, psicólogos, asesores, trabajadores sociales, consejeros de familia que participan del proceso de interdicción de las mujeres con discapacidad psicosocial.

³⁶ VALLE. T, (1997): *Andamios para una nueva ciudad*. Cátedra. Madrid. p.39.

³⁷ "...basta con pensar en toda la red de instituciones que permite al que sea -médico, psicoanalista- escuchar esa palabra y que permite al mismo tiempo al paciente manifestar, o retener desesperadamente, sus pobres palabras; basta con pensar en todo esto para sospechar que la línea de separación, lejos de borrarse, actúa de otra forma, según líneas diferentes, a través de nuevas instituciones y con efectos que no son los mismos. Y aun cuando el papel del médico no fuese sino el escuchar una palabra al fin libre, la escucha se

En tercer lugar, otro conflicto es el gerenciamiento y administración³⁸ del espacio doméstico con todas las actividades que ello conlleva. Esta actividad significa en muchos casos una pesada carga a sobrellevar, especialmente por la utilización del tiempo que requiere. Más allá de aspectos propios que pueda tener el padecimiento psíquico que impida un desarrollo efectivo de estas actividades, un aspecto a tener en cuenta es la corresponsabilidad del varón o grupo familiar en las tareas domésticas.

El inconveniente en estos casos es la dificultad para comprender, además de las características del padecimiento, las posibilidades de llevar adelante un rol doméstico esperable por parte de su pareja o el núcleo familiar.

A la escasa comprensión que se tiene del padecimiento se le suma la dificultad para entender que actividades domésticas "naturalmente" reservadas a las mujeres, las mujeres con discapacidad psicosocial, no puedan desempeñarlas como así está estipulado.

La naturalización de las funciones (dedicación a la crianza y el hogar) que la mujer debe realizar por el sólo hecho de ser mujer, llevan al varón o al grupo familiar a considerar que si no son realizadas "es por rebeldía o mala voluntad".

Opera una diferenciación muy peculiar, basada en el establecimiento e imposición del *código*, que si bien puede comprender el padecimiento, no puede comprender que ese padecimiento subvierta lo que se considera "natural"³⁹ y por lo tanto "esencial" al ser mujer.

4.- CONCLUSIONES

Para las mujeres con discapacidad psicosocial, la "domesticidad" es un mecanismo que establece un doble cerrojo a su existencia.

Por un lado atrapa a la mujer con discapacidad psicosocial en la necesidad de realizar determinadas prácticas y comportamientos para

ejerce siempre manteniendo la cesura." Foucault, M. (1983) *El Orden del Discurso*. Tusquets. Barcelona, pp. 14-15.

³⁸ "La producción doméstica demuestra, según los estudios de uso del tiempo, un único agente productor por antonomasia: la mujer, que, paradójicamente, es muy poco propensa a "contabilizar" su trabajo en términos de costes (ni de oportunidad ni de reemplazamiento)". Murillo, S. (2006) *El mito de la vida privada. De la entrega al tiempo propio*. Siglo XXI, Madrid, pp. 25

³⁹ "Fijándonos en el poder de los simbólico vemos que la percepción que se tenga de la naturaleza y la forma en que se utilice para hacer transposiciones simbólicas, va a tener una incidencia en la situación espacial asignada a las mujeres, en las valoraciones que se asignen a sus espacios y en su ubicación en el sistema de prestigio más amplio. Así, la afirmación de que el lugar de la mujer está en la casa, y que es desde este espacio donde se diseña prioritariamente su lugar y prestigio social, se basa en muchos casos en símbolos imbuidos de significados de inclusión, intimidad, protección, separación que con frecuencia van asociados a la naturaleza." Valle, T. (1997) *Andamios para una nueva ciudad. Lecturas desde la antropología*. Cátedra: Valencia, pp.36-37.

formar parte del género definido por esa "domesticidad". De esta manera se las lleva a tener que negar la diversidad existencial en la que están inmersas y renegar de su propia condición.

Por el otro, su mismo género, adaptado a la "domesticidad", las excluye por no poder conformar "esa forma de mujer" que la domesticidad indica.

A la vivencia de la opresión por ser mujer, se agrega además la vivencia de ser mujer con discapacidad y dentro de ella, la de tener un padecimiento mental.

La "domesticidad" es el concepto que muchas veces habilita el prejuicio sobre la capacidad de las mujeres con discapacidad psicosocial, para llevar adelante un papel normalizado en la sociedad.

Pero además, abre la puerta en muchos casos al dispositivo institucional de control para intervenir en una vida privada autónoma.⁴⁰

La comprensión de la posición social de la mujer con discapacidad psicosocial, nos obliga a ver otros espacios donde los sistemas de desigualdad se relacionan.

Espacios muy próximos, como el de las madres de mujeres con discapacidad, donde la función del cuidado es marcada a fuego y enviste al género. O de las mujeres que son cuidadoras de personas con discapacidad, usualmente bajo contratación informal y sin ningún convenio que las proteja.

El ámbito de la mujer con discapacidad devela con mayor crudeza que la domesticidad es una herramienta fundamental para la opresión de género, y un mecanismo ideal para reforzar la discriminación por discapacidad.

⁴⁰Prost, A. (nota 33) p. 61.

CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD: ESPECIAL ATENCIÓN A LA SALUD DE LAS MUJERES.

SOCIAL DETERMINANTS OF HEALTH: ESPECIAL ATENTION TO THE HEALTH OF WOMEN

Ines Dayana Méndez Aristizábal*

RESUMEN: Es indiscutible que la atención sanitaria es un determinante importante para la salud. Sin embargo, hace falta más que ésta para mantener la buena salud de los seres humanos. La pobreza y la desigualdad son factores que inciden de manera determinante en la buena o mala salud de las personas, condicionando su tiempo y calidad de vida. Factores que se agudizan frente a las mujeres, por la forma en que se ha organizado la sociedad, sus características biológicas, la mala alimentación, etc., lo cual hace que los indicadores de la mala salud siempre muestren un significativo aumento cuando de ellas se trata.

ABSTRACT: *A good health care system is indisputable to be an important health determinant. However, more than the previous is needed in order to provide a human being and communities with what health and wellbeing should be. Social and economic factors, such poverty and inequality, can be determinant in what can be understood as good or bad health for communities and individuals. Poverty and inequality have considerable impacts on people's quality of life and time expectancy. Those factors tend to have a worse impact on women because of their biological characteristics, malnutrition, and on how society has shaped and the role women play in it. Because of the previous an increase on bad health indexes can be observed when one analyzes women health data.*

PALABRAS CLAVE: mujeres, derecho a la salud, condicionantes sociales de la salud, pobreza, desigualdad.

KEYWORDS: *women, right to health, social determinants of health, poverty, inequality.*

Fecha de recepción: 30/11/2015

Fecha de aceptación: 14/11/ 2015

* Abogada Universidad Surcolombiana de Neiva. Magister en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Docente Facultad de Derecho Universidad Antonio Nariño (Neiva-Colombia). E-mail: Idamena_18@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

La pobreza y la desigualdad son factores que inciden de manera determinante en la buena o mala salud de las personas, condicionando su tiempo de vida y calidad de la misma. Es indiscutible que la atención sanitaria es un determinante importante para la salud. Sin embargo, hace falta más que el simple suministro de servicio sanitario para mantener la buena salud de las personas. Por mucho tiempo se insistió en los hábitos, los estilos de vida, los factores de riesgo, sin embargo ello no fue suficiente para restablecer la salud de la humanidad, para reducir los índices de la mala salud y esto es así, porque definitivamente son otros los elementos a tener en cuenta para superar estos resultados, son otras las situaciones que condicionan o determinan la buena o mala salud de las personas y vienen dadas más por su entorno social y económico que por sus hábitos o estilos de vida.

En esa línea de reflexión, la Organización Mundial de la Salud, en su asamblea de 2004, lanzó la directriz de trabajar sobre los determinantes sociales y económicos de la salud como una estrategia que propendía aplicar el conocimiento científico acumulado en relación con las causas últimas o estructurales de los problemas de salud¹. Para la Organización Mundial de la Salud, los determinantes sociales de la salud son las circunstancias en que las personas nacen, crecen, viven, trabajan y envejecen, incluido el sistema de salud. Esas circunstancias son el resultado de la distribución del dinero, el poder y los recursos a nivel mundial, nacional y local, que depende a su vez de las políticas adoptadas, de suerte que los determinantes sociales de la salud explican la mayor parte de las inequidades sanitarias, esto es, de las diferencias injustas y evitables observadas en y entre los países en lo que respecta a la situación sanitaria². En consecuencia, se crea una Comisión sobre Determinantes Sociales de la Salud, cuyo objetivo es ayudar a las naciones a abordar los factores sociales que conducen a la mala salud y las inequidades. Para la Comisión, la mala salud de los pobres, el gradiente social de salud dentro de los países y las grandes desigualdades sanitarias entre estos, están provocadas por una distribución desigual a nivel mundial y nacional, del poder, los ingresos, los bienes, los servicios y por las consiguientes injusticias que afectan a las condiciones de vida de la población (acceso a atención sanitaria,

¹ ALVAREZ CASTAÑO, Luz Stella, "Los determinantes sociales de la salud: más allá de los factores de riesgo", *Revista Gerencia y Políticas de Salud*, v. 8, n. 17, pp. 69-79.

²http://www.who.int/social_determinants/thecommission/es/

escolarización, educación, condiciones de trabajo y tiempo libre, vivienda, etc.) y la posibilidad de tener una vida próspera³.

La Comisión destaca igualmente que la distribución desigual, no es de ninguna manera un fenómeno "natural", sino el resultado de una nefasta combinación de políticas y programas sociales deficientes, arreglos económicos injustos y mala gestión política, que los determinantes estructurales y las condiciones de vida en su conjunto constituyen los determinantes sociales de la salud que son la causa de la mayor parte de las desigualdades sanitarias⁴.

Desde una perspectiva de justicia o tal vez desde una mera percepción intuitiva, no debería ser que las personas vean supeditada su calidad de vida al hecho de vivir en un lugar u otro o pertenecer a una u otra clase social, pero desafortunadamente, en nuestra realidad es así. Las personas viven mejor si tienen capacidad adquisitiva, si tuvieron la fortuna de nacer en una familia adinerada, si viven en un lugar privilegiado, de lo contrario, es altamente probable que las necesidades que tendrán que sortear serán muchas e incluso podrán incrementar si se trata de niños o niñas, de personas con discapacidad, afrodescendientes, indígenas, mujeres o de cualquier otro colectivo en situación de vulnerabilidad. Por ello de manera especial en este artículo además de hacer una aproximación para establecer la relación entre pobreza, desigualdad y salud, procuraré destacar la relación y la forma en la que estas situaciones se acentúan cuando de las mujeres del mundo se trata.

2.- POBREZA Y DESIGUALDAD

El concepto de *pobreza* resulta tan cotidiano –lo escuchamos todos los días en nuestro entorno laboral, social, familiar, en los medios de comunicación, etc.- como elaborado –es parte del debate académico y de la agenda de las naciones del mundo-. La pobreza hace presencia en todo el mundo, permeando cada esfera en donde el actuar del Estado no llega, ya sea porque no es tan fuerte o porque simplemente no actúa. En donde las necesidades y la escasez están a la orden del día, "pobreza remite a ciertas carencias de bienes y servicios mínimos que determinada sociedad considera como indispensables para todos sus miembros⁵".

³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, "Informe Subsanan desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud", Ginebra, 2009, pág. 1.

⁴ *Ibidem*.

⁵ GUTIERREZ, Alicia, *Pobre como siempre...Estrategias de reproducción social de la pobreza*, Ferreira Editor, Córdoba-Argentina, 2005, Cap. I: "Pobreza, marginalidad, estrategias, las discusiones teóricas del análisis", pág. 21.

La pobreza produce discriminación social, exclusión, falta de ingresos y recursos insuficientes para garantizar medios de vida sostenibles, hambre y malnutrición, mala salud, limita el acceso a la educación, produce aumento de la morbilidad y mortalidad de la enfermedad, falta de vivienda o viviendas inadecuadas, ambientes inseguros y excluye de la participación política, democrática y ciudadana⁶.

Vivir una vida sin pobreza, sin necesidades satisfechas, es un precepto reconocido en La Declaración Universal de los Derechos Humanos, que en su artículo 25.1 contempla que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido y la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios.

Este derecho es igualmente contemplado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su artículo 11 que reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejor continua de las condiciones de existencia, reconociendo además el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre.

Pero el ejercicio para contrarrestar la pobreza va más allá. En septiembre de 2012, en su 21º periodo de sesiones, el Consejo de Derechos Humanos aprobó los principios rectores sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, que sostienen que erradicar la extrema pobreza no es sólo un deber moral, sino también una obligación jurídica. Por ello es necesario que los principios sean tenidos en cuenta en la lucha contra la pobreza y en la orientación de todas las políticas públicas que afectan a las personas que viven en ese estado.

Sostiene el Consejo que la pobreza es un fenómeno multidimensional que comprende la falta tanto de ingresos como de las capacidades básicas para vivir con dignidad, es un problema de derechos humanos urgente. Sostiene además que, la pobreza se convierte en causa y consecuencia de todo tipo de violaciones de derechos humanos, que se caracteriza por vulneraciones múltiples e interconexas de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales, de suerte que las personas que viven en la pobreza se ven expuestas regularmente a la denegación de su dignidad e igualdad.

La pobreza también es una violación de las normas absolutas elementales de justicia social. La justicia social insiste en los principios fundamentales de la no discriminación y la igualdad, incluida la igualdad de derechos a plenitud a través del ejercicio de los derechos civiles,

⁶ NACIONES UNIDAS, *Rethinking Poverty. Report on the World Social Situation 2010*, New York, 2009, pág 8.

políticos, derechos económicos, sociales y culturales. Lo cual da lugar a un conjunto de prioridades socioeconómicas que dirigen el foco de la política a los problemas de vulnerabilidad, la discriminación y el desarrollo segregado. La justicia social exige que todo el mundo debería tener un nivel de vida mínimo, y que las personas que viven en la pobreza deben recibir asistencia cuando carecen de los medios para vivir vidas que permitan afirmar su valor y la dignidad humana⁷.

Si bien la pobreza se ha entendido como la carencia de recursos para garantizar una subsistencia digna, esta afirmación puede resultar incompleta sino se precisa sobre diversos aspectos, esos que den cuenta de una real situación bienestar y mínimos básicos satisfechos para los seres humanos, tales como salud (nutrición, mortalidad infantil), educación (años de escolaridad, asistencia a la escuela) y calidad de vida (combustible para cocinar, saneamiento, agua potable, electricidad, vivienda bienes propios).

Para ello el Programa de Naciones Unidas para el desarrollo humano viene trabajando con el índice de pobreza multidimensional (MPI), ello bajo el entendido de que las personas en situación de pobreza y pobreza extrema se ven afectadas por otro tipo de carencias además de la mera falta de recursos económicos, estableciéndose que más de 2.200 millones de personas en el mundo se encuentran en situación de pobreza multidimensional o cerca de ella. Esto significa que más del 15 % de la población mundial sigue siendo vulnerable a la pobreza multidimensional, es decir, experimentando múltiples carencias en los ámbitos de la salud, educación y en su nivel de vida. El índice de pobreza multidimensional no se limita al mero cálculo de los ingresos sino que identifica las privaciones que sufren las personas en las tres dimensiones del Índice de Desarrollo Humano⁸. Al mismo tiempo, casi el 80% de la población mundial no cuenta con una protección social integral. Alrededor del 12 % (842 millones) de la población padece hambre crónica, casi la mitad de los trabajadores (más de 1500 millones) tienen empleos informales o precarios⁹ y 18.000 niños y niñas mueren cada día por causas prevenibles y atribuibles a la pobreza¹⁰. La tasa de pobreza de América Latina en 2012 alcanzó al 28,2% de la población, y la indigencia o pobreza extrema, al 11,3%. Estos

⁷ NACIONES UNIDAS, Rethinking Poverty. Report on the World Social Situation 2010, New York, 2009, p. 6. Ver <http://www.un.org/esa/socdev/rwss/docs/2010/fullreport.pdf>

⁸ Según definición dada por el PNUD, ver <http://hdr.undp.org/es/faq-page/multidimensional-poverty-index-mpi#t295n2120>

⁹ NACIONES UNIDAS, Resumen Informe PNUD sobre desarrollo humano 2014, New York, 2014 p. 2. Disponible en: <http://hdr.undp.org/sites/default/files/hdr14-summary-es.pdf>

¹⁰ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, *Estado mundial de la infancia de 2014 en cifras: Todos los niños y niñas cuentan*, Nueva York, 2014. Disponible en <http://www.unicef.org/spanish/sowc2014/numbers/documents/spanish/SP-FINAL%20FULL%20REPORT.pdf>

porcentajes equivalen a 164 millones de personas en situación de pobreza, de los cuales 66 millones son pobres extremos¹¹, y aunque las cifras del Banco Mundial estiman que el número de personas que viven en el mundo con menos de 1,25 dólares diarios es de 1.010 millones, según un informe publicado por el Overseas Development Institute (ODI), un centro de estudios independiente con sede en Londres, esa cifra podría incluir a 350 millones más¹².

La definición de pobreza usualmente suele responder al hecho de encontrarse “por debajo o en situación de riesgo de situarse por debajo de cierto umbral mínimamente aceptable de oportunidades decisivas en diferentes dimensiones, como la salud, la educación, los recursos materiales y la seguridad¹³”. Sin embargo desde la perspectiva del economista y filósofo Amartya Sen, la pobreza es el fracaso de las capacidades básicas debido a la insuficiencia de medios económicos para alcanzar determinados niveles mínimamente aceptables y ello incluye desde funcionamientos físicamente elementales como estar bien nutrido o vestido y protegido adecuadamente, o libre de enfermedades prevenibles, etc., hasta logros sociales más complejos, tales como participar en la vida de la comunidad, poder aparecer en público sin avergonzarse, y así sucesivamente¹⁴.

Es decir que respecto de la pobreza, la consideración a tener en cuenta es la existencia de una insuficiencia de ingresos para generar capacidades mínimas aceptables y no de lo reducido de estos, independientemente de las características de la persona, pues una “línea de pobreza” que no se fija en las características individuales no puede hacer justicia ante las verdaderas preocupaciones de la pobreza¹⁵. Se trata de fijar especial importancia a las necesidades que pueden variar entre las personas aún percibiendo las mismas cantidades de ingresos. Pensemos por ejemplo –como lo plantea Sen- que de dos personas que

¹¹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE –CEPAL- Panorama Económico y Social, 2013, Santiago de Chile, 2014, p. 29. Disponible en http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35917/S20131079_es.pdf?sequence=1

¹²OVERSEAS DEVELOPMENT INSTITUTE, *The data revolution. Finding the missing millions*, Londres 2015. Disponible en

<http://www.developmentprogress.org/sites/developmentprogress.org/files/case-study-report/data-revolution-finding-the-missing-millions-final-20-april.pdf> Los investigadores

del informe dan por supuesto que las estadísticas se basan en datos empíricos y que tienen un carácter científico o empírico, pero afirman que en muchos casos no es así sino que son fruto de estimaciones o negociaciones políticas. Ver

<http://www.developmentprogress.org/publication/data-revolution-finding-missing-millions>

Para ampliar sobre la situación de la pobreza en el mundo ver RIBOTTA, Silvina, “El malestar del mundo actual”, *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, N° 8, 2008, p. 57-72.

