



# UNIVERSITAS

## REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 24 – Julio 2016 – ISSN 1698-7950

Doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3173>

### Sumario

- 2 *Las propuestas éticas y sociales del transhumanismo y los Derechos Humanos*, por Javier Romañach Cabrero.
- 39 *Una propuesta de estado social para el Siglo XXI: una vuelta al origen*, por Diana Rocío Espino Tapia.
- 76 *El matrimonio entre personas del mismo sexo en derecho internacional privado. Derechos civiles y Derechos Humanos afectados en diferentes países*, por Elena Tordesillas Escudero.
- 134 *Educación inclusiva y vida independiente*, por Irene Tosi, Laura Peláez, Lucia D'Orazio, Malen Larrañaga, Elba Saavedra, Eduardo Baeza.
- 165 *Una visión de la terminación de los conflictos armados centrada en la justicia transicional*, por Angélica María Anichiarico González.
- 195 *Directrices para la creación de documentos digitales accesibles en entornos de investigación, transferencia y difusión científica: el caso de la Red CDPD*, por Gladys Vanesa Fernández, Alicia Beatriz Hernández, Virginia Inés Simón.
- 209 *El derecho a la educación en situaciones de conflicto armado: de las manifestaciones e impactos de la violencia a la construcción de la paz*, por Johanna Ospina.
- 243 *Bebé medicamento, protección de la salud y sistema sanitario público: Una reflexión desde el principio de justicia*, por Fernando Pinto Palacios y Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano.

### Participan en este número

Javier Romañach Cabrero, Licenciado en Informática Asesor técnico de varias ONGs en el campo de la tecnología y la discapacidad (España).

Diana Rocío Espino Tapia, Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, México). Profesora e investigadora adscrita al Centro de Estudios Interculturales del Noreste de la Universidad Regiomontana (México).

Elena Tordesillas Escudero, Doble Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid (España).

Irene Tosi, Laura Peláez, Lucia D'Orazio, Malen Larrañaga, Elba Saavedra, Eduardo Baeza, Máster en Derechos Fundamentales 2014/2015, Universidad Carlos III (España).

Angélica María Anichiarico González, Abogada, Magister y Doctoranda en Estudios avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid (Colombia).

Gladys Vanesa Fernández, Alicia Beatriz Hernández, Virginia Inés Simón, Universidad Nacional de Mar del Plata y Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Argentina).

Johanna Ospina, Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. (España).

Fernando Pinto Palacios, Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción n<sup>o</sup> 3 de Mahón (Menorca). Master en Derechos Fundamentales y Bioética de la UNED. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Islas Baleares (España) y Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano, Catedrática (acreditada) de Filosofía del Derecho de la UNED (España).

Dirección de envío de los trabajos para su evaluación: [universitas.revista@gmail.com](mailto: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  
**Secretaría:** Maria Laura Serra

### Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui | Rafael de Asís | M<sup>a</sup> del Carmen Barranco | Reynaldo Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García Pascual | Ricardo García Manrique | Ana Garriga | José García Añón | Roberto M. Jiménez Cano | Ana Garriga | Marina Lalatta | Francisco Javier de Lucas | 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<sup>a</sup> Ángeles Solanes | José Ignacio Solar Cayón | Javier Medina | Ramón Ruiz Ruiz |

### Redactores

P. Cuenca, A. Iglesias, V. Morente, A. Pelé, O. Pérez, S. Ribotta, A. Palacios, G. Saravia, M.L. Serra, L. Lloredo Alix, M.A. Bengoechea.

### Edita

Instituto de Derechos Humanos  
"Bartolomé de las Casas"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2016  
[universitas@idhbc.es](mailto:universitas@idhbc.es)

# LAS PROPUESTAS ÉTICAS Y SOCIALES DEL TRANSHUMANISMO Y LOS DERECHOS HUMANOS

## ETHICAL AND SOCIAL PROPOSALS OF TRANSHUMANISM AND HUMAN RIGHTS

**Javier Romañach Cabrero\***

**RESUMEN:** Este texto reflexiona sobre la necesidad de afrontar los retos éticos que plantean los avances científicos y técnicos que tienen lugar a principios del siglo XXI. Centra su atención en el transhumanismo y sus planteamientos y propuestas, diferenciando tres de sus tendencias. Analiza sus propuestas éticas sociales y las compara con las propuestas de los Derechos Humanos.

Analiza también los pros y los contras del Sistema de Derechos Humanos como referente ético universal, y compara las propuestas del transhumanismo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible, planteadas por la ONU a principio de 2016.

**ABSTRACT:** *This text reflects on the need to address the ethical challenges posed by the scientific and technical advances that are taking place in the beginning of the XXI century. It focuses on transhumanism and its approaches and proposals, differentiating three trends. It analyzes their social ethics proposals and compares them with the Human Rights approach.*

It also analyzes the pros and cons of Human Rights System as a reference universal ethical, and compares the proposals of transhumanism with Sustainable Development Goals, proposed by the UN at the beginning of 2016.

**PALABRAS CLAVE:** Transhumanismo, posthumanismo, Derechos Humanos.

**KEYWORDS:** *Transhumanism, posthumanism, Human Rights.*

**Fecha de recepción: 12/05/2016**

**Fecha de aceptación: 06/06/2016**

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3175>

---

\* Licenciado en Informática Asesor técnico de varias ONGs en el campo de la tecnología y la discapacidad

## 1 INTRODUCCIÓN

La corriente de pensamiento transhumanista o posthumanista cobra fuerza en la segunda década del siglo XXI. Los grandes desarrollos tecnocientíficos de la humanidad de las últimas décadas han hecho florecer de nuevo una corriente de pensamiento que no es novedosa en sus planteamientos fundamentales; una forma de entender lo humano cuyo pasado y sus consecuencias se tienden a olvidar y dulcificar.