¹³ NACIONES UNIDAS, Informe PNUD sobre desarrollo humano 2014, p. 22. Disponible en: <http://www.undp.org/content/dam/undp/library/corporate/HDR/2014HDR/HDR-2014-Spanish.pdf>

¹⁴ SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, Alianza, Madrid, 1992, p. 128.

¹⁵ *Ibidem*.

tienen un nivel de ingresos similar, una de ellas –que incluso puede tener ingresos un poco mayores- tenga un problema de salud que le implique procedimientos muy costosos, en este caso, esta persona tiene una vida más empobrecida que la de la otra, pues está frente a una insuficiencia de ingresos, lo que gana no le permite convertir en capacidades para funcionar, es decir, no se puede analizar aisladamente los ingresos económicos –sean altos o bajos- independientemente de la capacidad de funcionar derivada de estos ingresos, en palabras de Silvina Ribotta¹⁶, lo relevante no es lo *reducido* que los ingresos sean en términos de cantidad, sino lo *insuficientes* que resulten para generar capacidades mínimamente aceptables, lo sensible o no que sean a la conversión de ingresos en capacidades. Para Sen tener una cierta capacidad, es ser capaz de alcanzar una serie de desempeños y estos son variados, pueden ir desde los más complejos como el logro de autorrespeto o de un alto nivel de integración dentro de la sociedad, hasta otros básicos como lograr un nivel nutricional o de salud adecuados. El enfoque de la capacidad se centra en las vidas humanas, en las oportunidades reales de las personas y no sólo en los recursos de la gente, en la forma de posesión o usufructo de objetos de conveniencia¹⁷.

Ahora bien, al lado de la pobreza camina otro fenómeno que hace que esta se fortalezca cada día: se trata de la desigualdad. La desigualdad social puede entenderse como la condición por la cual las personas tienen un acceso distinto a los recursos, servicios y posiciones que la sociedad valora¹⁸, es decir, esa manera inequitativa en que se distribuyen los recursos y bienes necesarios para que las personas puedan ver satisfechas sus necesidades.

Aunque muchas personas aún sostengan que en el mundo hay pobreza porque hay escasez de recursos y porque de una u otra forma es inevitable que unos padezcan necesidades para que otros vean satisfechas las suyas, lo cierto es que la escasez no explica el que haya personas que disponen de pocos o ningún recurso, ni que exista escasez respecto a personas concretas, ni sirve como argumento para justificar el hambre y la miseria. Es decir, en el mundo la carencia generalizada de recursos se da en un determinado contexto social y geográfico, pero no en términos globales de la sociedad mundial. De este modo, la cuestión no es que no existan recursos suficientes, sino la forma en que estos están distribuidos. Así pues, el problema de la pobreza es

¹⁶ RIBOTTA, Silvina, "Pobreza hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren de hambre" *Revista electrónica Iberoamericana*, Vol. 4 Nº 1, 2010, pág. 151.

¹⁷ SEN, Amartya, *La idea de la Justicia*, Ed Taurus, Madrid, 2010, pág. 283.

¹⁸ KERBO, Harold, *Estratificación Social y Desigualdad. El conflicto de clase en perspectiva histórica comparada y global*, Trad. M.T. Casado, McGraw-Hill/Interamericana de España, 2004, pág. 11.

realmente el problema de la distribución de recursos en el mundo, el problema es la existencia de desigualdades económicas, pues aunque existen diversos tipos de desigualdades, de tipo sociales, culturales, políticas, económicas, sexuales, de género, etc, es la desigualdad económica la que principalmente condiciona al resto de desigualdades, hace que las demás desigualdades sociales se agudicen y se tornen complejas de superar, pues es la desigualdad económica la que predispone a la pobreza.¹⁹

La desigualdad entonces se constituye como un fenómeno intimamente ligado a la estratificación social, es decir, a la forma en como las personas nos hemos organizado. La desigualdad se ha institucionalizado, se ha establecido en un sistema de jerarquía en capas y ha creado un sistema de relaciones sociales que determina quién recibe qué y por qué. Así, las personas esperan que los individuos o grupos de cierta posición sean capaces de acumular una mayor parte de bienes y servicios²⁰.

De esta manera vamos por la vida justificando la existencia de ricos y pobres y naturalizando el hecho de que los primeros sean los dueños de la mayor parte de la riqueza, situación que se refleja en todas las esferas, en todos los lugares del mundo.

Para Naciones Unidas²¹ La desigualdad es una amenaza importante para el desarrollo humano, especialmente porque es un reflejo de la desigualdad de oportunidades y pasado cierto umbral, afecta al crecimiento, a la reducción de la pobreza y a la calidad de la participación social y política. Una desigualdad muy marcada también afecta a la idea de un propósito compartido y fomenta la búsqueda de rentas por parte de grupos influyentes, es decir, supera el principio del interés general y se dedica a alimentar intereses particulares, los intereses de los más poderosos.

Es así como el 1% de las familias del mundo posee casi la mitad (el 46%) de la riqueza mundial²², mientras que los 3500 millones de personas más pobres tienen la misma riqueza que las 85 personas más ricas del mundo²³.

La riqueza del 1% más rico de la población mundial asciende a 110 billones de dólares, una cifra que es 65 veces mayor que la de la riqueza total que posee la mitad más pobre de la población²⁴.

¹⁹ RIBOTTA, Silvina, "Pobreza hambre y justicia en América Latina y el Caribe. Debatiendo sobre la justicia mientras 53 millones de latinoamericanos sufren de hambre", citado, pág. 152.

²⁰ KERBO, Harold, *Estratificación Social y Desigualdad. El conflicto de clase en perspectiva histórica comparada y global*, citado.

²¹ NACIONES UNIDAS, Informe PNUD sobre desarrollo humano 2014, citado, pág. 24

²² OXFAM, *Gobernar para las élites-Informe 2014*, pág. 5 en www.oxfam.org

²³ NACIONES UNIDAS, Informe PNUD sobre desarrollo humano 2014, citado.

²⁴ OXFAM, *Gobernar para las élites-Informe 2014*, pág. 5. Disponible en www.oxfam.org

Sorprende que mientras una gran parte de la población pretende justificar la crisis de algunos países europeos atribuyéndola al colapso de los Estados de bienestar, nos encontremos con que desde que comenzó la crisis económica, el número de multimillonarios casi se duplicó, hasta alcanzar las 1.645 personas en todo el mundo, pero sorprende más aún que el auge de multimillonarios no es un asunto sólo de los países ricos, pues actualmente hay 16 multimillonarios en África subsahariana, que conviven con los 358 millones de personas en situación de pobreza extrema.²⁵

Mientras gran parte de la población sufre extremas necesidades, una pequeña élite acumula riquezas de manera impresionante, si Bill Gates quisiera convertir en efectivo toda su riqueza y se gastase un millón de dólares al día, necesitaría 218 años para acabar con toda su fortuna. Aunque, en realidad, los intereses que genera su riqueza podrían reportarle 4,2 millones de dólares diarios, incluso aunque la tuviese en una cuenta de ahorro modesta (a un interés del 1,95%).²⁶

La desigualdad influye inclusive en los niveles de delincuencia. Las tasas de homicidios son casi cuatro veces más altas en aquellos países con una desigualdad económica extrema que en las naciones más igualitarias. América Latina (la región más desigual y peligrosa del mundo)²⁷ es un duro ejemplo de esta tendencia. En ella se encuentran 41 de las 50 ciudades más peligrosas del mundo, y allí se han perpetrado un millón de asesinatos entre los años 2000 y 2010²⁸.

La distribución de los ingresos dentro de un país repercute considerablemente en las oportunidades de futuro de su población. Bangladesh y Nigeria, por ejemplo, tienen rentas medias similares. Nigeria es un país algo más rico, pero bastante menos igualitario. En consecuencia, un niño nacido en Nigeria tiene tres veces más posibilidades de morir antes de cumplir 5 años que un niño nacido en Bangladesh²⁹.

La desigualdad influye incluso en la expectativa de vida de los seres humanos, así por ejemplo un niño nacido en 2012 en un país de ingresos altos tiene una esperanza de vida de 75,8 años, o sea, más de 15 años más que un niño nacido en un país de ingresos bajos (60,2

²⁵ OXFAM, *Acabemos con la desigualdad extrema. Es hora de cambiar las reglas*, 2014, págs. 8 y 9. Disponible en https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/file_attachments/cr-even-it-up-extreme-inequality-291014-es.pdf

²⁶ *Ibidem*.

²⁷ NACIONES UNIDAS, Informe PNUD sobre desarrollo humano 2013, New York 2013.

²⁸ OXFAM, *Acabemos con la desigualdad extrema. Es hora de cambiar las reglas*. Citado, pág. 13.

²⁹ *Ibidem*.

años), o puede ser más incluso, respecto de uno que ha nacido en algún país africano (menos de 55 años).³⁰

La desigualdad no se evidencia solamente entre países, entre aquellos que se consideran ricos y aquellos considerados pobres. La desigualdad se presenta también dentro de los países y esta aumenta rápidamente en todo el mundo. Hoy 7 de cada 10 personas del planeta viven en un país donde la desigualdad económica es mayor ahora que hace 30 años. Situación que ocurre incluso en los países ricos, en donde ser pobre supone una reducción ostensible de las capacidades, pues en un país que es rico se necesitan más ingresos para comprar suficientes bienes y alcanzar un nivel adecuado de funcionamientos, como lo dice Amartya Sen, se trata incluso de cosas tan elementales como el hecho de poder aparecer en público sin tener que avergonzarse hasta cosas más trascendentales como poder participar en la vida de la comunidad³¹.

Definitivamente la pobreza y la desigualdad no son inevitables, ni nacen por generación espontánea. Son el resultado de decisiones y acciones políticas. No es que no existan suficientes recursos para cubrir las necesidades de la humanidad, lo que sucede realmente es que esos recursos están acaparados en unas pocas manos, en manos de las élites económicas mientras millones de seres humanos viven en la pobreza, sufriendo toda clase de carencias, en todos los aspectos de su vida. Tal vez uno de los más relevantes y críticos es la salud, por ello nos enfocaremos en algunas reflexiones en torno a la incidencia que tienen la pobreza y la desigualdad en la salud de los seres humanos.

3.- LA POBREZA, LA DESIGUALDAD Y LA SALUD

Para las Naciones Unidas³², la pobreza es una condición humana que se caracteriza por la privación continua o crónica de los recursos, la capacidad, las opciones, la seguridad y el poder necesarios para disfrutar de un nivel de vida adecuado y de otros derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales. Condición humana que inevitablemente toca la esfera de la salud, haciendo que las personas enfermen más y mueran más: la pobreza se convierte en causa y efecto de la mala salud.

La pobreza y la mala salud están fuertemente relacionadas. Los países pobres tienden a presentar peores resultados sanitarios que los

³⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estadísticas sanitarias mundiales*, 2014, Ginebra, 2014.

³¹ SEN, Amartya, *Nuevo examen de la desigualdad*, citado.

³² FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, *Estado mundial de la infancia 2005: La infancia amenazada*. New York, 2004, pág. 16.

ricos y al interior de cada país las personas pobres tienen más problemas de salud que las adineradas³³. La mala salud se asocia generalmente a considerables costos sanitarios, a privaciones en otros aspectos de su vida: como si fuera un mutuallismo, la una acrecienta a la otra.

Ante la escasez de recursos para alcanzar un nivel mínimo de satisfacción de las necesidades básicas, la salud, como bien indispensable en la vida de los seres humanos resulta afectado y dicha afectación se hace más notoria en la población más pobre, que la mayoría de las veces es la que reside en la zona rural, resultando por ello mucho más afectada. Esto nos lo confirma un reciente informe de la OIT,³⁴ según el cual el 56 por ciento de las personas que viven en las zonas rurales en el mundo no tienen acceso a los servicios de salud básicos, más del doble de la cifra de las zonas urbanas, donde el 22 por ciento no tiene cobertura. En África se encuentra el número más alto de personas (83 por ciento) que viven en zonas rurales que no están cubiertas por servicios básicos de salud. No obstante, las mayores diferencias entre las zonas rurales y las urbanas se observan en Asia: por ejemplo en Indonesia, el porcentaje de personas no cubiertas es dos veces más alto en las zonas rurales que en las urbanas.

En cualquier caso la insuficiencia de recursos está estrechamente vinculada con la falta de acceso a los servicios. La OIT destaca que la falta de recursos económicos es casi dos veces más alta en las zonas rurales que en las urbanas y que los déficits más grandes se encuentran en África. En Nigeria, por ejemplo, más del 82 por ciento de la población rural está excluida de los servicios sanitarios a causa del número insuficiente de trabajadores de la salud, frente a 37 por ciento en las zonas urbanas. Sin embargo, enormes desigualdades existen también en Asia y América Latina.

La pobreza permea todas las esferas de la vida de las personas cuando de salud se trata. Enferma, o acrecienta los problemas existentes, afecta el aspecto económico de las personas y las familias e inevitablemente termina condenando a la muerte. Dos millones de niños menores de cinco años mueren todos los años por no estar vacunados contra las enfermedades más corrientes; aproximadamente 7 de cada 10 muertes que acaecen entre niños menores de cinco años en países en desarrollo pueden atribuirse a unas cuantas causas principales: infecciones agudas de las vías respiratorias, diarrea, sarampión o paludismo y la desnutrición que es la causante de la mitad de estas

³³ WAGSTAFF, Adam, "Pobreza y desigualdades en el sector de la salud", *Revista Panamericana de Salud Pública*, 11 (5/6), 2002, pág. 316-326.

³⁴ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global evidence on inequities in rural health protection: New data on rural deficits in health coverage for 174 countries*, Ginebra, 2015.

muerter³⁵. Los niños más pobres del mundo tienen 2,7 veces menos posibilidades que los ricos de contar con la presencia de un profesional cualificado al nacer³⁶.

En el 2012 La tasa de pobreza de América Latina alcanzó al 28,2% de la población, y la indigencia o pobreza extrema, al 11,3%. Estos porcentajes equivalen a 164 millones de personas en situación de pobreza, de los cuales 66 millones son pobres extremos³⁷. Destacándose además que La infraestructura sanitaria es el servicio más escaso para estos grupos, ya que solo tiene acceso a ella un 47% de la población indigente y un 61% de la población pobre³⁸.

La salud es tal vez el ámbito del ser humano que más se afecta con la pobreza, habida cuenta de su estrecha relación con las condiciones de vida de las personas, que pueden ser mejores o peores de acuerdo a los recursos que se tienen para suplir sus necesidades. De esta forma podemos ver cómo la vida de alguien se predispone según el lugar en el que haya nacido y las condiciones que hayan rodeado su existencia. Así por ejemplo alguien que haya nacido en el Japón o en Suecia puede esperar vivir más de 80 años, en el Brasil 72, en la India 63 y en algún país africano menos de 50 años.³⁹

Si hablar de la relación existente entre pobreza y la salud nos resulta asombroso, más aún nos resultará hablar de la incidencia que tiene la desigualdad social sobre la salud de los seres humanos, la forma en que determina que aún bajo ciertas condiciones similares, la suerte de una persona y otra pueda variar según el lugar donde viva.

El riesgo de que un niño muera antes de cumplir 5 años es ocho veces mayor en la Región de África que en la Región de Europa⁴⁰. Los países de ingresos altos tienen un promedio de casi 90 enfermeras y parteras por cada 10 000 habitantes, mientras que algunos países de ingresos bajos tienen menos de 2 por 10 000 habitantes.

No dejemos de lado que los costos sanitarios en gran parte del mundo suelen ser muy altos y los sistemas de salud han dejado en manos de las personas el pago de cuotas, copagos, servicios no incluidos en los planes de seguros, etc., en muchos países las personas

³⁵ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, *Estado mundial de la infancia 2005: La infancia amenazada*, citado, pág. 17.

³⁶ FONDO DE NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA, *Estado mundial de la infancia de 2014 en cifras: Todos los niños y niñas cuentan*, citado, pág. 3.

³⁷ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, NACIONES UNIDAS, *Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños* –Documento elaborado como aporte a la segunda Cumbre de Jefes de Estado y Gobierno de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC), Cap. II, pág. 29.

³⁸ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, NACIONES UNIDAS, *Panorama Social de América Latina 2012*, citado, pág. 20.

³⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD – COMISION SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, *Informe final-Subsanar las desigualdades en una generación, 2009*.

⁴⁰ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Estadísticas Mundiales 2014*, Ginebra, 2014, pág. 3.

que viven en la pobreza son obligadas a incurrir en altos gastos por salud, incluso más que otros grupos poblacionales ya que son a menudo más afectados por las enfermedades. Las medidas para atender las necesidades de los grupos pobres y vulnerables a menudo han demostrado ser ineficaces para reducir los gastos en salud que salen de sus bolsillos, pues los constantes recortes en el gasto en salud pública amenazan con aumentar la carga financiera de los hogares. Por ejemplo, entre 2007 y 2011, los gastos personales para el cuidado de la salud incrementaron en un 35% en la República Unida de Tanzania, 8% en Ucrania y 6% en Sri Lanka⁴¹.

En la India, pagar por la atención médica se ha convertido en la principal causa de empobrecimiento de los pobres e incluso de la clase media. Si el miembro del hogar que aporta los principales ingresos se enferma, el hogar se puede ver expuesto a la pobreza y sin poder salir de ella. Los últimos datos sugieren que más del 40 por ciento de los pacientes de los hospitales tuvieron que pedir dinero prestado o vender activos y cerca del 35 por ciento se sumieron en la pobreza a causa de sus gastos en salud⁴².

Podría pensarse que las diferencias que se presentan entre países ricos y países pobres encuentran explicación en la escasez de recursos de los segundos, sin embargo es necesario ver con detenimiento lo que ocurre al interior de los países ricos y si ello no se explica desde la carencia de recursos –son ricos- entonces ¿por qué encontramos en ellos personas que no gozan de una salud adecuada? En todos los países, con independencia de su nivel de ingresos, la salud y la enfermedad siguen un gradiente social: cuanto más baja es la situación socioeconómica, peor es el estado de salud. En el Reino Unido, por ejemplo, los hombres nacidos en las zonas más ricas del país pueden disfrutar de una vida nueve años más larga que los hombres nacidos en zonas más deprimidas⁴³. Entre los norteamericanos la esperanza de vida entre las personas que conforman el 5% más rico, es de nueve años más que aquellos que están entre el 10% de ingresos más bajos⁴⁴ y según estimaciones del Banco Mundial serán necesarias alrededor de cinco generaciones para que algunas diferencias se superen, para que una familia que gana la mitad del ingreso medio nacional pueda llegar al

⁴¹ONU MUJERES, informe. *Progress of the world's women 2015-2016*, New York, 2016 pp. 159-161.

⁴²NACIONES UNIDAS, Informe PNUD sobre desarrollo humano 2014, citado, pág. 24.

⁴³OXFAM, *Acabemos con la desigualdad extrema. Es hora de cambiar las reglas*. Citado, pág. 50.

⁴⁴BARRY, Brian, *Why social justice matters* según cita LEMA AÑÓN, Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, citado, pág. 253.

nivel de ingresos medios, siendo esa desigualdad particularmente pronunciada en los afronorteamericanos con bajos ingresos⁴⁵.

Es evidente que no es un asunto de escasez de recursos, sino de la forma en cómo estos están repartidos. No es la privación absoluta asociada al bajo desarrollo económico, lo que explica las diferencias de salud entre los países, lo importante no es el tamaño del pastel económico, sino de cómo el pastel se comparte⁴⁶.

Podemos pensar que la diferencia en salud entre países pobres y ricos puede explicarse en términos de carencia de recursos. Sin embargo las diferencias en salud al interior de los países no se explican por el mismo motivo, prueba de ello es que la diferencia de recursos entre países ricos y países pobres es tan grande que incluso las personas que están en peor situación social en países ricos pueden ser más ricas en términos absolutos que los menos favorecidos en países pobres y aun así tener peores resultados en salud. Esto indica que hay componentes sociales, más allá del factor material, que marcan una relación entre la salud y la posición social, de tal forma que son las desigualdades sociales los factores más relevantes incluso por encima de las carencias materiales, las que terminan determinando la buena o mala salud de las personas.⁴⁷ Cuando las desigualdades están presentes en los pobres, se tiende a pensar que la pobreza y las privaciones se explican por ello, por su condición de pobreza. Sin embargo, algunos países más pobres aplican políticas que producen excelentes resultados en la salud global, mejores que las de los países ricos, países desarrollados donde la fuente de la desigualdad no son las privaciones y la profunda pobreza⁴⁸. Así por ejemplo tenemos que el Informe del año 2013 sobre la Salud en el mundo⁴⁹, elaborado por la OMS indica cómo en países mayoritariamente de ingresos bajos y en los que muchas personas necesitan protección contra los riesgos económicos, más del 40% del gasto total en salud correspondía a pagos directos de los usuarios y en otros países –entre los que se encontraban Argelia, Bhután, Cuba, Lesotho y Tailandia- esos pagos representaban menos del 20% del gasto sanitario. Los gobiernos de estos países demuestran que pese a que el promedio de los ingresos es bajo, las personas más pobres pueden gozar de protección contra la necesidad de hacer

⁴⁵ BANCO MUNDIAL, *Informe sobre el desarrollo mundial 2006: equidad y desarrollo*, Washington D.C, 2005, pág. 6 Disponible en <http://siteresources.worldbank.org/INTWDR2006/Resources/477383-1127230817535/0821364146.pdf>

⁴⁶ DANIELS, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University, New York, 2008, pág 87.

⁴⁷ LEMA AÑON, Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, Ed Dykinson, Madrid, 2009, pág. 252.

⁴⁸ DANIELS, Norman, *Just Health: Meeting Health Needs Fairly*, citado, p. 80.

⁴⁹ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, *Informe sobre la salud en el mundo 2013*, Cap. I, pág. 13.

grandes pagos de dinero con consecuencias desastrosas para adquirir las prestaciones de salud.

Es claro que todos esos resultados nefastos que hemos mencionado no se presentan porque en el mundo no existan los medios suficientes para suplir las necesidades en salud de las personas. Lo que sucede es que están acaparados en unas manos y se está condenando con ello a las poblaciones vulnerables a enfermar y a morir por ello. Las políticas de los gobiernos cada vez tienden más a mercantilizar la salud, a convertirla en un bien de consumo, de esos por los cuales hay que pagar un alto costo. Lo lamentable es que incluso se tenga que pagar con la propia vida. Estamos condenando a la miseria, a la multiplicación de tristes testimonios de vida –o de muerte- porque alguien que nazca en situación de pobreza y en un ambiente desigual tiene remotas posibilidades de salir de él, de superar esas limitantes, más aun con la dinámica que se acrecienta en el mundo con carencia de oportunidades, imposibilitando la movilidad social y económica, que recordemos no es propio sólo de los países pobres sino de sociedades desiguales, pues una buena salud como lo señala Carlos Lema no es propia de los países más ricos sino de los países más igualitarios⁵⁰.

En el mundo, la desigualdad en cualquiera de los espejos en que se refleje siempre se va a ver agudizada cuando recae sobre las mujeres. Los problemas de salud se multiplican –en diversos aspectos- cuando de ellas se trata. La forma en que se ha organizado la sociedad, las tareas que se le han delegado, sus características biológicas, sus dificultades para el acceso y las condiciones laborales, entre otros factores, inciden determinadamente en su buena salud. Esto hace que los indicadores de la mala salud siempre muestren un significativo aumento cuando de ellas se trata, por ello vamos a dedicar un apartado especial a esta reflexión.

4.- CONDICIONANTES SOCIALES DE LA SALUD Y LAS MUJERES

Las mujeres como colectivo históricamente situado en una situación de vulnerabilidad, siempre ven incrementada cualquier afectación por la forma en que se ha organizado la sociedad, por las tareas que se le han delegado, sus características biológicas, sus dificultades para el acceso laboral y las condiciones una vez allí, la mala alimentación, entre otros factores, que inciden determinadamente en su salud, esto hace que los indicadores de la mala salud siempre muestren un significativo aumento cuando de ellas se trata, para ellas las inequidades en salud son todavía más innecesarias, e injustas como

⁵⁰ LEMA AÑON, Carlos, *Salud, Justicia, Derechos*, citado.

evitables, por eso en este apartado vamos a reflexionar sobre la forma en como esas condiciones sociales, la forma en que viven su vida –o a la que la sociedad las conmina- inciden de forma aún más cruel sobre ellas que sobre el resto de la población.

Las inequidades por razón de género son una realidad en nuestra sociedad. La forma en cómo se distribuyen el poder, los recursos y los derechos, definitivamente impacta en la salud de las mujeres. Las diversas manifestaciones de discriminación en aspectos como la alimentación, las malas condiciones laborales –la mala remuneración-, la falta de poder en la toma de decisiones –en lo público y lo privado- y la violencia contra las mujeres, son factores que ayudan al detrimento de la salud de las mujeres.

Algunas cifras en el mundo nos dan cuenta del delicado estado de salud de las mujeres. Entre un 15% y un 71% de las mujeres han sufrido violencia física o sexual infligida por su pareja en algún momento de sus vidas. Estos abusos, que se dan en todas las clases sociales y en todos los niveles económicos, tienen graves consecuencias para la salud de la mujer, ya sea en forma de embarazos no deseados o de infecciones de transmisión sexual, depresión o enfermedades crónicas⁵¹. Aproximadamente entre 130 millones de niñas y mujeres en el mundo han experimentado la mutilación genital o ablación y cada año más de 3 millones de niñas en África corren el riesgo de sufrir esta práctica⁵².

Diariamente, 1.600 mujeres y más de 10.000 recién nacidos mueren por complicaciones prevenibles del embarazo y parto. Cerca del 99% de la mortalidad materna y del 90% de la mortalidad neonatal se producen en el mundo en desarrollo. La propensión de discapacidad visual es significativamente mayor en la mujer que en el hombre a todas las edades y en todo el mundo. A pesar de ello, las mujeres no tienen el mismo acceso al tratamiento de las enfermedades oculares, a menudo por la imposibilidad de viajar sin compañía hasta los servicios de salud y por las diferencias culturales con respecto a la percepción del valor de la cirugía o de otros tratamientos para las mujeres⁵³.

China e India que representan casi el 40% de la población mundial, comparten el déficit de mujeres como una característica demográfica más que preocupante y a su lado Pakistán, Bangladesh, Taiwán, Corea del Sur e Indonesia, comparten este problema y no es que en esos lugares no nazcan mujeres, se trata de un feminicidio colectivo, de eliminación de mujeres a través de abortos selectivos, infanticidios de niñas, desigual tratamiento de la infancia por cuestiones de género, deficientes condiciones sanitarias para el trato de niñas,

⁵¹ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "10 Datos sobre la salud de la mujer. Disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/women_health/es/index2.html

⁵² Ibídem.

⁵³ Ibídem.

abortos mal practicados o partos en condiciones sanitarias deficientes, diversas circunstancias que ocasionan un impresionante aumento de la mortalidad femenina respecto de la masculina⁵⁴.

Un vistazo panorámico nos permite ver la triste realidad a la que todos los días las mujeres se ven enfrentadas en la lucha por su derecho a la salud, la forma en que las condiciones del entorno inciden en su salud, en su vida, la forma en la que la sociedad las minimiza y las pone en un segundo plano. El informe de la Organización Mundial de la Salud sobre los determinantes sociales de la salud, afirma que el origen de las desigualdades de género es de tipo social y por tanto, pueden modificarse. No son pétreas, aunque la verdad es que las desigualdades se afianzan a medida que avanza el tiempo y la estructura y dinámica social se mantiene. Las mujeres ganan menos que los hombres, incluso con trabajos equivalentes; las jóvenes y las mujeres tienen menos oportunidades de empleo y de acceder a la educación. La mortalidad y la morbilidad maternas siguen siendo elevadas en muchos países y los servicios de salud reproductiva siguen estando muy mal distribuidos entre los países y en el interior de éstos⁵⁵.

El cuidado de las personas, hijos a su cargo, personas con discapacidad, los ancianos frágiles, los enfermos crónicos y otras personas que necesitan ayuda en la vida diaria, está íntimamente relacionado con la salud y otro tipo de servicios sociales, que históricamente han recaído en cabeza de las mujeres. En el plano del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se han hecho algunas alusiones sobre los cuidados y atenciones, por ejemplo en la Convención sobre los Derechos del Niño en lo que respecta a la atención que se les debe procurar. Pero hay poca claridad al respecto, sobre cómo este derecho ha de realizarse de manera que sea equitativa y no lesionando los derechos de las mujeres restringiéndoles de un nivel adecuado de vida, de trabajo, descanso, entre otros. La tendencia ha sido asumir que las madres u otras mujeres miembros de la familia están disponibles para satisfacer el cuidado y necesidades de los niños y otras personas dependientes⁵⁶ sin recibir remuneración alguna por eso, lo cual priva a las mujeres de su tiempo, de su capacidad para llevar a cabo su proyecto de vida e incluso las priva de su propia salud. Por ejemplo para febrero de 2015, el brote de Ébola había cobrado la vida de más de 9.000 personas, principalmente en Guinea, Liberia y Sierra Leona. La falta de acceso al agua potable, el saneamiento y otras infraestructuras

⁵⁴ RIBOTTA, Silvina., "Igualdad de oportunidades talentos y merecimientos" *Revista Sistema*, 219/2010, pág. 65.

⁵⁵ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD-COMISIÓN SOBRE DETERMINANTES SOCIALES DE LA SALUD, "Informe Subsana desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud" citado, pp. 15 y 16.

⁵⁶ ONU MUJERES, "Progress of the world's women 2015-2016", New York, 2015, pp. 170-171 Disponible en: <http://progress.unwomen.org/en/2015/>

así como malas condiciones de vivienda y el hacinamiento en barrios marginales urbanos contribuyeron a la rápida propagación de la epidemia. El Ébola ha hecho mella de manera especialmente fuerte en las mujeres y las niñas. Ello se debe a que están sobre representadas en las tareas de cuidadoras y enfermeras, obteniendo un mayor riesgo de exposición que ha contribuido a que más mujeres que hombres hayan contraído el virus en Guinea y Sierra Leona y que estén muriendo en mayor número que los hombres. Además de las consecuencias indirectas que esto trae consigo, pues debido a que el personal médico se ha centrado en atender el virus y a que muchas personas temen infectarse si visitan los centros de salud, las mujeres no están recibiendo tratamiento para otras afecciones y el parto se ha vuelto sumamente riesgoso porque las clínicas de salud materna han tenido que cerrar o las mujeres han preferido quedarse pariendo en sus casas⁵⁷.

En lo que respecta al tema laboral y económico, las mujeres en el mundo ganan entre 10% a 30% menos que los hombres por el mismo trabajo. En algunas regiones tienen menos posibilidades que los hombres de ser propietarias de bienes y acceder al crédito formal. En la mayoría de los países, la proporción de mujeres en el empleo a tiempo parcial es más del doble que la de los hombres. Esas tasas más altas de empleo a tiempo parcial están asociadas con factores como la desigualdad entre los géneros en las funciones en la familia, la ausencia de instituciones para el cuidado de los ancianos y de guarderías infantiles adecuadas y asequibles, así como con otras percepciones sociales que tienen un papel relevante en la participación de las mujeres en el empleo, en su elección de trabajo y en los patrones de empleo que refuerzan la disparidad entre los géneros en el mercado laboral. En África septentrional por ejemplo las mujeres tienen menos de 1 de cada 5 trabajos remunerados en el sector no agrícola⁵⁸.

En América Latina el 57% de las mujeres pobres del grupo de 15 a 24 años, no disponen de ingresos propios, proporción que baja al 33% en el grupo de 35 a 44 años. El 27% de las mujeres de más de 60 años de zonas urbanas y el 30% de las mujeres de zonas rurales de más de 60 años, no perciben ingresos propios. Esto se debe, por un lado, a que la historia de trabajo de un número importante de mujeres transcurre en el ámbito de las tareas de cuidado o del trabajo no remunerado; y por otro, a que las trayectorias laborales de muchas mujeres están vinculadas a sistemas laborales no contributivos, que generan montos de pensiones muy bajos, que no garantizan su entrega durante toda la

⁵⁷ Ídem, pág. 157-158.

⁵⁸ NACIONES UNIDAS, "Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe 2014", New York, 2014, pág. 20.

vejez, o bien a que por pertenecer al sector informal, no participaron contribuyendo a un fondo de pensiones⁵⁹.

Todo esto impacta en la salud femenina, pues además de generar frustración, e imposibilitar el desarrollo de su proyecto de vida, convierte a las mujeres en dependientes de sus parejas, las lleva a perder su autonomía y a no tener poder adquisitivo imposibilitando el pago de su salud, situación que se acrecienta en esos lugares en donde se presentan los pagos directos –de atenciones médicas, cuotas, copagos, etc.- que en la India por ejemplo se ha convertido, como ya hemos dicho, en la principal causa de empobrecimiento de pobres e incluso clase media.

Estos pagos directos que tienden a empobrecer a los pacientes son más elevados en las zonas rurales⁶⁰ y además refuerzan la desventaja de las mujeres para acceder a la atención médica. Generalmente tienden a ser sistemáticamente más altos que la de los hombres en una serie de países incluyendo Brasil, República Dominicana, Ecuador, Paraguay y Perú y esto aumenta la probabilidad de que las mujeres no busquen el servicio médico debido a su menor capacidad de pago o que dependan de la buena disposición de sus esposos para que les apoye con el dinero y poder costear el servicio requerido⁶¹.

Cada año, alrededor de 100 millones de personas son empujadas a la línea de la pobreza como resultado de los catastróficos costos en salud, incluso pagos relativamente pequeños pueden crear una afectación financiera que cobra especial relevancia cuando se trata de la salud de las mujeres porque tienen menos acceso a ingresos personales y tienen que hacerle frente a condiciones propias de su sistema reproductivo y a eventos como el embarazo y el parto⁶².

Como bien lo ha definido el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, el derecho a la salud no se limita al derecho a la atención en salud, sino que abarca una amplia gama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones para que las personas puedan llevar una vida sana y hace ese derecho extensivo a los factores

⁵⁹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE, *"Panorama Económico y Social de la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños 2013"*, Santiago de Chile, 2014, pág. 47-49.

⁶⁰ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Global evidence on inequities in rural health protection: New data on rural deficits in health coverage for 174 countries*, citado. El estudio muestra que las poblaciones rurales de África y Asia tienen que soportar pagos directos que representan 42 y 46 por ciento del total del gasto en salud respectivamente. En muchos países asiáticos como Afganistán, Bangladesh, Camboya y Sri Lanka, en las zonas rurales los pagos directos son hasta tres veces más altos.

⁶¹ Un estudio etnográfico en Mali mostró que cuando el tratamiento requiere copagos, el acceso a la salud de mujeres e hijos dependían de la buena disposición de las parejas masculinas y padres para proporcionar el dinero necesario ver ONU MUJERES, informe *"Progres of the world ´s women 2015-2016"*. Citado, pp. 159-161.

⁶² ONU MUJERES, informe *"Progress of the world ´s women 2015-2016"*. Citado, p. 60.

determinantes básicos de la salud, como la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano y es claro que las circunstancias que hasta ahora hemos descrito y que afrontan todos los días las mujeres afectan de manera directa su derecho a la salud. Pero veamos cómo funciona la sanidad para ellas, y cómo de manera especial en lo que respecta a sus aspectos biológicos como lo son los de tipo reproductivo, embarazo y parto.

Algunas enfermedades no transmisibles, como el cáncer de mama, afectan específicamente a las mujeres y las adolescentes. De los 1,4 millones de casos nuevos de dicho cáncer detectados en 2008, alrededor de la mitad corresponden a países pobres. Las mujeres y las niñas/niños pobres de zonas rurales y barrios urbanos marginales son particularmente vulnerables por que la inversión constante en centros de atención primaria de salud es baja y la mayoría de los servicios de atención de salud se financian mediante pago directo. Además, la escasez de trabajadores de la salud es una de las peores del mundo.⁶³ Por su constitución biológica, las mujeres son más susceptibles de contraer el VIH en relaciones sexuales sin protección. Asimismo, algunas enfermedades, incluidos el VIH y el sida, afectan a la mujer en forma desproporcionada. Por ejemplo, las mujeres representan la mayoría de quienes viven con el VIH en el África subsahariana y determinados países del Caribe, y a escala mundial, el VIH y el sida son la principal causa de muerte de mujeres en edad de procrear⁶⁴.

Incluso la falta de baterías sanitarias puede ser un elemento que afecte seriamente la salud de las mujeres pues mil millones de personas hacen sus necesidades fisiológicas al aire libre y 2.5 mil millones usan instalaciones de saneamiento no mejoradas y la falta de retretes privados y limpios deja a las niñas más vulnerables a la violencia e infecciones, especialmente durante la menstruación. En lo que respecta al cáncer tenemos que su diagnóstico tardío causa efectos devastadores, el cáncer de mama es el que más muertes causa entre las mujeres de todo el mundo. Casi el 85% de las muertes por cáncer cervical, ocurre en países de ingresos medios y bajos⁶⁵.

La situación en temas de embarazo y parto no parece ser muy alentadora, como si la condición en sí misma no implicara ya muchos esfuerzos y situaciones dolorosas, a las mujeres del mundo estos padecimientos se les multiplican. En 2012, en las regiones en desarrollo hubo 40 millones de nacimientos sin asistencia de personal de salud

⁶³FEDERACIÓN INTERNACIONAL DE LA CRUZ ROJA Y DE LA MEDIA LUNA ROJA, *"Eliminación de las desigualdades en salud: Cada mujer y cada niña/niño cuentan"*, Ginebra, 2011.

⁶⁴ Ídem, pág. 17.