El biólogo Julian Huxley es generalmente considerado como el fundador del "transhumanismo". Huxley acuñó el nuevo término para las mismas viejas ideas, ampliando y reformando el lenguaje relacionado con la impopular eugenesia en 1959 (Huxley, 1959). Pero el significado contemporáneo del término transhumanismo fue forjado por uno de los primeros profesores de futurología, FM-2030<sup>1</sup>, que pensó en "los nuevos conceptos del humano" en La Nueva Escuela alrededor de 1960, cuando comenzó a identificar a las personas que adoptan tecnologías, estilos de vida y visiones del mundo transicionales "posthumanas", como "transhumanos".

Esta hipótesis se sostendría en los trabajos del filósofo británico Max More que empezaría a articular los principios del transhumanismo como una filosofía futurista en 1990, y a organizar en California un grupo intelectual que desde ese entonces creció hacia lo que hoy se llama el movimiento internacional transhumanista, o movimiento de la extropía (<http://www.extropy.org/>).

Este movimiento que sostiene que estamos en un salto evolutivo, porque hemos salido de la tierra, y disponemos de la tecnología que nos permite pasar del humano biológico al posthumano; hemos aprendido a reemplazar partes orgánicas de lo humano con el concepto ciborg y estamos a las puertas de crear cuerpos artificiales a través de la robótica, el conocimiento de la genética; la información pasa de nuestros cerebros a los ordenadores e Internet y poco a poco vamos "desanimalizando" nuestros cuerpos. Progresivamente vamos dejando de depender de las fuerzas de la naturaleza; nuestro libre albedrío sólo será pleno cuando nos libremos de ella; cuando seamos inmortales.

Influenciado por trabajos y obras literarias de ciencia ficción, la visión transhumanista de una futura humanidad diferente, ha atraído a muchos partidarios y detractores de una amplia gama de perspectivas.

Entre los detractores encontramos a los filósofos Jürgen Habermas y Adela Cortina y Luis Echarte, y Francis Fukuyama que la considera "la idea más

---

<sup>1</sup> Fereidoun M. Esfandiary eligió su nuevo nombre, FM-2030, como símbolo de su esperanza de llegar a centenario en el año 2030, una fecha en la que, suponía, la tecnología habría avanzado lo suficiente como para permitir una longevidad indefinida.

peligrosa del mundo” (Fukuyama 2004). Por su parte el experto en salud, bioética y derechos humanos George Annas promueve una “Convención sobre la Conservación de la Especie Humana” (Annas 2002). Entre los grandes defensores están el político Zoltan Istvan, el tecnólogo Ray Kurzweil, los filósofos Nick Bostrom, Julian Savulescu, y Ronald Bailey, que considera que es un “movimiento que personifica las más audaces, valientes, imaginativas e idealistas aspiraciones de la humanidad” (Sequieros 2016). Para unos se abre un horizonte abierto de posibilidades para expandir la evolución de la humanidad y del ser humano; otros alertan de los peligros que implica esta manipulación.

En este escenario los robots y la corriente cyborg se entremezclan actualmente con la globalización, y los desarrollos en inteligencia artificial, minería de datos, Internet, telefonía móvil, realidad virtual, nanotecnología, genética, química, biotecnología, bioquímica y un largo etcétera de campos relacionados con la ciencia y la tecnología.

La mejora de lo humano y el transhumanismo han pasado del mundo de la ciencia ficción a la ética práctica; de la posibilidad ficticia, a plantear si lo debemos hacer. Para afrontar estos retos, en este texto se hace un análisis de lo que proponen las diferentes corrientes transhumanistas, no tanto para el individuo, que es el eje central de este pensamiento y del debate público, sino para la sociedad, que es lo que se considera esencial para el futuro común de la humanidad.

Este análisis se compara con la realidad actual de lo humano: nuestra fragilidad, vulnerabilidad, mortalidad y finitud biológica constreñida al planeta tierra, de las que parecen emanar nuestras emociones de supervivencia que lo invaden todo: el miedo, el amor, la territorialidad, la competitividad, la agresividad, la envidia, etc. Y se compara también con la herramienta que disponemos para afrontar la convivencia con esa realidad: el sistema de derechos humanos.

## **2 LOS DIFERENTES TRANSHUMANISMOS**

Max More define el transhumanismo como (More, 2009): “tanto una filosofía basada en la razón, como un movimiento cultural que afirma la posibilidad y la deseabilidad de mejorar la condición humana por medio de la ciencia y la tecnología. Los transhumanistas buscan la continuación y aceleración de la evolución de la vida inteligente más allá de su forma humana actual y sus limitaciones por medio de la ciencia y la tecnología, guiados por principios y valores de la promoción de la vida”.

A pesar de su pretensión, convicción o falta de reflexión profunda, de que la tecnología y la ciencia son puramente racionales y objetivas, ocurre que como cualquier corriente de pensamiento humano, el transhumanismo no es

un pensamiento monolítico ajeno a la cultura en la que se desarrolla, ni a las personas que lo proponen.

En su descripción del marco de referencia del Transhumanismo, Robert Benedicter (Benedicter, 2015) escribe: "La tecnología como ideología es en el proceso de desplazamiento de la mayoría de los enfoques ideológicos, tanto de la izquierda como de la derecha. Este desplazamiento ha sido posible dado que la tecnología, como proceso objetivo, pretende ser un nuevo terreno "neutral" entre las facciones políticas tradicionales y sus inclinaciones en su mayoría "binarias", que dieron forma a los siglos XIX y XX".

Esta aparente pretensión de neutralidad de la tecnología, valor aparente de partida del transhumanismo, queda en entredicho un poco más adelante en el mismo texto, al analizar y describir las diferentes aproximaciones al transhumanismo: una más liberal desarrollada en los Estados Unidos, y otra más social ("de izquierdas"), desarrollada en el Reino Unido. Curiosamente, las dos vías fundamentales del transhumanismo se corresponden con las tradiciones político-culturales y económicas de sus países de origen, contraviniendo así su "neutralidad" inicial.