⁶⁵ PLATAFORMA DE ACCIÓN BEIJING-ONU MUJERES, *"Mujeres y salud: Panorama, un ciclo vital de riesgos para la salud"*. Disponible en <http://beijing20.unwomen.org/es/infographic/health>

capacitado; más de 32 millones de esos nacimientos se produjeron en áreas rurales. A nivel mundial, diariamente mueren cerca de 800 mujeres y en 2013 murieron casi 300.000 mujeres –en ambos casos– por causas relacionadas o agravadas por el embarazo o el parto. Lo impresionante de este asunto es que la mayoría de esas muertes maternas son prevenibles completamente, existen soluciones de atención de la salud bien conocidas para prevenir o para hacer frente a las complicaciones que puedan ocurrir a lo largo del embarazo o en el parto, como es aplicar productos uterotónicos y sulfato de magnesio cuando se produce hemorragia durante el parto, y en los casos de trastornos hipertensivos del embarazo. Lo que sucede es que hacen falta políticas públicas serias que se preocupen por garantizar un acceso universal y gratuito a las atenciones prenatales con personal capacitado así como a todos los servicios propios de la salud sexual y reproductiva. Las diferencias en la mortalidad materna siguen siendo extremas. Menos del 1% de las muertes maternas ocurren en países de ingresos altos, la tasa de mortalidad materna en los países en desarrollo es de 230 por cada 100.000 nacimientos frente a 16 por 100.000 en los países desarrollados. Además es una situación más frecuente en las zonas rurales y entre las comunidades más pobres y menos educadas. De las 800 mujeres que mueren diariamente, 500 viven en África Subsahariana, 190 en Asia meridional y 6 en países de altos ingresos. En Sierra Leona, por ejemplo, la tasa de mortalidad materna es de 1.100 muertes por cada 100.000 niños nacidos vivos, en tanto que la tasa de Bielorrusia es de 1 muerte materna por cada 100.000 niños nacidos vivos. Casi una tercera parte de todas las muertes maternas del mundo está concentrada en dos países muy poblados: la India, con una tasa de aproximadamente 50.000 muertes maternas (17%), y Nigeria, con alrededor de 40.000 muertes (14%)⁶⁶.

En América Latina, las complicaciones del embarazo y el parto, continúan figurando entre las primeras causas de mortalidad en edad reproductiva. Por su carácter de prevenible e injusto la Organización Panamericana de la Salud ha calificado la mortalidad materna como el reflejo más claro de discriminación hacia las mujeres. Por su parte las causas de mayor mortalidad masculina se relacionan con accidentes, violencias, suicidios y conflictos armados, estas también son causas evitables pero que además reflejan los comportamientos de riesgo abiertamente asociados con la división social de roles según el sexo y las expectativas culturales de “hombría”⁶⁷.

El asunto para las mujeres no termina aquí, recordemos que Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer dedica la

⁶⁶ NACIONES UNIDAS, “Objetivos de Desarrollo del Milenio: Informe 2014”, citado, pág. 28 a 30.

⁶⁷ Gómez, Elsa., “Equidad, género y salud, retos para la acción” *Revista Panamericana Salud Pública*, 11(5/6) 2002, pág 456.

Recomendación General N° 24 a darle desarrollo al derecho a la salud en las mujeres y sostiene que si bien las diferencias biológicas entre mujeres y hombres pueden causar diferencias en el estado de salud, hay factores sociales que determinan el estado de salud de las mujeres y los hombres. El Comité destaca que las medidas tendientes a eliminar la discriminación contra la Mujer no se consideran apropiadas cuando un sistema médico no responde a los intereses propios en salud de las mujeres, la negativa de un Estado a prever la prestación de determinados servicios de salud reproductiva a la mujer en condiciones legales resulta discriminatoria, de modo que si los responsables de la prestación del servicio se niegan a hacerlo argumentando razones de conciencia, deberán existir medidas que permitan la remisión de la mujer a otras entidades que sí presten el servicio.

Tal parece que los países del mundo aún no comprenden esto, o ¿cómo explicamos que en el mundo 22 millones de abortos clandestinos continúen siendo realizados cada año y que como resultado de ellos alrededor de 47.000 mujeres estén muriendo⁶⁸? Incluso hay estudios que afirman que el número de mujeres víctimas mortales de los abortos clandestinos es de 70.000⁶⁹ al año. Es absolutamente inadmisibles que esto suceda, cuando fueron -y siguen siendo- muertes que pudieron evitarse, vidas que pudimos conservar.

No es posible que sigamos viendo a las mujeres como poco merecedoras del respeto por su dignidad humana, esa a la que todas las personas por el sólo hecho de ser seres humanos tenemos derecho. Como lo manifiesta Martha Nussbaum⁷⁰ no puede entenderse el mínimo de dignidad humana a las mujeres si no se les concibe como un fin en sí mismo y no como un medio para conseguir los fines de otros como generalmente se les ha tratado -reproductoras, encargadas de cuidados, puntos de descarga sexual, agentes de la prosperidad general de una familia, etc.-. Es que no importa donde vivan, en todo el mundo las mujeres siempre tienen una desventaja frente a los hombres, sus cargas en la familia, su papel en la sociedad, su prioridad en la nutrición- que generalmente son las peores alimentadas porque la ración más grande de comida casi siempre es para el hombre y lo que sigue para los niños o niñas, ellas vienen después-, su libertad de elección, etc. En palabras

⁶⁸ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "10 datos sobre la salud materna". Disponible en: http://www.who.int/features/factfiles/maternal_health/maternal_health_facts/en/

⁶⁹ GUTTMACHER INSTITUTE, "Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress", New York, 2012. Se trata de una organización sin ánimo de lucro que promueve la salud reproductiva, bajo los principios y definiciones dados por la OMS. Disponible en <http://www.guttmacher.org/media/nr/2009/10/13/index.html>

⁷⁰ De manera especial en su libro "Las mujeres y el desarrollo humano", Herder ed., Barcelona, 2002.

de Martha Nussbaum, son tratadas como ciudadanas de segunda clase y todo esto es un asunto de justicia⁷¹.

Según la Organización Mundial de la Salud, las muertes causadas por el aborto inseguro representan el 13% de todas las muertes maternas. África está afectada de manera desproporcionada, con casi dos tercios de todas las muertes relacionadas con el aborto. Alrededor de 5 millones de mujeres están ingresando en el hospital como consecuencia de un aborto inseguro cada año. Más de 3 millones de mujeres que tienen complicaciones después de un aborto inseguro no reciben atención⁷². En América Latina se calcula que el número de abortos que ocurren anualmente es entre 4.1 y 4.4 millones⁷³.

Claramente esto nos conlleva a un debate sobre su autonomía, sobre la capacidad para disponer sobre su propio cuerpo, sobre el reconocimiento de esa capacidad, sobre el papel del Estado y del Derecho, no es un secreto que la autonomía -entendida como la libertad de ser uno mismo y de disponer de su propio futuro- está mucho más condicionada para las mujeres que para los hombres, las cuales, siempre han visto sometidos sus cuerpos al dominio de poderes maritales, filiales, jurídicos, morales, iglesia, médicos, etc.⁷⁴, no podemos desconocer entonces que su autonomía históricamente se ha visto bastante mediada y que el derecho ha pretendido en muchas ocasiones manejar los asuntos que a ella se refiere con algún tipo de represión, pese a que instituciones como la Organización Mundial de la Salud o el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer han sugerido la construcción de sistemas de salud con enfoque de género, lo cierto es que aún en el mundo las mujeres siguen muriendo por las prohibiciones y la mala asistencia en salud. Así por ejemplo en lo que respecta al derecho a decidir sobre su propio cuerpo y en línea con lo que ha sostenido Tamar Pitch, el Derecho ha demostrado su incapacidad para regular estos temas pues si bien es cierto en muchos lugares del mundo se penalizan las prácticas abortivas, o se permiten condicionadamente, ello no ha impedido para nada su realización, permitiendo como lo hemos visto que millones de mujeres en el mundo continúen muriendo.

Recapitulando, es muy probable que todas las reflexiones que hasta acá hemos hecho nos lleven a afirmar que definitivamente la pobreza y la desigualdad no son inevitables ni se generan espontáneamente como si fueran parte del orden natural de las cosas, sino que son producto de decisiones políticas y económicas que buscan

⁷¹ NUSSBAUM, Martha, *Las mujeres y el desarrollo humano*, Herder ed, citado pág. 30.

⁷² ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, "La prevención del aborto inseguro". Disponible en <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs388/en/>

⁷³ GUTTMACHER INSTITUTE, "Abortion Worldwide: A Decade of Uneven Progress", citado.

⁷⁴ Pitch, Tamar, *Un Derecho para Dos*, Trotta, Madrid, 2003, pág. 101.

favoreces determinados intereses. Es inminente trabajar en combatir la desigualdad y con ello reducir la pobreza, se requieren con urgencia políticas públicas de tipo económicas y sociales con alto contenido de justicia, no más mercantilización de los derechos, no más invisibilización de los grupos vulnerables, no más permisividad con el hambre, con la enfermedad, con la muerte por causas absolutamente evitables.

La salud no puede convertirse en un bien mercantilizado, en un producto que esté a la mano de quien tenga capacidad de pago. No podemos permitir que esos 2.200 millones de personas que se encuentra en situación de pobreza tengan que seguir padeciendo necesidades, que no tengan oportunidades de crecimiento social, de ver realizado su proyecto de vida, porque simplemente no tienen dinero para pagar agua potable, servicios sanitarios, alimentos, viviendas, vestido, y todos los elementos mínimos para una subsistencia digna.

Las mujeres que siempre ven agudizada su situación ante cualquier evento en que se encuentren, no pueden seguir cediendo su tiempo, su cuerpo, sus cuidados, su vida, para que otros logren sus fines a costa de ellas. Es necesario un reconocimiento a sus labores, a sus necesidades, de lo contrario no estamos construyendo equidad, para eliminar la desigualdad debemos voltear a ver hacia las mujeres, eliminar todas las barreras de acceso a los diversos aspectos de la vida y ello incluye la salud. Basta de ignorar sus requerimientos corporales, debemos reconocer pública y positivamente la labor y el aporte social que hacen dando vida, debemos eliminar las limitantes de tipo económicas y desde luego debemos reconocerles el derecho a decidir en todos los ámbitos de su vida –pública y privada- y ello claramente incluye el reconocimiento a decidir sobre su propio cuerpo como personas autónomas e independientes que son, no es posible que sigan muriendo por las imposiciones y negativas de los gobiernos que no les permiten decidir pero tampoco les dan lo elemental para ejercer dignamente ese papel de madre al que las han compelido.

Es urgente eliminar las relaciones jerárquicas derivadas de las construcciones del género, por ello se requiere la activa participación de las mujeres en la vida pública, en las decisiones políticas, en la redefinición del concepto de ciudadanía en términos favorables a la mujer en donde la diferencia tenga un verdadero reconocimiento⁷⁵.

⁷⁵ RODRIGUEZ, PALOP, María Eugenia, *La nueva generación de Derechos Humanos, Origen y justificación*, Dykinson.S.L, edición corregida y ampliada, Madrid, 2010, pp. 281-293. Destaca la autora sobre el feminismo de los años sesenta que va en contra de la premisa según la cual la igualdad de derechos podía conseguirse dentro de un marco institucional establecido en función de una cultura dominada por hombres y que arrastraba a la integración de los códigos dominantes. Reivindicando además el derecho a la diferencia, un derecho que exige como mínimo el deber de aceptar que el tratamiento desigual en razón del sexo puede ser legítimo. Debates que siguen estando en plena vigencia y siguen siendo parte de la lucha feminista.

Basta de ver el mundo de manera plana, de modelar todas las esferas bajo la versión masculina, las mujeres no son lo otro, lo raro, las mujeres son personas con condiciones biológicas diferentes a las masculinas -y no por ello deben ser menospreciadas y excluidas-, dadoras de vida y ello amerita un reconocimiento público y un tratamiento digno, sin discriminaciones, sin negativas, sin más cargas, es urgente que el mundo mire hacia las mujeres, no se puede pensar en derechos humanos sin pensar en más de la mitad de la humanidad.

CIMENTANDO EN VALORES PARA EMPODERAR EN DERECHOS Y AL DERECHO. EMPATÍA DEL RECONOCIMIENTO. UNA REFLEXIÓN DESDE LA FILOSOFÍA DE HEGEL

STATING VALUES TO EMPOWER IN RIGHTS AND THE LAW. EMPATHY RECOGNITION. A REFLECTION FROM THE PHILOSOPHY OF HEGEL

Jesús Víctor Alfredo Contreras Ugarte*

RESUMEN: Se hacen acuerdos, normas, leyes, declaraciones; los países se reúnen en cumbres, firman y ratifican tratados y convenios, etcétera; sin embargo, pasan los años y las causas de discriminación se mantienen y el cúmulo de normas que desde el Derecho se construyen resultan ineficientes frente al deterioro de nuestras sociedades: *crisis de valores*. El Derecho cae en la vanidad de creer que la discriminación se soluciona desde él y sólo por él, o que, únicamente, con la imposición de normas que obliguen legalmente a las instituciones, a los países y, en última instancia, a las personas, se logrará acabar con la discriminación y con la vulneración a los derechos humanos. Planteo un paso distinto: sin despreciar el rol del Derecho, reflexiono ante su ineficiencia o insuficiencia para acabar con la discriminación. Propongo, dejar las políticas que sólo obligan legalmente, para instaurar otras que le den preferencia a la búsqueda de la convicción social sobre el verdadero valor de los derechos humanos. Es en Hegel donde sustento mi propuesta, pues considero atinado retomar muchos de sus conceptos filosóficos para entender mejor nuestra modernidad.

ABSTRACT: *Agreements, standards, laws, statements are made; countries meet at summits, sign and ratify treaties and conventions, etcetera; however, the years pass and the causes of discrimination are maintained and the body of rules that are built from the law are ineffective against deterioration of our societies: crisis of values. The law falls on the vanity to believe that discrimination is solved from it and only due to it, or that only, with the imposition of rules that legally enforce upon institutions, countries and, ultimately, the people, It will achieved the end of discrimination and the violation of human rights. I suggest a different way: without belittling the role of the law, to reflect its inefficiency or failure to end discrimination. I suggest to forget policies of legal enforcement and apply for others that give preference in the pursuit of a social conviction on the true value of human rights. It is in Hegel where I support my proposal as I believe wise to resume many of his philosophical concepts for a better understanding of our modernity.*

PALABRAS CLAVE: crisis de valores, ineficiencia o insuficiencia del Derecho, obligación y convicción, conciencia crítica, empatía del reconocimiento, Hegel.

KEYWORDS: *crisis of values, inefficiency or inadequacy of the law, duty and conviction, critical awareness, empathy recognition, Hegel.*

Fecha de recepción: 29/10/2015.

Fecha de aceptación: 05/11/2015

* Licenciado en Derecho. Máster en Derechos Fundamentales. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Título de Especialista en Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos. Doctorando en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. jesuco_amaq@yahoo.es

1.- DIAGNOSIS Y PROGNOSIS

Las ideas que propongo en este artículo parten del convencimiento de que los filósofos del Derecho no son personas perdidas en mirar a las estrellas o desconectadas de la realidad social, y con ello, de que el Derecho debe construirse buscando la eficiencia real de sus objetivos dentro de las sociedades y no simplemente en la mera satisfacción de la producción de normas. Las causas de discriminación que hasta hoy embargan la eficiencia de los derechos humanos, le debe exigir al Derecho, y a los Estados, una profunda reflexión al respecto, en aras de construir una sociedad más justa y decente para todos. Tengamos en cuenta lo que bien apunta Elías Díaz: "La razón de ser del Estado de Derecho es la protección y efectiva realización de los derechos fundamentales; pero esta no se logra, en la medida en que en la historia se ha ido logrando, si no es a través de la participación de todos en la toma de decisiones (...)"¹

Los instrumentos e instituciones de los que se sirve el Derecho para organizar las sociedades, en las democracias modernas, se supone que persiguen el mejor de los mundos posibles en una sociedad sin discriminación, solidaria e igualitaria en derechos. Pero ¿qué pasa si los instrumentos clásicos de los que se sirve el Derecho no logran encontrar capacidad práctica en sus resultados? ¿Qué hacer si con el solo producir normas para obligar a que se cumpla legalmente algo, no es suficiente para cambiar la realidad imperante y acabar con las causas de discriminación?

Este es el primer problema que saco a relucir en este artículo: desde sus instrumentos legales y coercitivos, el Derecho no está logrando eficiencia real en sus objetivos, sobre todo en cuanto a eliminar las causas y a la propia discriminación.

Otra situación clara que viene dándose en nuestras sociedades y que parece ser de preocupación y urgencia general, es la llamada crisis económica. Sin embargo, considero que si bien afrontamos una crisis económica -otra de muchas tantas- la verdadera crisis que afecta gravemente hoy a la humanidad es el deterioro de su conciencia activa y crítica, y, con ello, de la conciencia sobre su propia humanidad: me refiero una aguda *crisis de valores*. Hay quienes, como Carlos Taibo, se preocupan ya por esto -lo que yo llamo *crisis de valores*-, aunque en otros términos: "Nos hemos acostumbrado a hablar de la crisis en singular para identificar la

¹ Díaz, E., Democracia y Estado de Derecho, en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 133.

vertiente financiera de esta última y estamos olvidando a menudo que en la trastienda hay otras crisis en plural. (...) el cambio climático, una realidad que está ya ahí y que no tiene ninguna consecuencia saludable; en el encarecimiento inevitable, en el medio y en el largo plazo, de los precios de la mayoría de las materias primas energéticas que empleamos; en la degradación de la situación de tantas mujeres; en la delicadísima explosión demográfica que afecta a regiones enteras o, por dejarlo aquí, en la prosecución del expolio de los recursos humanos y materiales de los países pobres. Si cada una de esas crisis es inquietante por sí sola, la combinación de todas ellas resulta literalmente explosiva."²

Con estupor advierto que la conciencia crítica de muchos ciudadanos se encuentra entumecida, y gran parte de la responsabilidad de ello la podemos ubicar en la embriaguez que se causa con la multitud de leyes y normas -nacionales e internacionales- que imponen y obligan a considerar derechos y libertades formalizadas, pero que al final resultan siendo ineficientes en la realidad real. Pareciera que el multiplicar normas escritas, que regulen derechos y libertades formales, tenga un ánimo de distracción o adormecimiento para no exigir justicia y bien eficientes para todos; para que la consciencia crítica y reflexiva se mantenga desconectada de lo que realmente importa, y no reclame. Libertades y derechos normados pero ineficientes, o discriminaciones que se prohíben sólo formalmente desde un sin fin de normas legales; todas, al final no son más que un espejismo de una sociedad justa, en donde la inactividad de la capacidad crítica, puede tornar a los ciudadanos en meras marionetas de determinados intereses inescrupulosos y subalternos. El autor mexicano Marco Antonio Contreras Méndez comenta en el mismo sentido de la idea que desarrollamos en el presente trabajo: "(...) las verdades del poder se asimilan en la sociedad toda y se legitiman como válidas e incontestables. (...) nos aproxima al relativismo del pensamiento posmoderno (...). El fin de la historia es entonces la sociedad de consumo legitimada por la apariencia (...). Conforme a ello, estamos viviendo más que en la realidad, en la apariencia, como en la caverna de Platón. Vivimos en la idea socialmente válida de lo que es la realidad, más que en la realidad misma y, en consecuencia, los esfuerzos por conocer las alternativas y posibilidades para administrar los recursos y gobernar el orden social se hallan sobre determinados por el pensamiento único. Administración y gobierno

² Taibo, C., *El decrecimiento explicado con sencillez*, Catarata, Madrid, 2014, p. 116.

pierden transparencia, esto es, ocultan su sentido. En consecuencia, en esta sociedad virtual posmoderna no hay nada que interpretar ni que entender, no es necesario pensar. (...) No hay lugar para cuestionar el punto de vista técnico, que por la ideología adquiere el rango científico. (...) la racionalidad como forma de organizar el mundo sólo se halla en desuso cuando se orienta a modificar la estructura social capitalista. Si de lo que se trata es de reforzarla y mantenerla, entonces resulta válida. (...) El fin de las ideologías significa en realidad el imperio de una sola ideología, el pragmatismo. Parafraseando la máxima fascista de Mussolini: 'Todo para el mercado, nada fuera del mercado, nada en contra del mercado'. (...) desde 1986 (...) se evidencia una crisis en el modo de saber de lo social (...). En su lugar, lo que encontramos es la hegemonía de la economía sobre las demás ciencias sociales. Y no se trata del predominio de la ciencia económica, sino de las técnicas econométricas como instrumento del poder de las elites transnacionales y de las oligarquías locales, para reasignar los recursos de la sociedad toda a favor de un patrón salvaje de acumulación capitalista, excluyente y de sobreexplotación."³

Se provoca que el ser humano se deje llevar por todo lo que hay y no se preocupe, o no sepa hacerse, de un propio criterio que lo decida en el verdadero valor de sí mismo, como integrante de una misma humanidad. Esto nos lleva al segundo problema que quiero exponer. El problema de la pasividad de la conciencia crítica, es un problema grave y social porque un ciudadano que no ejerce o no tiene una aptitud crítica, simplemente cae en el riesgo de desvirtuar su verdadero y propio valor humano, y, con ello -como los demás también somos humanos como él- el de desvirtuar, o el de no saber reconocer, el valor real de la humanidad, como tal y en su conjunto, es decir, de la sociedad como sociedad humana que es.