Pero existe además otra corriente alternativa nacida también en los EEUU: El tecnooptimismo de Ray Kurzweil, que algunos como Don Idhe (Idhe, 2008) llaman "tecnofantasia"<sup>2</sup>, cuya aproximación al transhumanismo tiene matices diferentes.

## 2.1 Transhumanismo liberal

El transhumanismo liberal es una corriente transhumanista liderada por el futurista y filósofo Zoltan Istvan en los EEUU. Su única fuente documental es el libro "The Transhumanist Wager" (La Apuesta Transhumanista), una novela de ciencia ficción en la que se plantea un futuro en el que el transhumanismo se impone en el planeta gracias a su superioridad tecnológica, consecuencia de su selección de las mentes más brillantes de la humanidad.

Esta corriente se ha hecho conocida por la creación, por parte de Istvan, del primer partido transhumanista en los EEUU: "Transhumanist Party", cuyo lema es "Poner la ciencia, la salud y la tecnología en la primera línea de la política americana".

---

<sup>2</sup> Citado por Max More en (More, 2009).

### 2.1.1 Ética en el transhumanismo liberal

Los objetivos del Partido Transhumanista se pueden encontrar en varias fuentes y no son siempre consistentes. En la página de la plataforma del partido encontramos sus propuestas, de las que se han seleccionado las que trascienden el ámbito doméstico y se consideran más relevantes para este documento:

1. Apoyar mayor longevidad a través de la ciencia y la tecnología con una ley
2. Divulgar una cultura favorable a la ciencia con énfasis en la razón y los valores seculares
3. Facilitar educación gratuita todos los niveles
4. Promocionar la libertad morfológica; hacer con el cuerpo propio lo que se quiera mientras no dañe a otros.
5. Disminuir la población encarcelada en los Estado Unidos utilizando tecnología innovadora para seguir a los crímenes fuera de prisión
6. Poner especial énfasis en soluciones tecnológicas verdes para hacer que el planeta sea más sano
7. Apoyar y desarrollar una renta básica universal
8. Reiniciar el programa espacial con un incremento de recursos gubernamentales
9. Crear un consorcio internacional para celebrar los juegos olímpicos transhumanistas
10. Trabajar para usar la ciencia y la tecnología para eliminar todas las diversidades funcionales (discapacidades) de los humanos
11. Crear un complejo educativo e industrial en Estados Unidos en lugar de un complejo industrial militar.
12. Dedicar el dinero de las guerras contra el cáncer, las enfermedades del corazón, la diabetes, no a las guerras en países lejanos.

Por otro lado, la lectura de su novela de ciencia ficción (Istvan, 2014) da una idea diferente de las propuestas de Istvan. Así, el objetivo fundamental del transhumanismo según este libro se puede dividir en tres puntos:

1. Conseguir la inmortalidad de los seres humanos
2. Conseguir la omnipotencia de los seres humanos
3. Contribuir a la causa cuyo objetivo se especifica en los dos puntos anteriores

Sin profundizar demasiado el análisis, se pueden observar varias similitudes con las religiones tradicionales, con la diferencia de que no hay que morir para conseguir la inmortalidad.

## **2.2 Transhumanismo "social"**

Esta corriente de pensamiento se desarrolla principalmente en el Future Humanity Institute de la Universidad de Oxford. Su director Nick Bostrom es el principal exponente de esta corriente, que podríamos considerar heredera directa del pensamiento eugenésico de Galton y Huxley. Además, el transhumanismo "social" cuenta con el apoyo del desarrollo y apoyo ético del Oxford Uehiro Centre for Practical Ethics dirigido por el médico y filósofo rumano Julian Savulescu.

En el libro "Human Enhancement", coordinado por Bostrom y Savulescu (Bostrom y Savulescu, 2009), de desarrollan en profundidad las reflexiones éticas en las que se apoya esta corriente transhumanista, que se centra principalmente en la mejora de lo humano, del individuo y reflexiona sobre el imperativo moral y la libertad de mejorar sus capacidades mentales y físicas. En su fábula "The Fable of the Dragon-Tyrant" (Bostrom, 2005) también plantea la posibilidad de vencer a la muerte y el envejecimiento, y que dado el nivel tecno científico actual y futuro, el único obstáculo para conseguirlo es la mentalidad reticente de seres humanos que aceptan la muerte como un hecho ineludible.

Desde el punto de vista tecno científico Bostrom, en su libro "Superintelligence", hace un exhaustivo análisis del origen, entresijos y futuro de la Superinteligencia. Una nueva forma artificial de inteligencia equivalente a la humana que los expertos estiman tendrá lugar en el año 2075 con un 90% de probabilidad (Bostrom, 2014), y que seguirá evolucionando después hacia una inteligencia superior a la humana.

### **2.2.1 Ética en el transhumanismo social**

Uno de los caminos propuestos por Bostrom (Bostrom, 2014) para alcanzar la superinteligencia es La "mejora del funcionamiento de los cerebros biológicos" (Bostrom, 2014). Bostrom es consciente de que si empezara un programa de eugenesia clásica se enfrentaría a grandes problemas políticos y morales, pero además plantea que, a no ser que la selección fuera muy fuerte, se necesitarían muchas generaciones para obtener resultados significativos; y que para entonces tendremos un control más directo de la genética y la neurobiología. Por lo tanto considera esta línea factible pero poco práctica.

Considera que las capacidades cognitivas individuales, pueden ser reforzadas de varias maneras incluyendo los métodos radicales como la educación y el entrenamiento, la mejora de la nutrición infantil, la eliminación del plomo y otros contaminantes el entorno, la erradicación de los parásitos, un sueño y

ejercicios adecuados y la prevención de enfermedades que afecten al cerebro. A esto añade mejoras biomédicas como las existentes que mejoran la memoria y la concentración.

No obstante considera que la genética es la que proporcionará mejores herramientas para la mejora del cerebro. Propone una nueva forma de "eugenesia sutil" (Romañach, J., 2009) en forma de selección genética del embrión o gameto, con el fin de mejorar el cociente intelectual de las futuras personas.

Se plantea ir más allá y acelerar el proceso a través de la generación de gametos derivados a partir de células madre, para implantarlos después y conseguir una selección de la raza mucho más rápida. Sin reflexión alguna considera que este proceso tiene ciertos "retrasos" derivados de los 20 años que tarda un ser humano en madurar para obtener su "plena productividad" y formar parte de la "fuerza laboral". Y confía en el cambio de paradigma cultural, en el que los padres se tomen la selección de la raza como la mejor opción, con el objetivo final de modificar la línea germinal de la especie.

Sin duda alguna sus ideas difieren poco del escenario planteado por Aldous Huxley en "Un mundo feliz" y de los planteamientos eugenésicos europeos del siglo pasado. Una nueva y sofisticada forma de selección de la raza, disfrazada de búsqueda de la superinteligencia a través de la mejora biológica de la especie.

Por ello él mismo se plantea las reticencias que puede haber en países como Alemania, pero considera que países como China o Singapur pueden estar más predispuestos a este tipo de actuaciones.

Se percibe en su texto una idolatría a la inteligencia y a lo inexorable de una teoría de la evolución interpretada de una manera concreta y sesgada, que no comparten otros científicos como Jay Gould, con su teoría del equilibrio puntuado y Lynn Margulis con su teoría del planeta simbiótico.

Por otro lado Bostrom (Bostrom, 2014) sí se ocupa de que las máquinas inteligentes tengan valores, con significado humano, que motiven sus decisiones y acciones; y piensa que esos valores deben estar imbuidos en la inteligencia artificial desde el principio, para que no sea demasiado tarde. De sus textos se deduce que esos valores están vinculados a la corriente utilitarista, a la maximización de la felicidad y la minimización del sufrimiento.

En su sofisticado análisis, Bostrom contempla la entrada de la inteligencia artificial en las instituciones, y examina los diferentes valores que deberían tener y los métodos para llegar a ello, la epistemología social, e incluso la renovación de los valores para no quedarse anclado en el pasado, y mantener una teoría moral. También contempla la diversidad de posiciones morales de los humanos y la manera de integrarlos en la superinteligencia, y que el control de la moralidad debe recaer sobre los humanos. Integra todo

ello en el análisis de un sistema denominado Coherent Volition Extrapolation (CEV), propuesta por Yudkowsky para el mundo de la inteligencia artificial; en castellano se podría traducir como Extrapolación Coherente de Voluntades. Como alternativa analiza también el sistema "Moral Rightness" (MR), combinado con "Moral Permissibility" (MP); en castellano "Rectitud Moral" y "Permisividad Moral". También habla de la colaboración entre humanos para el desarrollo de la inteligencia artificial bajo el principio del "bien común" para toda la humanidad.

Profundizar en estos sistemas de moralidad en la Inteligencia Artificial queda fuera del ámbito de este artículo. No obstante, llama poderosamente la atención que a Bostrom ni siquiera se la haya pasado por la cabeza el imperfecto consenso moral que representan los derechos humanos, y no parece proponer una ética social que vaya más allá de la redistribución de la riqueza.

### **2.3 Tecnooptimismo**

El representante más conocido actualmente de esta corriente transhumanismo es Ray Kurtzweil, y su texto más relevante es el libro "The singularity is near" (La singularidad está cerca), escrito en el año 2005. No obstante, el optimismo tecnológico tiene sus raíces en el capítulo "Las implicaciones sociales de la Inteligencia Artificial", del libro "El científico especula", escrito por J.J. Good en 1962. J.J. Good es un famoso estadístico compañero de Alan Turing, y uno de los padres de la inteligencia artificial. No obstante, según parece (Barrat, J. 2013), cambió de opinión en la última parte de su vida y pensó que la Superinteligencia representará la extinción de la especie.

Kurtzweil va más allá de la Superinteligencia e incorpora la ingeniería genética, la nanotecnología y la robótica, que siguen la Ley de Retorno Acelerado propuesta por él mismo, y que seguirán creciendo exponencialmente siempre.

El optimismo de Kurtzweil parece ignorar los fracasos que han producido ya los avances y automatización. El ejemplo más claro es el crash de la bolsa de los EEUU del 6 de mayo de 2010, consecuencia directa de los algoritmos utilizados por las grand\*es agencias bursátiles.

#### **2.3.1 Ética en el Tecnooptimismo**

La iniciativa de Ray Kurkzweil no se basa tanto en teorías como en el deseo manifiesto de utilizar la tecnología para construir un "mundo mejor", que se plasma *de facto* en la Singularity University.

Es una Universidad que está en California, y su página web es: <https://singularityu.org/>. Su objetivo es “ofrecer programas educativos, asociaciones innovadoras y un acelerador de empresas para ayudar a los individuos, las empresas, las instituciones, los inversores, las ONG y los gobiernos a entender las tecnologías de vanguardia, y cómo utilizar estas tecnologías para impactar positivamente en miles de millones de personas.” Según su propia web, en la universidad se han formado casi 9.000 personas, se han desarrollado más de 100 iniciativas con impacto y está conectada con 93 países.

Según su “Informe de impacto de 2015”, educan, inspiran y dan herramientas y apoyo a líderes para que las usen en los grandes retos que consideran tiene la humanidad:

1. Educación
2. Energía
3. Medio Ambiente
4. Alimentación
5. Salud
6. Pobreza
7. Seguridad
8. Espacio exterior
9. Agua

Según Barrat, los seguidores de la singularidad de Kurtzweil son en su mayoría chicos blancos inteligentes entre 25 y 35 años y sin hijos, muchos de ellos autodidactas y racionales, con una visión positiva de la singularidad.