Ante estos problemas mi diagnóstico es que la sociedad moderna atraviesa, como dije antes, una aguda *crisis de valores*, donde los agentes morales, no tienen conciencia de lo que son -en cuanto a su valor inherente- y, como consecuencia de ello, tampoco reconocen a los demás desde la propia sustancialidad humana. La *crisis de valores* surge cuando existe la sensación de que el valor humano ha perdido sentido y utilidad práctica para los asuntos concretos del desarrollo humano. Se cosifica a los seres humanos en jerarquías de utilidad, o se les reconoce mejor o mayor derecho por

³ Contreras, M., El mercado global y las paradojas del conocimiento social, en *El Estado y sus otros*, Araucaria, Buenos Aires, 2006, pp. 201 y 202.

pertenecer a uno u otro grupo, a una u otra realidad, que ya puede ser de nacionalidad, de género, de opción sexual, de estatus económico o social, etcétera. Reducimos o condicionamos el respeto y la consideración hacia los demás, a situaciones que, si bien forman parte de nuestra realidad, no son más que constructos externos de la propia sociedad, pero que no sustentan la profunda sustancialidad de nuestro valor humano. Y así la humanidad sigue, dejándose llevar, sin caer en cuenta que una sociedad que no tiene el acierto y la decencia de querer entender y organizar a su propia humanidad por lo que realmente vale, está destinada a no saber defenderla en su valor real, lo que la llevará, inevitablemente, a un grave y penoso deterioro. Una sociedad o un Estado que discrimina a determinados integrantes de su organización, que vulnera u olvida los derechos de los demás seres humanos como humanos que son, o que simplemente, dichas vulneraciones o sufrimientos le son indiferentes porque no les afecta directamente, al fin de cuentas, se discrimina y se menosprecia a sí misma -un excelente ejemplo de la aguda *crisis de valores* y del menosprecio hacia la humanidad por la propia humanidad, que acuso y alerto en este artículo, es el caso de la hermana Paciencia Melgar quien contrajo el virus del ébola junto con un misionero español, haciendo ambos la misma obra social, pero que España dejó tirada por el simple hecho de no ser ella española, pero a la que luego aceptó porque se curó "de milagro" y porque su sangre curada ofrecía ya un interés útil para España. Se le trató como cosa, y no como un ser humano; se despreció su humanidad por un criterio que se creyó superior: la nacionalidad. Vaya error y vergüenza para nuestra España desarrollada, democrática y supuestamente defensora de los derechos humanos, y que además los ratifica en múltiples y sendas normas y tratados-.⁴

⁴ La lucha contra el ébola en España y la paradoja Paciencia Melgar, [en línea]. *La voz de Galicia*, 08 de octubre de 2014. Dirección URL: <http://www.lavozdegalicia.es/noticia/sociedad/2014/10/08/lucha-contra-ebola-espana-paradoja-paciencia-melgar/00031412777042493242870.htm> [Consulta: 28 mayo 2015]: "*La religiosa infectada fue abandonada cuando su compañero Miguel Pajares fue repatriado (...). El primer caso de contagio de ébola fuera de África ha vuelto a poner de manifiesto las desigualdades entre el primer mundo y el tercero. (...) pocos ejemplos más claros que el de la religiosa Paciencia Melgar. La voluntaria guineana, compañera del español Miguel Pajares en sus trabajos en Liberia, contrajo el ébola al igual que varios de sus colegas de la organización Juan Ciudad ONGD, promovida por la Orden Hospitalaria de San Juan de Dios. Paciencia fue abandonada (...). El 6 de agosto, un avión medicalizado del Ejército del Aire voló a Liberia para llevarse a Madrid a Pajares y a la hermana Juliana Bohí, de origen guineano pero con nacionalidad española. La familia de Pajares siempre lamentó que se hubieran dejado atrás a Paciencia Melgar y el resto, condenados (pensaban) a una muerte segura en una de las zonas más afectadas por el ébola. (...) Ante las críticas de la familia de Pajares y de algunos sectores vinculados con el voluntariado, la directora general de Salud Pública, Mercedes Vinuesa, precisó entonces que la operación del Gobierno sólo*

De la misma forma, el estar ensimismados en nosotros mismos, pero limitados a valorar sólo los constructos externos de nuestra realidad -y no la humanidad por su propia condición humana- lleva a las sociedades a no tener en cuenta el daño que hace de su entorno, del medio ambiente y del resto de seres que habitan en este planeta. Y todo esto nos tiene que pasar factura a todos, más tarde o más temprano, provocando la decadencia o la insostenibilidad de las sociedades modernas, según como las entendemos hoy en día. Esta es mi prognosis de lo que sucederá, a menos que tomemos conciencia de la verdadera crisis, realmente urgente y patente, que se va agravando: una profunda y aguda *crisis de valores*. De hecho, seguimos hablando de los mismos problemas y las mismas causas de discriminación (la estructura patriarcal, el machismo, el racismo, la homofobia, la inmigración, la desatención a las personas con distinta capacidad, la malnutrición y la desnutrición de los niños en el mundo, los que huyen de países en conflicto armado o del hambre y la pobreza extrema, etcétera). Todo esto, junto con la corrupción, la mayor pobreza, la mayor polución, el calentamiento global, el terrorismo, el secuestro masivo de niñas, las cárceles sin derechos humanos (como Guantánamo), las matanzas, los asesinatos, etcétera; son síntomas claros del grave y mayor deterioro de nuestras sociedades modernas.

Me niego a que nos resignemos a la impotencia por la ineficiencia del Derecho, pues al final el Derecho lo construimos los seres humanos y no debemos resignarnos a aceptar una impotencia del pensar humano. No acepto la condena de que las cosas sean así y que el ser humano sea incapaz de corregir o reformar lo que sea necesario para un mundo más justo y mejor. No debemos aceptar, en nuestras sociedades, que la conciencia crítica del valor de nuestra humanidad sea tan sólo un fenómeno accesorio que acompañe a la realidad y que no tenga influencia posible y contundente sobre ella. El menospreciar nuestra condición y capacidad humana, es sumirnos en una amarga carencia de acción, en una vida sin capacidad y fuerza para obrar cambios; en una vida sin eficacia, en una vida "sin vida".

contemplaba 'la repatriación de los españoles'. (...) Sin embargo, Paciencia Melgar no murió. Tratada en Monrovia, se comunicó oficialmente libre de ébola el 25 de agosto. Después, pasó 21 días en cuarentena hasta confirmar que no era un peligro. Lo primero que hizo cuando pudo salir de Liberia fue volar a España. Su milagrosa recuperación, de repente, la convirtió en valiosa por algo más que por su trabajo humanitario. (...) El plasma de donante convaleciente de personas que han ganado la batalla al ébola es uno de los tratamientos experimentales autorizados por la Organización Mundial de la Salud. De esta manera, la religiosa Paciencia pasó de ser poco menos que abandonada a convertirse en una esperanza para Teresa Romero."

En esta parte del trabajo, resulta relevante que recordemos el conocido discurso de Pierre Bourdieu.⁵ Este autor advertía, ya en el año 1997, que determinados intereses imponían la idea de la existencia de un pensamiento irrefutable, una suerte de *fin de las utopías críticas* que en verdad no era otra cosa que un *fatalismo economicista*: "Galileo dijo que el mundo natural está escrito con un lenguaje matemático. Ahora la gente está tratando de creerse que el mundo social está escrito con un lenguaje económico.(...) esta filosofía no conoce ni reconoce ningún propósito que no sea la creación siempre en aumento de riqueza y, más secretamente, de su concentración en manos de una pequeña minoría privilegiada; y por tanto, conduce a un combate, por todos los medios necesarios, incluida la destrucción del medio ambiente y el sacrificio humano, contra cualquier obstáculo que se oponga a la maximización del beneficio."⁶ Para Pierre Bourdieu, los intereses de este apetito desmedido de riqueza se esmeran por hacernos caer en la pasividad de creer que en el mundo no puede haber cambios. Bourdieu nos invita a luchar contra este *fatalismo economicista* e invita a quienes se preocupan verdaderamente por el bien de la humanidad, a que ejerzan e implanten un pensamiento utópico, un *utopismo razonado*, o como yo lo propongo, hay que implantar y ejercer una conciencia crítica, activa y constante, sobre todo lo que hay.

Lo anterior enlaza bien con la idea de Gregorio Peces-Barba sobre que los derechos fundamentales son el mejor instrumento para poner en práctica la libertad, la igualdad y la fraternidad, como patrimonio de todos. Creo que logrando la efectiva eficiencia de los derechos humanos se impulsa al correcto y completo desarrollo de la humanidad: "La utopía es ésta, por ella hay que luchar como si fuera posible conquistarla inmediatamente, porque también la utopía forma parte de la realidad, aunque sea de una realidad prematura y anticipada por los sueños de los hombres que tienen sus ojos puestos en una luz distinta. Sin embargo, si se mira hacia atrás en lo ya hecho y en lo ya consolidado, se fundamentan razones para la esperanza y se puede considerar esta utopía como alcanzable en la historia."⁷

Creo que el meollo del problema está en que se mediatiza, dificultando, o directamente impidiendo -y estoy pensando en las

⁵ Bourdieu, P., Una utopía razonada: contra el fatalismo económico, en Pensamiento crítico contra la dominación, traducido por Mario Carbajo Vila y otros, Akal, Madrid, 2000, p. 156 y siguientes.

⁶ Ibídem, p. 157 y 158.

⁷ Peces-Barba, G., *Escritos sobre derechos fundamentales*, Eudema, Madrid, 1988, p. 211.

detenciones que se hacen hasta el día de hoy, en determinados países, contra personas o líderes de la oposición que se atreven a expresar su crítica en público y en contra del régimen gobernante-, el ejercicio libre de nuestra conciencia crítica, y con ello se lleva a los sujetos a desvirtuar su propio valor ético humano, para intentar que se vean como valores superiores aquellos constructos que si bien pueden tener un valor político y organizacional dentro de las sociedades, no sustancian ni determinan nuestro valor humano como tal, nuestra moral y ética humana. Y me refiero a situaciones como la nacionalidad, por ejemplo. La moral o ética humana entiendo que es aquella que parte de la idea de que los seres humanos poseemos un valor inherente por nuestra misma existencia, calidad y condición humana.

Luego bien, también es cierto que existen intereses que se esfuerzan por mediatizar la conciencia crítica de los sujetos para promover sus intereses económicos o políticos, o para adoctrinar o instaurar sus ideologías con mayor facilidad y sin oposiciones ni reclamos; a estos intereses no les importa lo espurio de sus acciones, lo engañoso de lo que afirman. Se sirven, si pueden, de la política y del poder que consiguen, dejan de lado la reflexión de la ética y la moral humana, que es el antes desde donde debe partir toda la organización normativa y política de un Estado. La política y, con ella, el Derecho, no deben ni pueden sustentarse ni sostenerse, en el tiempo, lejos de la ética y de la moral humanas. Una sociedad que pierde la conciencia sobre su valor humano como tal, pierde su espíritu y vigor propio, es decir, que languidece rumbo a su propio deterioro. No por nada podemos aquí citar a Francisco Javier Ansuátegui cuando afirma que: "(...) el Derecho es expresión de un sistema de valores -yo agregaría de valores humanos, porque somos los humanos los que le otorgamos valor o no a algo- (...) ningún sistema jurídico es neutro desde el punto de vista axiológico. Detrás del Derecho existen unos determinados valores, que son los que precisamente pretenden materializarse a través de las normas jurídicas. (...) el Derecho es estructuralmente moral (...)." ⁸

Si reconocemos que el Derecho y la política responden a una estructura moral, debemos de preocuparnos de que esta estructura no pierda, en principio, la conciencia de la moral, como moral humana, como valor humano por humano que es. Desvirtuar el valor humano, para dar cabida, o preferencia, a otros valores e intereses

⁸ Ansuátegui, F., El concepto del Derecho, en *Curso de teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 19 y 20.

externos, únicamente perjudica a las sociedades y las condena a que entren en crisis, ya que las estructuras -tanto las de la Política como las del Derecho-, a las que les es indiferente el valor moral e inherente de la humanidad como tal, están destinadas a la decadencia de su realidad y, con ello, a la de su propia organización. No puedo estar más que de acuerdo con la explicación de Eusebio Fernández García cuando, a mi entender, nos recalca la necesidad del deber ciudadano de ejercer su autonomía, interviniendo, con su crítica activa, en la Política y en el Derecho: "(...) ni la Política debe ser dejada exclusivamente en manos de los políticos ni el Derecho encerrado en los esquemas de los juristas. Y ello por (...) que tanto una como otro afectan a aspectos importantes de la vida de cualquier ser humano, y un ciudadano libre y responsable no puede renunciar a su autonomía. Mi propuesta aboga por una moralización de la Política y del Derecho o (...) por un control moral de ambos. (...) La Ética exige sobre todo libertad de conciencia y voluntad de vivir de acuerdo con las convicciones morales. (...) hay que exigir que la política sea suficientemente moral, aunque (...) un buen número de veces sea imperfecta desde la perspectiva moral. (...) una Ética cívico-política de mínimos, (...) una Ética que regule nuestra actividad como ciudadanos y como sujetos activos de las decisiones políticas, manteniendo una y otras en el marco del respeto a la dignidad, la autonomía, la seguridad, la libertad y la igualdad de los seres humanos. La realización (...) de esos valores permite conformar una sociedad justa; nuestro compromiso cívico y político con ellos posibilita la creación y el mantenimiento de instituciones sociales y políticas suficientemente justas."⁹

2.- UNA PROPUESTA DESDE LA FILOSOFÍA DE HEGEL

Luego de la diagnosis y prognosis expuesta, voy a servirme de algunos conceptos de la filosofía de Hegel para abrirme camino entre los problemas que he diagnosticado y así, luego en el siguiente punto de este artículo, plantear una reflexión propia en pro de encontrar una luz que al menos vislumbre una solución. En buena cuenta, busco fundamentar la superioridad de la convicción como instrumento mejor para lograr eficiencia en el respeto a los derechos humanos, más allá de la simple obligación legal que obliga a respetarlos y que a todas luces, en la práctica, viene siendo poco o nada capaz, a través de los

⁹ Fernández, E., *Filosofía Política y Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 1995, pp. 16 y siguientes.

años de nuestra historia humana. Es en Hegel donde encuentro un buen sustento para mis propuestas, y creo que no es nada desatinado retomar muchos de sus conceptos filosóficos para entender mejor nuestra modernidad.

Si nos trasladamos al año 1637 nos encontraremos con René Descartes, y veremos que para explicar la existencia de la realidad -aquello que está fuera del conocimiento o pensamiento: la *res extensa*- él recurre a la veracidad divina: la realidad existe porque Dios la ha puesto ahí. Y si recordamos a Kant veremos que para este autor sólo hay realidad en tanto los sujetos la conocen y le dan forma. Es decir, que la realidad kantiana existe únicamente para el sujeto cognoscente que le da forma; lo que el sujeto no puede conocer, es inabordable para los seres humanos; es el mundo de lo incognoscible; es el noúmeno, la cosa en sí. Entonces, para Kant la realidad sólo existe en tanto hay sujetos que la conocen y le dan forma; es el paso de la moral subjetiva.

En cambio Hegel, a diferencia de Descartes y Kant, para explicar la realidad no va a recurrir a la idea de la veracidad divina ni a lo que pueda o no ser objeto de conocimiento por el ser humano. Se puede decir que Hegel se apropia de la toda la realidad y plantea que la realidad es lo mismo que los sujetos; sujeto y sustancia son lo mismo. Los sujetos hacen la realidad (la historia) y la realidad hace a los sujetos: sujeto y realidad al ser lo mismo, poseen un mismo fin: alcanzar el espíritu universal o, como también lo llama Hegel, alcanzar la idea o conciencia universal de libertad; o lo que yo llamaría y completaría como alcanzar la conciencia universal y crítica de la libertad.

Para Hegel la historia era un enorme proceso de liberación del espíritu universal e implicaba el avance en el logro de la autoconsciencia¹⁰: "(...) la historia es el despliegue -necesario en base solamente al concepto de su libertad- de los momentos de la razón, de su conciencia de sí y de su libertad; es la exegesis y la realización del Espíritu universal."¹¹

¹⁰ Hegel, G., *Filosofía de la historia*, traducido por Emanuel Suda, Claridad, Buenos Aires, 1976, p. 80: "*Habremos de establecer que el primer peldaño lo constituye el sumergimiento del espíritu en la naturalidad, y el segundo el ingreso del mismo en la conciencia de su libertad. Digamos que ese primer arranque es parcial e incompleto porque procede del circunstante naturalidad, de la que arrastra todavía elementos inadecuados. El tercer peldaño está configurado por el surgimiento desde esa libertad todavía relativa y su ingreso en la pureza perfecta de la autoconsciencia de la espiritualidad. Estos mojonos son los principios básicos del proceso general. La manera como en cada uno de ellos existe a su vez un proceso de formación y de dialéctica de su transición (...).*"

¹¹ Hegel, G., *Filosofía del derecho*, traducido por Angélica Mendoza de Montero, Claridad, Buenos Aires, 1968, p. 279.