### **3 REFLEXIONES SOBRE UNA ÉTICA GLOBAL Y LAS ÉTICAS DEL TRANSHUMANISMO**

La ventaja fundamental de las propuestas éticas del transhumanismo en todas sus vertientes es que hablan primordialmente del futuro y de futuribles tecnológicos, con lo que nos encontramos en escenarios más vinculados a la ilusión que a la realidad social de la humanidad.

Por otro lado, cada uno de los autores analizados hace propuestas vinculadas a su propio criterio ético, mostrando una preocupación por el bien futuro de la humanidad. Pero siendo los tres hombres occidentales, es dudoso que puedan abarcar las perspectivas de la gran diversidad humana que puebla el planeta.

En su libro “La idea de la justicia” (Sen, A. 2012), el filósofo y economista y premio Nobel de economía bengalí Amartya Sen, plantea que “en muchas y diferentes partes del mundo se han explorado ideas similares o cercanas sobre justicia, equidad, responsabilidad, deber, bondad y rectitud” y que “las cuestiones éticas reales constituyen una especie de cuestión práctica, y las

cuestiones prácticas no implican tan sólo valores, sino también una compleja combinación de creencias filosóficas, creencias religiosas y creencias fácticas” (Putnam, H. 2012).

Estos planteamientos ponen de relieve las limitaciones de los planteamientos éticos transhumanistas, basados principalmente en la razón y en el utilitarismo, que dejan de lado muchas visiones y análisis distintos presentes en las diferentes creencias, culturas y religiones que conforman la humanidad.

A esto se debe añadir que todas las propuestas transhumanistas provienen de hombres y no incorporan ninguna perspectiva femenina ni de género en sus planteamientos, ignorando así trabajos y reflexiones hechas por mujeres como Dana Haraway en “Un manifiesto para *ciborgs*: ciencia, tecnología y feminismo socialista a finales del siglo XX” (Haraway, D. 1985).

Por todo ello merece la pena explorar la posibilidad de que exista un consenso ético más amplio que integre la heterogénea diversidad humana.

#### **4 EL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS**

Tras varios precedentes e intentos, al finalizar la II Guerra Mundial, en 1945 se celebró en San Francisco (EEUU) la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional. Fue una convención de delegados de 50 naciones aliadas durante la Segunda Guerra Mundial, que tuvo lugar del 25 de abril de 1945 al 26 de junio de 1945.

En esta convención, los delegados examinaron y reescribieron los acuerdos de Dumbarton Oaks. La convención se tradujo en la creación de la Carta de las Naciones Unidas, que fue presentada para su firma el 26 de junio del mismo año.

La Carta de las Naciones Unidas es el tratado fundacional de la Organización de las Naciones Unidas (ONU). La Carta fue ratificada por 51 países y la entró en vigor el 24 de octubre de 1945 después de ser ratificado por los cinco miembros permanentes del Consejo de Seguridad: los Estados Unidos, la República Francesa, el Reino Unido, China y Rusia. A continuación, el 24 de noviembre de 1945 se creó formalmente la ONU.

La ONU se define como una asociación de gobierno global que facilita la cooperación en asuntos como el Derecho internacional, la paz y seguridad internacional, el desarrollo económico y social, los asuntos humanitarios y los derechos humanos. La ONU está estructurada en diversos órganos, de los cuales los principales son: Asamblea General, Consejo de Seguridad, Consejo Económico y Social, Secretaría General, Consejo de Administración Fiduciaria y la Corte Internacional de Justicia.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó en París la Declaración Universal de los Derechos Humanos, con 48 votos a favor y dos ausencias.

La unión de esta declaración y los Pactos Internacionales de Derechos Humanos y sus Protocolos comprende lo que se ha denominado la Carta Internacional de Derechos Humanos. Mientras que la Declaración constituye, generalmente, un documento orientativo, los Pactos son tratados internacionales que obligan a los Estados firmantes a cumplirlos.

Los Pactos Internacionales de Derechos Humanos son dos tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados en el seno de la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1966: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). El PIDESC entró en vigor el 3 de enero de 1976 y el PIDCP el 23 de marzo de 1976.

Por ello podemos decir que el sistema de Derechos Humanos se vertebra en dos ejes fundamentales:

- Un sistema de derechos, expresión de unos principios éticos que se plasman en diferentes Convenciones de derechos humanos
- Unas instituciones que se encargan de promocionar y monitorizar lo establecido en esos principios y desarrollar nuevas Convenciones cuando es necesario.

Ambos ejes se desarrollan a continuación.

## **4.1 Sistema de derechos**

El sistema de derechos se articula en las diferentes Convenciones y Declaraciones de derechos humanos que se han ido desarrollando a lo largo del tiempo. La Declaración Universal de Derechos Humanos ha inspirado a numerosas convenciones y declaraciones elaboradas en el sistema de las Naciones Unidas en ámbitos muy diversos.

Algunas de estas convenciones han establecido órganos especializados que velan por el respeto de los derechos enunciados en las convenciones correspondientes por los Estados. Al ratificar estos tratados, los Estados aceptan que órganos de expertos independientes examinen su legislación y sus prácticas relativas a los derechos humanos.

### **4.1.1 Pactos, Convenciones y Comités**

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos tienen sus raíces en el mismo proceso que condujo a la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH). Como la DUDH no estaba pensada para imponer

obligaciones vinculantes, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comenzó a redactar un par de pactos vinculantes sobre derechos humanos destinada a imponer obligaciones concretas de sus partes. Debido a los desacuerdos entre los Estados miembros sobre la importancia relativa de los negativos Civiles y Políticos versus positivos Económicos, Sociales y Culturales, dos pactos fueron creados. Estos fueron presentados a la Asamblea General de la ONU en 1954, que los aprobó en 1976.