Según Hegel, existe un objetivo hacia donde se dirige la historia del mundo; este objetivo es la conciencia universal de libertad. Esta conciencia universal de libertad, se basa en el principio de la libertad del ser humano en cuanto ser humano que es, siendo aquí donde la conciencia universal de la libertad encuentra su más alto grado de superioridad. Este principio, para mí, a diferencia de Hegel, contiene en sí mismo a toda la humanidad.¹²

En nuestras sociedades modernas, la naturaleza de una cosa se origina en la manera como se conceptúa y, en el caso del ser humano, se le conceptúa al individuo según es en su existencia corriente. Se suele dar por sentado que el ser humano es un ente en su estado natural, que se halla en posesión de sus derechos primitivos y que disfruta de la libertad. Sin embargo, este supuesto, para Hegel, no tiene ningún valor histórico.

Estoy seguro que la verdadera libertad es algo que se conquista, pero su logro se debe siempre a una actitud activa de nuestras acciones y de nuestra conciencia crítica sobre todo lo que hay. Y por ello es que, seguro estoy, que muchos de los conceptos filosóficos de Hegel son más que adecuados para reflexionar sobre la sociedad de nuestros tiempos.

La libertad como idealidad de lo natural, para Hegel, es ficticia puesto que debe ser adquirida y conquistada, y se logra solamente a través de una infinita disciplina del saber y de la voluntad: "(...) es el estado natural del hombre más bien el estado de la violencia, de la injusticia, del instinto irrefrenado y de los actos inhumanos. Por cierto que la sociedad y el Estado procuran reprimir esos instintos brutales, como así también las manifestaciones conscientes de arbitrariedad. Esta acción limitadora se genera por la intervención de la conciencia de la libertad y la aspiración volitiva de una libertad fundada en la razón. En ella se integran el derecho y la moralidad, dos componentes, aspectos y finalidades que pueden provenir solamente de la acción del pensamiento. (...) es precisamente esta limitación condición indispensable para que aparezca la libertad. Son el Estado y la sociedad el marco en que la realidad se realiza mejor."¹³

En términos generales, desde los conceptos hegelianos, puedo decir que las sociedades modernas están más capacitados para lograr igualdad que para lograr libertad, sobre todo la igualdad formalizada en normas y obligaciones legales. Esto sería así porque, no es posible

¹² Es que Hegel descarta a la gran mayoría de pueblos, de poder alcanzar el grado superior de la conciencia de libertad, y declara que este privilegio le corresponde exclusivamente a la nación alemana.

¹³ Hegel, G., *Filosofía de la historia*, cit., pp. 70 y 71.

lograr un entendimiento en la propia realidad a través de una determinación comúnmente aceptada de la libertad; sobre todo en lo que respecta a la participación de todos los individuos en el quehacer y en los asuntos de Estado. En la filosofía hegeliana, la realidad es más racional y, a la vez, más poderosa que cualquier suposición previa de las masas.

Sin embargo, en términos específicos, Hegel afirmará que el gran desarrollo y configuración de los Estados modernos implica suponer una mayor desigualdad específica de las personas en la realidad efectiva; empero, este gran desarrollo alcanzado produce al mismo tiempo y contrariamente –a través de la racionalidad más profunda de las leyes y la mayor firmeza del régimen de legalidad– una libertad algo mayor y más sostenida. Es la racionalidad de las leyes y el régimen de legalidad lo que permite esta mayor libertad y es lo que hace que se pueda soportar.

En el fondo, lo que Hegel quiere decir es que desde la diferencia superficial entre las palabras *libertad* e *igualdad* se advierte que la libertad conduce a la desigualdad; sin embargo, a la inversa, únicamente conducen a la igualdad. Es decir, que a mayor igualdad, menor libertad efectiva. Debemos entender que para Hegel la desigualdad es necesaria para lograr una verdadera libertad efectiva.

Por ello, acusa Hegel, que cuanto más se entiende a la libertad como seguridad de la propiedad, cuanto más se afirma la libertad como opción de desarrollar y validar las aptitudes de cada individuo y sus cualidades, entonces, se verá aún más la libertad como una necesidad que es evidente por sí misma. Es en este momento, cuando se le reconoce y se toma a la libertad, preferentemente, en su sentido subjetivo (en su sentido kantiano). Esta libertad, limitada a un sentido subjetivo, es una libertad para la actividad que quiere encontrar camino por todos los lugares y se propaga a través de los intereses particulares, y atendiendo los gustos propios, esta forma de ver la libertad, se propaga también a través de los intereses generales de inclinación espiritual.

En esta acusación se esconden dos elementos: 1) está la *libertad de sentido subjetivo*, que conlleva a la independencia de la particularidad individual de cada individuo y, 2) está la *libertad interior*, en la que la persona coloca sus principios, su propia forma de entender y sus convicciones. Con ello, los individuos obtendrían su autonomía moral.

Entonces, Hegel reniega de esa forma de entender la libertad y afirma que, la libertad subjetiva lleva consigo, en primer lugar, la

mayor formación de la cultura de la particularidad en la que se posa la desigualdad de las personas; esta forma de cultura es la que generaría aún mayor desigualdad. Sin embargo, y en segundo lugar, la libertad subjetiva no podría desarrollarse sin que previamente exista la condición de la libertad objetiva. Siendo así, Hegel entiende que gracias a la libertad objetiva, la libertad ha crecido hasta los niveles que ha logrado en los Estados modernos. Su crítica, hacia la libertad basada meramente en lo subjetivo, la deja muy clara: "Si con esta cultura de la particularidad, la multitud de necesidades y la dificultad en satisfacerlas, el raciocinar, el saberlo ya todo mejor que nadie y la vanidad insatisfecha aumentan hasta lo indecible, todo esto pertenece a la particularidad aislada a la cual queda remitida la creación en su esfera de todos los embrollos posibles y el habérselas con ellos. Desde luego, esta esfera es, entonces, al mismo tiempo, el campo de las limitaciones, porque la libertad se encuentra <en ella> cautiva de la naturalidad, del capricho y del arbitrio, y porque esa libertad tiene también que limitarse, por supuesto, con arreglo precisamente a la naturalidad, capricho y arbitrio de los otros, pero sobre todo y esencialmente con arreglo a la libertad racional."¹⁴

Podemos decir que para Hegel, la libertad es el síntoma del pensamiento, del espíritu. Ser libre es ser sí mismo. Sin embargo, el sujeto individual, o lo que Hegel llama espíritu subjetivo, es una idea insuficiente del pensamiento. Cada uno de los sujetos se da cuenta de sí mismo en tanto es distinto de lo natural que lo rodea y, en tanto, es distinto de los demás sujetos.

Entonces, un sujeto es libre, sí, pero en sentido negativo. Todo aquello que hay alrededor del sujeto, lo limita, lo determina, lo niega. La libertad en sentido positivo es la absoluta determinación y limitación de un ser por sí mismo, y esto realmente no llega a suceder del todo. La individualidad del sujeto es una afirmación parcial, porque esta afirmación, si bien puede entenderse como que cada sujeto consiste en sí mismo, sin embargo, las ideas, deseos, normas y preferencias le llegan a los sujetos, mayoritariamente, impuestos por su entorno social. Precisamente esto es lo que hay que tener en cuenta para entender la propuesta de este trabajo. Este artículo pretende sustentar lo que luego llamaré como *empatía del reconocimiento*. Pasemos a comentar lo que dice Ortega y Gasset al respecto de la idea de libertad hegeliana, pues puede resultar provechoso para el análisis que vengo haciendo.

¹⁴ Hegel, G., Enciclopedia de las ciencias filosóficas, traducido por Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 2005, pp. 555 y 556.

José Ortega y Gasset da una explicación que resulta bastante clara sobre la idea de la libertad hegeliana. Sobre esta libertad, Ortega y Gasset explica que cada sujeto tiene fuera de él una realidad que es espiritual, más no material, y que además, no es ningún sujeto individual. Esta realidad espiritual es el Estado. El Estado, precisa Ortega y Gasset, es espíritu, pero espíritu objetivo. Los pueblos que existen, cada uno de ellos, es un espíritu objetivo, es decir, un sistema de ideas jurídicas, morales, científicas, artísticas del cual se nutren los individuos, en el cual se informan. La realidad del espíritu subjetivo, del sujeto individual, no está en él mismo; la realidad del sujeto individual, del espíritu subjetivo, está en el espíritu de su pueblo: "He aquí el alguien, el 'mismo' a quien la historia universal le pasa: es el Espíritu, el Pensamiento. La historia es la biografía del Espíritu. Durante toda ella lucha consigo mismo para conquistarse, para descubrirse, para reconocerse y –como el Espíritu no es sino ese conocerse- para llegar a ser con plenitud sí mismo. Pero reconocerse el Espíritu a sí mismo como única realidad es una misma cosa que reconocerse como libre. Para Hegel sólo es propiamente libre lo que sea único. Por eso es la historia, según él, el progreso en la idea de libertad. (...) yo no puedo limitarme a mí mismo si no es aceptando en mí a los demás, llenándome con lo otro, con los otros, integrándome, desindividualizándome, generalizándome; en suma, fundiéndome con lo que queda fuera de mí, con los prójimos de mi pueblo y formando con ellos la unidad colectiva de una nación. Para Hegel sólo a través de un pueblo determinado puede el individuo ser libre, o, mejor aún, sólo el pueblo como unidad espiritual indivisa y en bloques es libre."¹⁵

Me interesa que quede lo suficientemente entendida la libertad subjetiva hegeliana. A ésta, Hegel la llama simple religión del derecho de la libertad subjetiva, y es para él fuente de voluntad, decisión, acción y de todo lo que esté relacionado con el deber y con el valor de las personas. Esta simple religión del derecho de la libertad subjetiva no tiene nada que ver con el chirriante y desapacible sonido de la historia y de las variaciones exteriores y temporales. Hegel llega a concluir que: "En general, sin embargo, debe tenerse en cuenta que todo lo que en el mundo se presenta en el individuo como noble y valioso tiene también por encima suyo una instancia superior. El derecho del espíritu universal está por sobre todos los demás derechos. Ello le admite todo, pero sólo condicionalmente, en cuanto pertenecen a su sustancia, y se consideran como restringidos a la

¹⁵ Ortega y Gasset, J., *Kant, Hegel, Scheler*, Alianza Editorial, Madrid, 1983, p. 123 y 124.

particularidad. Esto podría bastar sobre el argumento de los medios de que se sirve el espíritu del mundo para lograr sus conceptos.”¹⁶

Hegel, busca darnos a entender que la libertad –que es la que sustancia al espíritu objetivo y a la misma historia- no encuentra su momento determinante y pleno de realización en el *para sí*. El *para sí* pertenece al ámbito de la libertad moral (de la moral subjetiva).

El *para sí* (o *en sí*) es la forma en la que Hegel se refiere a la moral subjetiva. Hay que entenderlo como el mundo de los particularismos, de los egoísmos y del interés puramente individual. Luego nos encontraremos con el *por sí*, que no es otra cosa que la moral objetiva. El *por sí* es el mundo de la trascendencia, cuando la moral subjetiva trasciende a su entorno, es decir, cuando el individuo se da cuenta que su *para sí* tiene como fin último al *por sí*, ya que sin él no se logra la verdadera conciencia de libertad.

Seguidamente, intentaré explicar mejor lo anterior, haciendo un pequeño paralelo con Kant.

Recordemos que Kant distinguió entre moralidad y legalidad. Hegel ha distinguido entre moralidad como moralidad subjetiva (*moralität*) y moralidad como moralidad objetiva (*sittlichkeit*). Se suele traducir *moralität* por *moralidad* y *sittlichkeit* por *eticidad*. La distinción hegeliana entre *moralität* y *sittlichkeit* es en algunos aspectos semejante a la Kantiana. Esto es así porque, mientras la *moralität* consiste en el cumplimiento de un deber por el acto de la voluntad, la *sittlichkeit*, es la obediencia a la ley moral en tanto que es fijada por las normas, leyes y costumbres de la sociedad, lo cual representa a la vez el espíritu objetivo, o, más bien, una de las formas del espíritu objetivo.

Sin embargo, a diferencia de Kant, e incluso oponiéndose a él, Hegel considera que la buena voluntad subjetiva no es suficiente en stricto sensu. Es necesario que la buena voluntad subjetiva no se pierda en sí misma o, si se quiere, no tenga simplemente la conciencia de que pretende el bien. Lo subjetivo, es aquí solamente abstracto. Para que llegue a ser concreto es menester que se integre con lo objetivo, el cual se manifiesta moralmente como *sittlichkeit*. Eso sí, hay que tener claro que la *sittlichkeit* o *eticidad*, no es tampoco una acción moral solamente mecánica: es la racionalidad de la moral universal concreta que puede otorgar un contenido a la moralidad subjetiva de la simple conciencia moral.

¹⁶ Hegel, G., *Filosofía della storia*, traducido del alemán al italiano por G. B. Passerini, Capolago, Cantón del Tesino, 1840, p. 35.

Hegel, entonces, al situarnos en la distinción entre *moralidad* y *eticidad*, realmente nos sitúa en el escenario de discusión que trata sobre la subjetividad en la moral y sobre la objetividad en la moral. Es decir, se trata de la discusión sobre si la moral es un tema de mera conciencia o si la moral, adicionalmente, se relaciona con cuestiones objetivas que es imposible dejar de lado a menos que, según se entiende de la filosofía hegeliana, se quiera descender a un subjetivismo inútil que resulte ineficiente para la racionalización de la vida humana.

Así, Hegel habla sobre el derecho de la voluntad moral, en donde el derecho abstracto o formal de la acción consiste en que su contenido es, en general, mío, y la acción, un propósito de la voluntad subjetiva. La particularidad de la acción vendría a ser su contenido interior. Siendo así, resultaría que el carácter general del contenido de la particularidad de la acción estaría determinada por mí, y al mismo tiempo por aquello por lo cual ella tiene valor para mí, que no es otra cosa que la intención o propósito. Con esto, lo que hace Hegel es afirmar los derechos de la conciencia, de tal forma que la subjetividad y el contenido interior de la particularidad de la acción, son la sustancia de la *moralität*. Entonces, para Hegel la moral – *moralität*– constituye la cara del derecho de la voluntad subjetiva. Por este derecho, la voluntad es y reconoce únicamente lo que es suyo, o sea, aquello en lo que la voluntad existe como algo subjetivo.

Hegel sustenta su moralidad subjetiva en la libertad interior del sujeto, lo que de alguna forma resulta siendo una coincidencia con la moral kantiana. Sin embargo, Hegel rechaza la idea de una libertad moral que resulte suficiente o absoluta, y que termine limitada a una manifestación sagrada de la conciencia del sujeto. El hecho de que Hegel acepte esta la libertad interior de los sujetos, implicaría sólo una visión parcial de su filosofía. En efecto, Hegel no tiene reparo en afirmar que la conciencia moral es sagrada; sin embargo, repara en el hecho de que la conciencia moral puede entenderse de varios modos o admitir distintas interpretaciones y dar, por consiguiente, motivo a dudas, incertidumbre o confusión. De esta forma Hegel nos previene del riesgo de llegar a confundir el saber y el querer subjetivo, con el bien verdadero. Así, para Hegel, la conciencia verdadera es la disposición de querer lo que es bueno *en sí y por sí*. Para que esta conciencia sea verdadera, debe contar con las prescripciones objetivas *por sí* y los deberes; ambos se constituyen en los principios estables de una conciencia verdadera. El querer subjetivo –o la mera conciencia subjetiva–, como tal, no tiene

contenido propio. El sistema objetivo, de estos principios y deberes, unido al saber subjetivo, existe únicamente desde el enfoque de la ética. Y es que, desde el enfoque de la sola moralidad subjetiva, la conciencia no tiene contenido.

Lo que conforma el derecho y el deber, es lo *en sí y por sí* racional de las determinaciones de la voluntad, y no es, por consiguiente esencialmente la propiedad particular de un individuo, ni existe en la forma del sentimiento, o de cualquier otro modo de saber singular, esto es, sensitivo o sensible. Lo que es *en sí y por sí* racional, se da esencialmente en forma de determinaciones universales, pensadas, es decir, en forma de leyes y principios. La conciencia moral está, por tanto, sometida al juicio de si es o no es verdadera; su invocación o apelación exclusiva o únicamente a sí misma se opone inmediatamente con lo que ella quiere ser: la norma de un modo de actuar racional, universal y válido *en sí y por sí*.¹⁷ Para Hegel, en la moral se ventila únicamente la conciencia formal, y no debe caerse en el error de confundir a la moral (a la que únicamente le corresponde la conciencia formal) con la conciencia verdadera, puesto que ésta es la que se encuentra sitiada en el sentimiento ético.

Como bien podemos advertir, Hegel guarda cierta coincidencia con Kant ya que acepta que la autodeterminación de la voluntad es la génesis de los actos morales, y ella, como tal, no es accesible a los demás. En este sentido Hegel, en uno de los agregados de su obra, explica que para el derecho estricto es irrelevante qué principios orientan al individuo o cuál sea su finalidad. Precisa que la interrogante por la autodeterminación de la voluntad, sus móviles y sus propósitos, interviene en el campo de la moral. Si se quiere juzgar al individuo respecto de su autodeterminación, hay que tener en cuenta que en este aspecto es libre, cualesquiera sean las condiciones exteriores. Esta convicción del ser humano en sí mismo no se puede romper; ninguna fuerza violenta puede pasarle por encima, y eso hace que la voluntad moral, por tanto, sea inaccesible. El valor de las personas se estima por su acción interior; el punto de vista moral es, por lo tanto, la libertad existente *en sí*.¹⁸

Asimismo, Hegel, reconociendo el mérito de Kant, acepta el deber por el deber como sustancia de la moral, y afirma que el elemento esencial de la voluntad es el deber para mí; o, dicho de

¹⁷ Hegel, G., *Filosofía del derecho*, cit., pp. 134 y 135.

¹⁸ Hegel, G., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, Suhrkamp, Frankfurt, 1986, p. 205.

forma distinta, que lo esencial de la voluntad es para mí un deber. Si únicamente sé que el bien es para mí un deber, me mantengo aún en su abstracción. Debo cumplir con el deber por el deber mismo, y lo que realizo en el deber es mi propia objetividad en sentido verdadero: mientras lo hago cumplo conmigo mismo y soy libre. Para Hegel, el mérito y el punto más alto de la filosofía práctica kantiana han consistido en haber acentuado este significado del deber.¹⁹

Resulta interesante el tema del poder legítimo del derecho de imponer su cumplimiento -o de prevalecer sobre su infracción-, pues nos permite entender mejor la idea de la moral subjetiva y la ineficiencia del Derecho dentro de esta moral, sobre todo porque, esto último, es uno de los planteamientos de este trabajo.