- **Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)**

Compromete a los Estados a trabajar para la concesión de los derechos económicos, sociales y culturales de las personas, incluidos los derechos laborales y los derechos a la salud, la educación y un nivel de vida adecuado.

- **Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1976)**

Compromete a los Estados a trabajar para la concesión de los derechos civiles y políticos, incluidos la libertad de expresión, el derecho a reunión, la libre circulación, la prohibición de la esclavitud y la tortura.

Lo establecido en estos Pactos fue desarrollado también en diferentes Convenciones de derechos humanos, que establecieron también Comités para supervisar su desarrollo.

- **Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio (1948)**

Responde directamente a las atrocidades de la Segunda Guerra Mundial. El genocidio se define como la perpetración de ciertos actos para destruir un grupo nacional, étnico, racial o religioso y obliga a los Estados a responder con la justicia cuando se sospecha que se han cometido dichos actos.

- **La Convención sobre el Estatuto de los Refugiados (1951)**

Se definen los derechos de los refugiados, en particular el derecho a no ser enviados forzosamente a los países en los que su vida esté en peligro. Establece también disposiciones sobre diversos aspectos de la vida cotidiana, como el derecho al trabajo, a la educación, a la asistencia pública y a la seguridad social, así como el derecho a los documentos de viaje. El Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados (1967) garantiza la aplicación universal de la Convención, que en principio concernía a los refugiados de la Segunda Guerra Mundial.

- **La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1966).**

Establece como principio que toda doctrina de superioridad racial basada en la diferenciación entre las razas es injustificable, científicamente falsa y condenable moral y jurídicamente. Define la «discriminación racial» y obliga a los Estados Partes a tomar medidas para abolir este tipo de discriminación, tanto en la legislación como en la práctica. La Convención estableció un órgano de verificación: El Comité para la Eliminación de la Discriminación

Racial. Si el Estado correspondiente acepta esta aplicación facultativa de la Convención, el Comité se encarga de examinar los informes de los Estados Partes y las peticiones de particulares que muestren violaciones de la Convención.

- **Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1979)**

Garantiza a las mujeres la igualdad con los hombres ante la ley y especifica medidas para eliminar la discriminación contra las mujeres en ámbitos como la vida política y pública, la nacionalidad, la educación, el empleo, la salud, el matrimonio y la familia. La Convención estableció el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, que es el órgano encargado de velar por su aplicación y de estudiar los informes que emiten los Estados Partes. El Protocolo Facultativo de la Convención (1999) autoriza a los particulares a informar al Comité de supuestas violaciones de la Convención.

- **La Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes (1984)**

Define la tortura como un delito internacional, deja en manos de los Estados la responsabilidad de impedir la tortura y les obliga a castigar a los autores. Ninguna circunstancia excepcional se puede utilizar como justificación de la tortura ni como defensa por haber obedecido a órdenes. El órgano de control establecido por la Convención, el Comité contra la Tortura, estudia los informes de los Estados Partes y puede iniciar investigaciones en el país donde crea que la práctica de la tortura es sistemática.

- **La Convención sobre los Derechos del Niño (1989)**

Reconoce la vulnerabilidad particular de los niños y reúne en una selección recapitulativa todas las formas de protección de los niños para todas las categorías de derechos fundamentales. La Convención garantiza firmemente la no discriminación y reconoce que todas las decisiones deben estar guiadas por el interés superior del niño. Se presta especial atención a los niños refugiados, con discapacidad o pertenecientes a minorías. Los Estados Partes deben garantizar la supervivencia, el desarrollo, la protección y la participación de los niños. El Comité de los Derechos del Niño, establecido en virtud de la Convención, vela por su aplicación y estudia los informes presentados por los Estados Partes.

- **La Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores migratorios y de sus familiares (1990)**

Define los derechos y principios fundamentales de los trabajadores migratorios que están en situación regular o irregular, así como las medidas destinadas a su protección durante todo el proceso de migración.

- **Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006)**

Estipula la obligación de promover, proteger y garantizar el pleno disfrute de los derechos humanos de las personas con discapacidad y garantizar que gocen de plena igualdad ante la ley.

#### **4.1.2 Otras normas internacionales**

Además de estos tratados, la Organización de las Naciones Unidas ha adoptado numerosas normas y reglamentos sobre la protección de los derechos humanos. Estas «declaraciones», «códigos de conducta», «principios» y otros no constituyen tratados a los cuales se deban adherir los Estados, pero no ejercen por ello menor influencia, en gran parte debido a que son elaborados cuidadosamente por los Estados y adoptados por consenso. A continuación se muestran algunos de los más importantes:

- **Declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones (1981)**

Afirma el derecho de toda persona a la libertad de pensamiento, conciencia y religión y el derecho a no ser objeto de discriminación por su religión o por otras convicciones.

- **Declaración sobre el Derecho al Desarrollo (1986)**

Instituye este derecho como «un derecho humano inalienable en virtud del cual todo ser humano y todos los pueblos están facultados para participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar del él». Esta convención reafirma que «la igualdad de oportunidades para el desarrollo es una prerrogativa tanto de las naciones como de los individuos que componen las naciones».

- **Declaración sobre los derechos de las personas pertenecientes a minorías nacionales o étnicas, religiosas y lingüísticas (1992)**

Proclama el derecho de las minorías a disfrutar de su cultura, de profesar y de practicar su religión, de utilizar su lengua y de salir del país, incluyendo el derecho a volver al mismo. La Declaración invita a los Estados a adoptar medidas para promover el respeto de estos derechos.

- **La Declaración sobre los defensores de derechos humanos (1999)**

Está destinada a reconocer, fomentar y proteger las actividades de los defensores de los derechos humanos en todo el mundo. Garantiza el derecho de cada uno, de forma individual o en asociación con otros, a fomentar la protección y la realización de los derechos humanos y de libertades fundamentales, a nivel nacional e internacional; así como el derecho a participar en actividades pacíficas para luchar contra las violaciones de los

derechos humanos y libertades fundamentales. Los Estados deben tomar las medidas necesarias para proteger a los defensores de los derechos humanos contra toda forma de violencia, amenaza, represalias, presión, o cualquier otra acción arbitraria.

## **4.2 Instituciones del sistema ONU**

El artículo 7 de la Carta de las Naciones Unidas indicaba que los órganos principales de la organización eran:

- La Asamblea General
- El Consejo de Seguridad
- El Consejo Económico y Social
- El Consejo de Administración Fiduciaria
- La Corte Internacional de Justicia
- La Secretaría

Además la Carta posibilitaba que cada órgano del poder pudiera establecer los organismos subsidiarios

El Sistema de las Naciones Unidas está organizado en más de 80 instituciones cuyo listado se puede ver en el Anexo A (aunque las siglas varían según los idiomas oficiales de este organismo internacional). Incluye instituciones tan conocidas como UNICEF, la FAO, la OMS, la Unesco, la OIT, etc.

En esas instituciones trabaja una ingente cantidad de funcionarios directos o cedidos por los Estados, en múltiples países y en todos los continentes, de los que los más conocidos sean quizá los Cascos Azules, que con frecuencia aparecen en televisión. Resulta irónico que una institución mundial que promueve la paz se vea obligada a usar soldados para intentar controlar y asentar la paz en conflictos que tienen lugar con demasiada frecuencia en diferentes partes del planeta.

A pesar de este despliegue y del hecho que la ONU lleva casi 70 años funcionando, siguen vigentes múltiples cuestionamientos a sus fundamentos y funcionamiento que se analizan a continuación.

## **4.3 Cuestionamientos al sistema de derechos humanos**

El premio Nobel de economía Amartya Sen, en su libro “La idea de la justicia” (Sen, A. 2012) plantea que muchos filósofos y teóricos legales ven la retórica de los derechos humanos como palabrería —bien intencionada y tal vez loable palabrería— que no puede tener, supuestamente, mucha fuerza intelectual, mientras que los activistas de los derechos humanos se muestran con frecuencia muy impacientes con este escepticismo intelectual,

quizá debido a que muchos de los que invocan están interesados en cambiar el mundo y no en interpretarlo.

En la línea de la crítica y la interpretación, según el diplomático, político y escritor indio Sahshi Tharoor, los cuestionamientos a los derechos humanos se pueden dividir en 3 categorías:

- Su origen cultural occidental
- Los derechos de la mujer
- Su laicidad o falta de religiosidad

#### **4.3.1 Origen occidental**

La crítica fundamental al sistema de derechos humanos proviene de su carácter occidental. La tradición filosófica y cultural judeo-cristiana occidental está no sólo en los valores subyacentes, sino también en su organización y en sus herramientas de control, lo que complica su carácter "universal".

Filosóficamente hablando, los valores y los derechos se definen y limitan por las percepciones culturales. Dado que, a día de hoy, no existe una cultura universal, es difícil decir que los derechos humanos son universales.

Por otro lado, la Declaración Universal se adoptó cuando muchos de los países del denominado Tercer Mundo estaban sujetos al régimen colonial, así que hay quien considera que fue también una manera de sustentar, y en cierto modo justificar, la intervención de Occidente en los asuntos internos de los países en desarrollo. Algunos de los países en desarrollo no pueden permitirse los derechos humanos dado que la construcción de sus naciones y su desarrollo económico siguen sin terminarse, de manera que su suspensión y el sacrificio de pocos, puede resultar en el beneficio de muchos. Sin negar lo obvio, que el país promotor y el lugar de aprobación fueron los EEUU, conviene recordar que a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Organización Internacional acudieron 50 naciones aliadas de la Segunda Guerra Mundial, entre las que se encontraban países como China, Etiopía, Arabia Saudita, Dinamarca, Filipinas, Turquía, Australia, etc. Es decir que desde su momento fundacional los cinco continentes y en una amplia representación multicultural y étnica estuvieron presentes desde el inicio en el sistema de Naciones Unidas. A esto hay que añadir, que en los 70 años de desarrollo del sistema, han sido muchos los países, culturas, razas y tradiciones las que han promovido y participado en el desarrollo de las diferentes convenciones y pactos.

Como ejemplo podemos recordar que la existencia de derechos económicos sociales se introdujo en la declaración universal gracias a fuentes y propuestas de países en desarrollo como Chile, Panamá, Cuba y las Filipinas. Además, en el año 2000, en las constituciones de más de 80 países se

acepta una autoridad más allá de la interna y al menos en 26 se establece la aceptación explícita de la autoridad de la declaración de los derechos humanos por encima de la legislación nacional. Así ocurre por ejemplo, en el artículo 10.2 de la constitución española (Morsink, J. 1999).

Según Morsink, la percepción de etnocentrismo está causada en parte por el hecho de que muy pocas personas saben lo que se dijo durante el proceso de elaboración del borrador de la Declaración Universal de los Derechos Humanos. De hecho, en él participaron Australia, Bélgica, Bielorrusia, Chile, China, Egipto, Francia, India, Irán, Líbano, Panamá, Filipinas, Reino Unido, EEUU, URSS, Uruguay y Yugoslavia; una variada representación de culturas, religiones y continentes.

### **4.3.2 Laicidad y Derechos de las mujeres**

Algunos líderes religiosos argumentan que los derechos humanos sólo pueden ser aceptables si están fundamentados en valores trascendentes vinculados a la fe y sancionados por Dios. En los derechos humanos no existe esa mención al creador, y además fue deliberadamente excluido del texto final.