En este punto, según Hegel, el poder legítimo del derecho se sirve, para estos efectos, de la coacción. En este sentido, el poder legítimo del derecho funciona como un condicionante coactivo para la libertad de los sujetos. Luego entonces, si como hemos venido anotando, resulta que la autodeterminación, para Hegel y Kant, son la sustancia de la moral, esto nos coloca ante una dificultad en el momento que se entrecruzan la autodeterminación y el Derecho. Sobre este punto Hegel precisará que la violencia es elemento que distingue el Derecho de la moral: "Aquí, en la diferencia entre lo legal y lo moral, debe considerarse ante todo, a la moral, es decir, después de reflexionar en mí; esto es también una dualidad, porque el bien es mi propósito, y de acuerdo con esta idea, me voy a determinar. La existencia de algo bueno es mi decisión, y yo la realizo en mí, pero esta existencia es completamente interior, por lo que no puede tener lugar algún tipo de coerción. Las leyes estatales no pueden extenderse, por lo tanto, al carácter de cada uno, porque, en lo moral, yo soy para mí mismo, y la violencia, aquí, carece de sentido."²⁰

Veremos que, según Hegel, al Derecho efectivo principalmente le interesa que la garantía de la subsistencia y el conjunto de las cosas necesarias, para que los individuos vivan bien -es decir, el bienestar particular-, se gestionen y se desarrollen como Derecho. Para el Derecho efectivo -dentro de la particularidad natural- no es de mayor interés que las situaciones accidentales de uno u otro individuo sean eliminadas, ni que la seguridad cortada a una determinada persona obtenga realidad. Lo que más importa, al Derecho efectivo, es que las garantías del bienestar particular sean

¹⁹ *Ibidem*, pp. 250 y 251.

²⁰ *Ibidem*, p. 181.

tratadas y realizadas como derechos, pero esto, desde mi punto de vista, no garantiza la eficiencia total del Derecho; todo lo contrario, nos llena de normas legales, las que en su enorme pluralidad reguladora no consiguen una capacidad práctica para los derechos de las personas.

Visto todo lo que venimos analizando, hay que insistir en afirmar que Hegel tiene coincidencias con la filosofía kantiana; sin embargo, a diferencia de Kant, la filosofía hegeliana le otorga gran relevancia a la moral objetiva o *eticidad* (*Sittlichkeit*), que no es otra cosa que la indispensable armonía entre los fines subjetivos y los fines objetivos.

De esta manera llegamos a entender que para Hegel, en la satisfacción de los fines válidos, *en sí y por sí*, se encuentra, a la vez incluida la satisfacción subjetiva del propio individuo. Con lo cual, esas pretensiones que sostienen que únicamente se deben querer y alcanzar tales fines –así como la opinión de que los fines objetivos y subjetivos se excluyen mutuamente en la voluntad o en el querer– resultan siendo afirmaciones vacías del entendimiento abstracto. Estas afirmaciones, caerían en un todavía mayor error si llegasen a afirmar que la satisfacción subjetiva, únicamente por el hecho de estar presente (como lo está siempre en una obra acabada), constituye la intención esencial del agente, y que el fin objetivo, como tal, ha sido únicamente un medio para lograr la satisfacción de esa intención.

Hegel, en el mundo de la moral, no busca poner a la subjetividad en contra de la objetividad. No niega a una ni a otra, ni manifiesta su odio por alguna de ellas. Lo que defiende Hegel es la falta de suficiencia de la moralidad como únicamente subjetividad. La moral subjetiva, para Hegel, no es suficiente para poder entender el sobrevenir de la libertad hacia el momento de la plenitud; y esta plenitud, según él, se logra en el mundo de lo ético. Para Hegel, la autonomía de la voluntad, en su condición de sustancia de la moralidad, resulta insuficiente para el desarrollo de la libertad; la autonomía de la voluntad, siendo la sustancia de la moralidad, resulta insuficiente para sostener el progreso de la libertad. Nos tiene que quedar claro entonces, que existe un estado de libertad que otorga la verdadera plenitud hegeliana; este momento o estado es el de la *eticidad* (*Sittlichkeit*), o, si se quiere, el momento o estado de la moral objetiva.

Es también interesante tomar cuenta el lugar que para Hegel ocupan las necesidades particulares de los individuos.

Hegel, en *Filosofía del Derecho*²¹, afirma que en el *sistema de las necesidades*, la subsistencia y el conjunto de cosas necesarias para que las personas vivan bien, todas ellas, existen como *posibilidad*. Esta *posibilidad* se encontraría condicionada por el arbitrio de los individuos y por la particularidad natural; empero, al mismo tiempo, se encontraría condicionada, también, por el *sistema objetivo de las necesidades*.

El arbitrio de los individuos y la particularidad natural, corresponden al ámbito de lo que podemos entender como el estímulo espontáneo del sentimiento humano. El Derecho, correspondería al ámbito del sistema objetivo de las necesidades.

En el sentido de lo dicho, nos encontraremos con que Hegel reconoce que la subsistencia y la satisfacción de las necesidades, para que las personas vivan bien, se encuentran condicionadas por el arbitrio de los individuos (es decir, por su voluntad subjetiva) y por el sistema objetivo (la razón). Entonces, resulta claro concluir que Hegel no rechaza de plano que un Estado, en cierta forma, se encuentre también confiado a la voluntad dirigida por las necesidades. Es decir, Hegel no niega el hecho de que para que un Estado funcione bien hay que tener presente aquella voluntad de los individuos que se forja a través de las necesidades. Lo que pasa es que Hegel limita la subsistencia y la satisfacción de estas necesidades, sólo como posibilidad, condicionándolas al arbitrio de los individuos y a la particularidad natural, pero no sólo a esto; también condiciona la subsistencia y satisfacción de las necesidades al sistema objetivo de las mismas (es decir a su razón universal y objetiva). Con lo cual, tenemos que entender, que lo que rechaza Hegel, es la idea de que un Estado deba ser confiado únicamente a la voluntad dirigida por las necesidades aisladas, es decir, sin que se tenga en cuenta el papel protagónico que le corresponde al sistema objetivo de dichas necesidades.

Vemos pues que, para Hegel, el arbitrio de los individuos y la particularidad natural pertenecen al mundo de la moral subjetiva –o si se quiere al mundo del estímulo espontáneo del sentimiento humano–; asimismo, la subsistencia de los individuos así como las cosas que cubren sus necesidades, ambas, pertenecen al ámbito del bienestar particular; por lo tanto, Hegel no rechaza la idea de que la moral esté confiada al estímulo espontáneo del sentimiento. Lo que hace Hegel es precisar que todo aquello que integra el mundo de la moral subjetiva –arbitrio de los individuos, particularidad natural,

²¹ Hegel, G., *Filosofía del derecho*, cit., pp. 200 y 202.

subsistencia, necesidades y bienestar particular- no se realizan a sí mismas ni por sí mismas de manera aislada, sino que deben confiarse también a la moral objetiva. En los conceptos hegelianos, esto es lo que más importa porque en ella está la razón universal que todo lo ordena. Por eso, si bien se puede saber y entender, desde el estímulo espontáneo del sentimiento humano, lo que es el bienestar particular, lo que más importa es que, este bienestar particular, sea tratado y realizado como Derecho, es decir como moral objetiva. No hay, en Hegel, un rechazo al estímulo espontáneo del sentimiento; más bien, lo que hay es la aceptación de este estímulo, pero condicionado a que, a la vez y necesariamente, sea tratado dentro de la moral objetiva para que pueda ser considerado dentro de la razón universal.

Tenemos que concluir esta parte dejando bien sentado en los conceptos hegelianos es crucial lograr vencer y rebasar el momento de la parcialización *para sí*, es decir el de la subjetividad, y dar apertura al momento de realización *según el concepto* (el *por sí*) para lograr alcanzar una plena libertad, ya que la libertad limitada a la moral, no es más que una mera libertad interior, es decir una mera libertad *para sí* (o *en sí*). El momento de realización *según el concepto*, implica la fase en la que logramos abrirnos a las condiciones de plenitud, que el espíritu objetivo, en su movimiento propio, nos indica como incondicional para lograr esa plenitud de libertad, que es la que supera a la simple libertad moral o interior: es la libertad ética, la que logra esta superación: "Sólo en la eticidad la voluntad será lo mismo con el concepto de la voluntad y tendrá a éste como su contenido."²²

Como anotamos antes, para Hegel la unidad de lo subjetivo y de lo objetivo *en sí* y *por sí*, es la *eticidad*, y en ella se produce la reconciliación *según el concepto* (según el *por sí*). Así, si la moral es la forma de la voluntad, por el lado de la subjetividad, la *eticidad* no es únicamente la forma subjetiva y la autodeterminación de la voluntad, sino que es también el tener como contenido su propio concepto, que, según Hegel, es la libertad. Lo legal y lo moral no pueden existir por sí mismo; ambas deben tener a lo ético como fundamento y sostén.²³

Entonces, nos queda claro ya que Hegel, en lo que respecta a su idea del deber, es decir en lo que respecta a su idea de la moral,

²² Hegel, G., *Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse*, cit., p. 207.

²³ *Ibidem*, pp. 290 y 291.

no otorga un valor absoluto a la subjetividad. Más bien critica a quienes defienden la idea de los sujetos como señores que deciden la ley. Para Hegel la moral subjetiva, implica un retorno hacia el interior del sujeto; es una visión hacia uno mismo. En este sentido es que la moral subjetiva, para él, lleva consigo alguna dosis de egoísmo, de unilateralidad y de egocentrismo. La moralidad es una superación del momento anterior del derecho abstracto, donde la libertad tiene una existencia exterior en las cosas, en la propiedad. Es así que no basta ni la libertad exterior (derecho abstracto) ni la libertad interior (moralidad): "(...) para Hegel hay dos clases de ideales: los que provienen de la separación y de la división son ideales abstractos y utópicos, que estorban el curso de la historia; los que participan en este son los ideales reales, que cuando ingresan en la conciencia de los grandes hombres permiten la realización de la historia: nacen exclusivamente de una reconciliación del hombre y el mundo, y solo de ese modo cobran sentido."²⁴

Los objetos son estímulos para la reflexión; el mundo se ve de acuerdo a cómo se le considere. Si vemos al mundo únicamente desde el enfoque de nuestra subjetividad, lo tomaremos según nosotros mismos estamos conformados; de esta forma, entenderemos y advertiremos, limitadamente, cómo es que ha tenido que hacerse todo y cómo hubiera debido ser. Sin embargo, para Hegel, lo que contiene la historia universal es racional y tiene que ser racional; existe una voluntad poderosa y divina que guía al mundo, y que es lo suficientemente potente como para determinar su gran contenido.

En mi interpretación esa voluntad poderosa de la que habla Hegel, no es más que la conciencia crítica de nuestra libertad o, más precisamente, la conciencia crítica y universal del valor de nuestra humanidad dentro de la realidad, que es la que nos da la verdadera libertad.

3.- CIMENTANDO EN VALORES PARA EMPODERAR EN DERECHOS Y AL DERECHO: EMPATÍA DEL RECONOCIMIENTO.

Llegados a este último punto, es hora de concretar mi propuesta desde mi enfoque personal y desde el desarrollo filosófico hegeliano que he expuesto en este trabajo. Intento proponer un

²⁴ D'Hondt, J., *Hegel, filósofo de la historia viviente*, traducido por Aníbal C. Leal, Amorrortu, Buenos Aires, 1971, p. 151.

sendero para superar mi acusada y aguda *crisis de valores* que denuncié en este trabajo.

En primer lugar, voy a hacer una diferenciación entre lo que debemos entender por obligación frente a lo que es la convicción.

La obligación es todo aquello que hacemos o no hacemos, obligados -valga la redundancia- por algo o por alguien. No importa ya si creemos que eso que hacemos, o no hacemos, es correcto o incorrecto, o si es lo que verdaderamente queremos hacer. Cumplimos con ese hacer, o con ese no hacer, porque existe una consecuencia que se produce, o que se podría producir, si yo no cumplo con aquello a lo que se me obliga. Esto significa que, en la obligación, existe una sanción o algún medio coercitivo que quiero evitar, y la forma de evitarlo, es cumpliendo. Esto último es lo que interesa, no la consecuencia o el efecto que se produce, en sí mismo, con el cumplimiento. Este es el marco en el que se mueve principalmente el Derecho y con el que se regula la mayor parte de la producción de normas legales, así como su desarrollo: el de obligar legalmente para que los sujetos se eviten una sanción represora o castigadora.

En cambio, la convicción se mueve en otro marco de entendimiento, y, a mi juicio, en un marco muy superior, en cuanto a consecución de eficiencia se trata. La convicción implica que yo hago, o dejo de hacer algo, porque creo que con ello hago lo correcto, o, simplemente, porque quiero hacerlo, o dejar de hacerlo, y no tengo en cuenta, para decidirlo, la consecuencia sancionadora que se provoque. Este es un estado de convencimiento profundo de los sujetos, que es más eficiente y sólido para mover, en un sentido u en otro, las decisiones de los individuos, ya que, existan o no consecuencias represoras que intenten obligarlos a algo, siempre se actuará según la guía de las convicciones propias -por convencimiento-. La convicción no necesita verse obligada o amenazada con alguna sanción, para ser ejercida y cumplida. Este es el nivel que se alcanza con una conciencia crítica y activa. Esto es lo que nos conducirá a una verdadera conciencia de libertad.

Vemos, en el mundo, que hay una enorme pluralidad de normas legales que imponen obligaciones y respetos hacia los derechos humanos. Hay normas que, por ejemplo, instauran y obligan a una cuota mínima de contratación de personas con distinta capacidad, o de mujeres; sin embargo, es bien sabido que los empleadores, por lo regular, tratan de encontrar alguna forma legal de rehuir a esta obligación, o de cumplirla lo menos que les sea posible. Esto es así, porque lo que les importa es evitar la consecuencia o sanción, y no el trato justo e igualitario en oportunidades que se busca con esas normas. Olvidan, estos

empleadores, o no caen en cuenta, que al final las mujeres o las personas con distinta capacidad, son seres humanos como ellos, y el no darle oportunidades, o el intentar dárselas lo menos posible, en principio afecta a estas personas, pero, en profundidad, hace de nuestra sociedad, una sociedad menos justa y, con ello, una sociedad peor. Lógicamente, esto atenta contra el bienestar de la humanidad en general, y por ello, al fin de cuentas, los empleadores terminan afectándose a ellos mismos, pues les tocará vivir en una sociedad peor, en una sociedad menos justa que, más tarde o más temprano, aunque sea de forma distinta, también los tratará con la misma injusticia que ellos trataron. No se trata de venganzas ni nada que se le parezca; es únicamente la consecuencia de un deterioro de los valores humanos que termina generalizándose y afectando a toda la sociedad.

Una sociedad injusta, es una sociedad indecente; y una sociedad indecente, provoca que los egoísmos y los particularismos, propios de las personas, se intenten imponer desde una visión sesgada de la humanidad, de tal forma, que los intereses particulares se convierten en intereses caprichosos que hay que alcanzar a toda costa sin importar el derecho o la consideración hacia los demás; sin importar la humanidad como unidad de conjunto que es; sin importar todo lo que nos rodea y con lo que debiéramos de vivir en armonía. No nos damos cuenta que cuando afectamos a la humanidad o, mera e ingenuamente, nos desinteresamos de ella como conjunto, o le somos indiferentes porque el problema no nos afecta directamente (porque no somos, por ejemplo, personas con distinta capacidad, inmigrantes, mujeres, o porque hemos tenido la "suerte" de nacer en uno u otro país), realmente nos estamos afectando o estamos siendo indiferentes a nosotros mismos. El desinterés y el desapego por los problemas de la humanidad y por la discriminación que le afecta a muchos de sus integrantes, es un desinterés y un desapego que nos pasará factura a todos directa o indirectamente, incluidas nuestras familias y su futuro. Es el escenario de la desmedida preocupación por proteger el interés particular, en claro detrimento del interés general, como si la desatención de este último, no terminara afectando y dañando al primero. Lo que es un error.

En esta parte voy a posicionarme ya en los conceptos hegelianos para hacer reflexiones que sustenten mi propuesta, desde su filosofía.

Dejamos claro antes que Hegel distinguía entre moral subjetiva y moral objetiva.

En el discurso que venimos desarrollando, los egoísmos y los particularismos, así como los caprichos, los ubicaré en lo que es la moral subjetiva de Hegel. En la moral subjetiva se sitúan los intereses particulares de los sujetos. Luego, el interés general de la humanidad se situaría en la moral objetiva hegeliana.

Aplicando la filosofía hegeliana, en lo que respecta a la distinción entre moral subjetiva y moral objetiva, resulta que mi propuesta de la superioridad de la convicción, sólo puede funcionar si ambas -la moral subjetiva y la moral objetiva- se fusionan y se dan en forma conjunta. La preocupación por el interés particular, no debe hacernos perder la conciencia de que pertenecemos a una misma humanidad, y que el conjunto de ella se forma con todos y con cada uno de los seres humanos que habitamos en este planeta.

El *para sí* hegeliano es el mundo de los intereses particulares, pero estos tienen que dar el paso hacia el *por sí* que es el único camino hacia la verdadera conciencia crítica de nuestra libertad; dar y entender el paso del *por sí*, es el que nos lleva a ese estado de convicción necesario para una sociedad más decente y justa. Quien está convencido que lo que hace o deja de hacer, lo decide por una causa mayor -de la que él es consciente que también es parte- es alguien que ha logrado un nivel de libertad auténtico y superior, aunque yo precisaría, que es alguien que ha alcanzado el verdadero estado de libertad de la realidad social en la que vive. El *en sí* es el mundo de los particularismos, de los egoísmos y del interés puramente individual. El *por sí*, es la moral objetiva. El *por sí* es el mundo de la trascendencia, cuando la moral subjetiva trasciende a su entorno, es decir, cuando el individuo se da cuenta que su *para sí* tiene como fin último el *por sí*, ya que sin él no se logra la verdadera conciencia de libertad. Este es el momento de la convicción, que no necesita de la obligación para ser ejercido y respetado.

Esto es por lo que debe preocuparse el Derecho, principalmente, si lo que quiere es encontrar eficiencia y suficiencia en el desarrollo de sus preceptos dentro la sociedad. Un Derecho que sólo se preocupa por hacer normas con las que obliga legalmente a la humanidad, la historia nos demuestra que se queda corto o es incapaz de perseverar para acabar con las distintas causas de discriminación que afecta a gran parte de nuestra humanidad. Una norma legal siempre se enfrenta a la falta de convicción humana, que es la que encuentra una laguna, una antinomia, o cualquier subterfugio para lograr incumplir, cumplir parcialmente, o sólo en apariencia. Este es el gran problema del Derecho, y de la Política que adoptan, en general, muchos Estados.

El Derecho debe superar la idea de esa supuesta suficiencia en la infinidad de normas con las que impone obligaciones legales, sanciones y mecanismos coercitivos. Está claro que todo esto, no está dando los resultados prácticos que debiera. Afirmar lo contrario, es sostenerse en una falacia que agravaría aún más la *crisis de valores* que hoy afrontamos. Se puede afirmar que siempre hemos estado desatendiendo los derechos de muchos seres humanos y, con ello, de que la crisis que acuso no es la novedad de nuestros tiempos. Sin embargo, yo no podría estar de acuerdo con ello. Lo cierto es que los avances de la tecnología y de los medios de comunicación -como los

satélites, el internet, etcétera- han hecho que, hoy por hoy, sea casi imposible que no nos enteremos de la situación de la humanidad en cualquier parte del mundo y, además, en tiempo presente y real, casi al mismo tiempo en que suceden las cosas, y hasta cuando están sucediendo. Esto hace que la indiferencia, hacia el sufrimiento de los demás, no se pueda justificar por el desconocimiento de ello. El mirar hacia otro lado, es desapego hacia la conciencia y bienestar de la propia humanidad, y es algo que hay que recriminar. La indiferencia activa y dolosa, es la única forma de no saber lo qué pasa en el mundo. Y se debe recriminar, precisamente porque con esa indiferencia se nos trae consecuencia a todos, incluso a quienes creen no poder ser afectados por el mal que sufren otros a lo lejos -como con tema del virus del ébola que llegó a Europa y nos encontró a todos completamente desprevenidos, o más bien indiferentes a este mal-, o por poseer características o realidades que no todos sufren. La historia nos demuestra que, por lejos o ajeno que se crea, todo nos alcanza, a todos como unidad humana que somos, por mucho que estemos organizados en nacionalidades, países o límites de fronteras.

Diremos pues, usando los conceptos hegelianos, que para alcanzar la verdadera conciencia de libertad, hay que tener bien desarrollada la capacidad activa y crítica, para poder llegar a ese estado de convicción por el que tengo el convencimiento de que no se puede acceder a la plena libertad y a la dignidad humana, si no es aceptando en mí a los demás, interesándome por lo otro y por los otros, sabiéndome y sintiéndome integrante de una misma humanidad, más allá y por encima de cualquier concepto de nación, sexo o cualquier otra condición externa de la realidad; es decir, dejando particularismos indolentes e indiferentes, o sea, generalizándome. En resumidas cuentas, fundiéndome con lo que queda fuera de mí, con los demás del conjunto de la humanidad y formando con ellos una unidad de bienestar desde el interés común y general, para que lo particular tenga sentido. La conciencia crítica y sustancial, de una misma humanidad, unida e indivisa, es lo que hace realmente libre a una sociedad.

Lo subjetivo, es decir, los intereses individuales y particularistas, son un primer paso hacia el todo que realmente importa, y por ello es un paso abstracto. Para que llegue a ser concreto tiene que conectarse o, más bien, fusionarse con lo objetivo, que está representado por el interés general. Esta fusión o conexión es lo que encaja con el concepto de la *eticidad* hegeliana. El momento de la *eticidad*, es el momento de la racionalidad de la conciencia crítica, la cual tiene que estar siempre activa, con el fin de entender que todos pertenecemos a una moral universal concreta, que es el verdadero fin y contenido de nuestra moralidad subjetiva, la que nunca debe quedarse atascada en la simple conciencia moral. Hay que dar el paso hacia la moral objetiva, es decir, hay que tener la

convicción de que todo lo que decidimos, en primer lugar, debemos decidirlo con nuestra propia conciencia y criterio, y, en segundo lugar, que todo lo que decidamos siempre va a afectar al fin superior que no es otro que el interés general o fin universal de la humanidad. Si daño lo superior, o no lo tengo en cuenta, habré condenado y afectado también a mi interés particular. Para lograr la convicción sobre ese valor superior que es la humanidad, los seres humanos deben ser bien educados en sus capacidades de reflexión, en sus deberes como ciudadanos e integrantes de una misma familia humana, pues sino, de lo contrario, corren el peligro de creer que hay saber donde realmente no lo hay, o de confundir el valor superior de lo humano, con valores menos relevantes y hasta intrascendentes o superficiales. Buen ejemplo de esto, es el caso de la hermana Paciencia Melgar que ya cité antes, y que muestra como se dio prioridad superior a un valor de nacionalidad, en claro detrimento del valor y del derecho humano a la salud y a la propia vida.

La moral pública no es un tema de mera conciencia sobre los intereses particularistas e individuales de cada sujeto o de cada grupo de sujetos. A la Política, al Derecho y, en general, a los Estados, les debe interesar provocar convicción sobre una moral pública que no se quede en la moral subjetiva de los individuos, sino que se relacione con las cuestiones objetivas de la realidad de todos. El no interesarse por ello es arriesgarnos a descender a un subjetivismo inútil que resulta ineficiente para la racionalización de la vida humana.

El Derecho y la Política, deben instaurar una conciencia de estado de bienestar, en la que cada sujeto tenga la convicción de que el mal del otro, afecta al todo y, con ello, al fin de cuentas, le afecta también a él. Es decir, interesarse por el mal o por el sufrimiento del otro, es interesarse por ese otro, pero no sólo para solucionar su problema, sino que, interesándome por ese sufrimiento, también me intereso por evitarme un futuro sufrimiento propio que, como humanidad que somos, se termina relacionando con el problema de él. Todos somos parte del todo, y como parte del todo, todo se relaciona, todo -más tarde o más temprano- termina relacionándose con todo, tanto lo bueno como lo malo. El sufrimiento del otro, es también el mío, aunque en principio no se note. Si en lugares remotos, por ejemplo, millones de personas sufren una pobreza extrema, o son víctimas que huyen de conflictos armados, o de persecuciones religiosas, o sufren graves enfermedades como el ébola, desnutrición, etcétera; por muy lejos que suceda esto, si nos creemos inmunes o le somos indiferentes, en algún momento las consecuencias de todos estos problemas nos alcanzaran. Asaltos desesperados y masivos para cruzar fronteras e ingresar a países con menos problemas, embarcaciones y "pateras" que llegan llenas de niños, niñas y personas que lo han perdido todo, o que simplemente sucumben a la bravura de nuestros mares, o enfermedades que cruzan continentes; todos estos son ejemplos claros de que el

sufrimientos de los demás, que no tuvimos a bien tener en cuenta, finalmente, de una u otro forma, nos alcanza a todos y nos afecta a todos como humanidad.

Si trasporto lo anterior a los conceptos de Hegel, afirmaré que la convicción o, lo que es lo mismo, la conciencia crítica y verdadera sobre la humanidad, es la disposición de querer que se desarrolle lo que es bueno *en sí y por sí*. La conciencia y la convicción de lo que es *en sí y por sí* racional, se basa en determinaciones universales y pensadas, es decir, en la forma de convicciones sobre leyes y principios necesarios para la humanidad. Todos debemos, a nuestra conciencia moral, someterla al juicio de si es o no es verdadera, ya que la reflexión exclusiva y cerrada hacia sí misma (sólo en el *en sí*), se opone inmediatamente con lo que ella debiera ser para la razón universal: la conciencia moral debe ser la norma de un modo de actuar racional, universal y válido, *en sí y por sí*. No debe caerse en el error de confundir a la moral subjetiva, con la conciencia verdadera que requiere nuestra humanidad.

En la satisfacción de la convicción sobre los fines verdaderos y válidos, *en sí y por sí*, se encuentra, a la vez incluida la satisfacción subjetiva del propio individuo. La satisfacción de la moral subjetiva, representada por los intereses particulares, no es suficiente para lograr la libertad hacia el momento de la plenitud. Esta plenitud, se logra en la convicción sobre la necesidad de ir hacia una moral objetiva, hacia una moral de convicción, respeto y consideración, del superior valor humano como tal; es decir, hacia un mundo que se rija por la conciencia crítica de una humanidad ética. La sola autonomía de la voluntad particular, como sustancia de la moralidad subjetiva, es insuficiente para sustentar el progreso de la libertad verdadera.

Me interesa ahora, luego de todo lo dicho, dejar sentado lo último de mi propuesta y de mi enfoque con respecto a lo que vengo sosteniendo en este trabajo de reflexión y camino.

No estoy proponiendo, ni por asomo, que el Derecho deje de regular mediante normas legales coercitivas que obliguen a cumplir. Creo que las normas que obligan son necesarias, pues el cambio hacia la convicción no se logra de un día para otro. Lo que propongo es que el Derecho, ante su clara ineficiencia o insuficiencia sobre los derechos humanos, construya, prioritariamente, otro tipo de frente que no sólo busque la producción de múltiples normas legales; que no sólo busque el reconocimiento meramente formal de derechos protegidos, bajo coerciones o sanciones de obligatoriedad legal; o,

que no sólo busque que los sujetos cumplan por estar obligados con una consecuencia en su contra.

El Derecho no debe basar su forma de organizar a la sociedad, únicamente en normas legales que obliguen. El basarse sólo en esto, es tener en cuenta a los sujetos sólo por su moral subjetiva. Es decir, por su interés particular de no ser sancionados con una consecuencia provocado por su incumplimiento. El Derecho y la Política tienen que dar un paso mayor, en busca de lograr una conciencia que tenga la convicción sobre la necesidad humana de cumplir con los derechos. La búsqueda, únicamente, de una conciencia que respeta derechos, pero obligada por las normas que se lo imponen, al final resulta poco útil en términos prácticos: la historia nos desvela como el mundo se viene deteriorando desde otrora. La historia nos muestra como, más bien, afrontamos un continuo proceso de deshumanización de los valores humanos.

El Derecho tiene que propiciar y promover el paso de los sujetos hacia la conciencia de esa moral objetiva y necesaria para lograr el verdadero bienestar social. Esto sólo se puede lograr instaurando una conciencia de convicción, dentro de todos los sujetos, y por encima de la conciencia de obligación. Es crucial, para ello, que el Derecho, la Política y los Estados tengan que dar preferencia y dotar de medios, a la educación en lo que son los verdaderos y superiores valores humanos, donde lo que se busque es impulsar la capacidad de reflexión y de crítica. De lo contrario, el resultado es lo que vemos hoy en día: sujetos que no ejercen su capacidad de crítica, sujetos que viven el día a día como mejor pueden, sin autonomía y libertad real -por mucho que crean tenerla-; son sujetos convertidos en autómatas que se dejan llevar por todo lo que hay; son sujetos con una total o gran indiferencia para lo que pase más allá de sus intereses particularistas. Esto nos puede llevar a la pregunta o sospecha -aunque todos sabemos que es más que eso- sobre si existen determinados intereses espurios y de poder que, logrando imponerse sobre el Derecho, la Política y los Estados, les interese provocar sociedades autómatas y sumisas, que crean tener una libertad que realmente no tienen, pero que determinen el enriquecimiento de sus minoritarios grupos de privilegio. Es un tema muy actual y seductor para ser analizado; sin embargo, es algo que aquí no trataré.

Las sociedades son como grandes edificios que se construyen sobre cimientos. Ya se pueden construir edificios muy altos y robustos, muy lujosos y llenos de cosas servibles e inservibles, de

cosas eficientes e ineficientes, de cosas suficientes e insuficientes, de cosas que obligan o no; pero, si los cimientos son poco sólidos o endebles, por bueno que sea todo lo demás construido, al edificio terminará pesando más de lo que puede resistir, se deteriorará con todo lo de dentro, y al final caerá. Este es el riesgo de nuestras sociedades de hoy, más preocupadas por obligar, que por educar en la capacidad de la razón y la crítica de los valores humanos.

Si no nos preocupamos por ello, las sociedades ya pueden estar llenas de derechos humanos formalizados en normas que obligan, de grandes organizaciones internacionales supuestamente defensoras de derechos, de discursos, doctrinas y libros en contra de toda discriminación; sin embargo, si no se forma a los integrantes de la sociedad, en el valor propio de la humanidad como humanidad que es, muy pronto las sociedades no podrán sostenerse sólo con normas y obligaciones producidas por el Derecho. El Derecho no crea cimientos; son los valores los cimientos de la sociedad y del Derecho. De ahí mi propuesta, que además es el título de este trabajo: hay que cimentar en valores para empoderar a los seres humanos en sus derechos, y para empoderar al Derecho; esto es, hacer que los seres humanos reconozcan el valor que hay en su propia humanidad, que es el mismo valor que el de todos los demás; es también empoderar al Derecho, pues con la convicción de los sujetos, las normas y regulaciones legales resultaran más eficientes en la práctica.

Tengamos en cuenta que el Derecho lo hacen seres humanos, las naciones, los gobiernos, sus instituciones, las organizaciones internacionales, los poderes, las empresas, etcétera, son tales, porque el ser humano las ha creado, las conforma y es quien las decide a actuar en uno u otro sentido; ninguna de ellas tiene vida propia. Entonces, es al ser humano a quien hay que corregir y educar, desde los valores de su humanidad; luego todo funcionará mejor y será más eficiente.

El valor humano como cimiento de nuestras sociedades es lo único que puede sostener una verdadera libertad; es lo único que nos permite la armonía real con los demás y con el medio que nos rodea y, en última instancia, con nosotros mismos.

La convicción de que una sociedad libre, igualitaria, justa y decente, es el mejor de los mundos posible, es una convicción a la que sólo se puede llegar a través de una educación en valores (a través de enseñar el bienestar que se alcanza con la fusión de la moral subjetiva en la moral objetiva), pues ésta es la única que nos proporciona la capacidad crítica necesaria para entender y defender el

valor auténtico de nuestra humanidad, como unidad y humanidad que es; es lo único que nos hace seres auténticos, plenos y realmente libres. La educación en los valores superiores y reales de nuestra humanidad, es lo que nos llevará a convencernos -sin tener que ser obligados- de que el sufrimiento o la discriminación por la que pasan otros, es un tema que también va de mí, que es un tema que tiene que ver conmigo, y con todos, pues todos somos parte de esa misma humanidad que sufre, sea cual sea el lugar o la condición en la que se produzca.

Lo anterior me lleva casi a lo último de este trabajo, que es, además, otra de mis propuestas que comparto: la *empatía del reconocimiento*.

La *empatía del reconocimiento* es una propuesta distinta a lo que comúnmente se entiende por empatía.

Por lo regular empatía se entiende como el hecho o el ejercicio de ponerse en el lugar del otro. Esta definición está bien, y reconozco que puede ser muy útil para el discurso de los derechos humanos. Sin embargo, yo pretendo dar un paso más largo y completar esta definición, precisamente para el ámbito de los derechos humanos. La *empatía del reconocimiento*, es también ponerse en el lugar del otro, pero no viéndolo a ese otro, como si fuera otro, sino viéndolo como si ese otro fuera uno mismo.

No se trata de asimilarse o identificarse con el estado mental o afectivo del otro o ponerse al mismo nivel de lo que siente ese otro. Es lógico que uno no pueda experimentar o explicar cómo y cuál es el nivel exacto de sufrimiento por el que pasa el otro; eso lo dejo claro desde ya. La *empatía del reconocimiento* significa reconocerme en el problema de ese otro, pero no en su afección particular, sino en su humanidad, que es la misma que yo tengo, y en eso sí que me puedo identificar perfectamente para negar toda indiferencia o desapego.

El poner en práctica la *empatía del reconocimiento* es una consecuencia lógica de la educación correcta en valores humanos. Con la *empatía del reconocimiento* cualquier sujeto es capaz de reconocerse en la discriminación que sufre el otro, pero no reconociéndose en la causa de la afección, sino en la misma humanidad que comparte con ese otro, y que es la que en el fondo se afecta. Si vemos que alguien le da una bofetada a otro, sabemos que ello está mal; lo que no sabremos es cuánto dolor se ha causado; en esto no nos podemos reconocer en el otro. Pero, si el que sufre la bofetada es mi hijo, es casi seguro que, sin que me obliguen, no me quedaré indiferente ante esa agresión, porque me voy a reconocer en

el sufrimiento de ese otro (mi hijo), dado que me reconozco en él como parte de una misma familia. No me puedo reconocer en su dolor (no sabré bien cuánto o como le duele), pero aún así yo me siento afectado, porque, el valor de la unidad familiar, hará que sí me reconozca en mi hijo, más allá de que sepa o no cuánto le duele. Lo mismo pasa con las sociedad si le enseñamos a ser críticos con sus valores propios y humanos.

Puede incluso que a quien no le duela, sea más objetivo para afrontar el problema, pues si se siente parte de la familia humana, el sabe que el problema también le compete. Por supuesto, que el componente emotivo, del directamente afectado, también es valioso para tratar el problema. No se trata de hacer una jerarquía de quien esté o no capacitado, o más capacitado, para resolver los problemas de discriminación social. La postura de jerarquías o de mayores capacidades, es un error. Ambos, tanto el afectado directo, como el que participa por su convicción de que es parte de una misma humanidad, están capacitados por la propia humanidad familiar y común que los une.

Cuando alguien tenga conocimiento de la discriminación o sufrimiento de otro, u otros seres humanos, por esa *empatía del reconocimiento*, se reconocerá en él y en ellos, más no podrá mantenerse indiferente, sin importar de que el problema le afecte o no, directa e inmediatamente. Este reconocimiento se sustenta en la convicción de saber que todos pertenecemos a una misma familia, que es la familia humana, más allá y muy por encima de cualquier condición de sexo, nacionalidad, capacidad diferente, estatus social o económico, etcétera.

Por ello permítaseme traer al recuerdo a la asignatura de Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos, que se instauró en la enseñanza española con muy buena voluntad, pero sobre todo con mucho acierto, y que hoy, lamentablemente, no está. Se le echa mucho en falta, precisamente por las reflexiones que aquí estoy lanzado, para todo mejor parecer. Viene bien recordar aquí lo que dice Rafael de Asís: "El diseño de una educación basada precisamente en los derechos humanos implica concienciar de la importancia de la dignidad humana y del igual valor de los seres humanos (...)." ²⁵

Me toca salir del casi y, ahora sí, llegar a lo último de este trabajo.

²⁵ De Asís, R., La protección de los grupos vulnerables, en *Los desafíos de los derechos humanos hoy*, cit., p. 203.

Si he propuesto una *empatía del reconocimiento* -que considero un paso superior a la simple empatía- no puedo dejar de afirmar algo que cae por su propio peso.

Para defender un discurso de derechos humanos, en contra de cualquier forma de discriminación, no se necesita ser idéntico o carecer de características que me diferencia del otro que sufre dicha discriminación. Quien crea lo contrario, está en un grave error. Tampoco creo que sea un acierto que las persona discriminadas hagan grupos cerrados de defensa, donde ellos se sientan con mayor autoridad o con la única autoridad para defenderse de la discriminación, como si no fuéramos todos parte de una misma humanidad. Dejo la idea de que, de una u otro forma, víctimas somos todos; no sólo los directamente afectados.

Con ello afirmo, que no se necesita ser igual que el discriminado o sufrir de la misma forma esa discriminación y tener la mismas características biológicas, físicas o sociales que ese otro discriminado. No se necesita ser mujer para defender y entender bien el discurso del feminismo; no se necesita ser personas con distinta capacidad, inmigrante, o pobre, etcétera, para saber que cuando se discrimina, se está afectando a toda la humanidad, y desde allí sí que todos tenemos un mismo valor e interés superior, como parte de la misma unidad familiar humana, por encima de cualquier diferencia o índole.

Por eso a quienes, de una u otra forma, creen que el problema de cada causa de discriminación o de vulneración de los derechos humanos, no va de todos, o que no tiene que ver con todos, o que no nos compete a todos, yo les digo *De te fabula narratur*.²⁶ El tema va contigo, el tema va conmigo, el tema va con todos; en tanto todos, somos parte de una misma humanidad.

²⁶ Esto aparece en las Sátiras de Horacio, libro I, sátira I, y es recogido en 1867, por Marx, en el prólogo que hace a la primera edición alemana, Tomo I, de *El Capital*. En este prólogo Marx explica muy bien el por qué usa esta cita: "Lo que me propongo investigar en esta obra es el modo de producción capitalista y las relaciones de producción y de cambio que le corresponden. El país clásico para ello es hasta ahora Inglaterra. De aquí el que haya tomado de él los principales hechos que sirven de ilustración a mis conclusiones teóricas. Si el lector alemán alza los hombros con gesto de fariseo ante la situación de los trabajadores industriales y agrícolas ingleses o si se tranquiliza con optimismo pensando que en Alemania las cosas no están, ni con mucho, tan mal, tendré que decirle: De te fabula narratur!".