Países predominantemente musulmanes, como Sudán, Pakistán, Irán y Arabia Saudí habían criticado frecuentemente la Declaración Universal de Derechos Humanos porque consideraban que no toma en consideración el contexto cultural y religioso de los Estados no occidentales. En 1981, Said Rajaie-Khorassani, representante del Irán posrevolucionario ante la ONU, explicó la posición de su país ante la DUDH y afirmó que ésta era una "interpretación secular de la tradición judeocristiana" y que por tanto no podía ser puesta en práctica por los musulmanes sin infringir la ley islámica. La DDHI, conocida como la Declaración de El Cairo, fue adoptada el 5 de agosto de 1990 por 45 ministros de asuntos exteriores de la Organización de la Conferencia Islámica para servir como guía a los estados miembros en materia de derechos humanos.

La Declaración comienza por prohibir cualquier tipo de "discriminación por razón de raza, color, idioma, sexo, creencia religiosa, afiliación política, estatus social o de otras consideraciones". Proclama la santidad de la vida y declara la "preservación de la vida humana" como un "deber prescrito por la Sharia". Además, la DDHI garantiza a los "no combatientes, como ancianos, mujeres y niños", "heridos y enfermos" y "prisioneros de guerra" el derecho a ser alimentados y recibir cobijo, seguridad y tratamiento médico en tiempos de guerra.

La DDHI reconoce el derecho al matrimonio a hombres y mujeres sin distinción de raza, color o nacionalidad, aunque no de religión. Asimismo, el artículo 6 reconoce a la mujer "igual dignidad humana" y la titularidad de

derechos y obligaciones; también su "personalidad civil", "garantías patrimoniales" y "el derecho de mantener su nombre y apellidos". No hace referencia a igualdad de derechos en general, aunque sí existe una prohibición de discriminación por razón de sexo. La Declaración hace responsable al hombre de la protección social y económica de la familia. Reconoce a ambos progenitores derechos sobre sus hijos y los hace responsables de su protección, antes y después del nacimiento. La Declaración también garantiza a cada familia el derecho a la intimidad. Prohíbe la demolición, confiscación y el desahucio de toda familia de su residencia. Incluso si la familia es separada por motivos de guerra es responsabilidad del Estado favorecer visitas o la reunión de la familia.

La DDHI ha sido acusada de incumplir los estándares de los derechos humanos internacionales, al no conservar el fundamento de la libertad de culto.<sup>3</sup> El artículo 5 prohíbe imponer cualquier restricción al matrimonio, ya sea por razones de "raza, color o nacionalidad". Es notable que la religión no esté incluida en la lista, por lo que hombres y mujeres podrían verse impedidos de contraer matrimonio con base en su religión. Sin embargo, en la ley Shari'ah esto se debe a la prohibición que tienen los hombres de convertir forzosamente a sus esposas no musulmanas (por cualquier medio) al islam, mientras que no hay ninguna garantía parecida en el caso de que una mujer musulmana decidiera contraer matrimonio con un hombre no musulmán.

De igual manera, la DDHI se critica por no apoyar la igualdad de género entre hombres y mujeres; aún más, se le acusa de reafirmar la superioridad de los varones. En el artículo 6, a las mujeres se les garantiza una dignidad equivalente, pero sin igualdad en otras materias. El artículo, además, supone al marido como el responsable de mantener la familia, sin una obligación similar en el caso de las mujeres. Finalmente, no hace ninguna mención a la práctica generalizada de algunos países islámicos de tener varias esposas.

Adama Dieng, un integrante de la Comisión Internacional de Juristas, ha criticado a la DDHI argumentando que la declaración amenaza gravemente el consenso intercultural sobre el cual se basan los instrumentos internacionales de derechos humanos, lo cual conduce a una intolerable discriminación contra los no musulmanes y las mujeres. Argumenta además que la declaración revela un carácter intencionadamente restringido en lo que se refiere a derechos y libertades fundamentales, ocasionando que ciertas garantías queden incumplidas en varios países islámicos; prácticas tales como el castigo corporal podrían ser legitimadas bajo la ley islámica.

### **4.3.3 La efectividad del sistema de derechos humanos**

Según el estudio de Oona Hathaway (Hathaway, 2002), los países que han ratificado las diferentes convenciones de derechos humanos suelen tener mejores puntuaciones en el cumplimiento de los mismos que aquellos que no lo han hecho. Pero este hecho no está linealmente relacionado con que se cumplan *de facto*. También relata que las democracias que han ratificado tratados de derechos humanos tienen menos tendencia a ejercer mejores prácticas en el ámbito de los derechos humanos, pero tienen menos probabilidad de llevar a cabo violaciones masivas de los mismos.

Además Hathaway pone de relieve que la vigilancia y el cumplimiento efectivo de los derechos humanos son mínimos, lo que hace muy difícil saber con precisión el cumplimiento real de las normas en los países. Sin embargo las presiones externas generadas en los países para demostrar su compromiso con las normas de derechos humanos suponen un fuerte incentivo para que los países firmen y, por lo tanto, cumplan los tratados. En cualquier caso, los tratados incluyen en las percepciones individuales de los países sobre que constituye un comportamiento aceptable.

## **4.4 Una visión positiva del sistema de derechos humanos**

Todos los cuestionamientos anteriormente reflejados son innegables, el sistema de derechos humanos no es una panacea. No obstante, como todo en la vida el vaso se puede ver siempre medio lleno o medio vacío.

### **4.4.1 Transformación ética y legislativa**

Conviene recordar que las proclamas de los derechos humanos son realmente vigorosos pronunciamientos éticos sobre lo que se debe hacer (Sen, A. 2012) y por lo tanto establecen obligaciones y referentes éticos a todos los países que participan en la ONU. Por ello, a pesar de los incumplimientos y ya la negativa a firmar diferentes convenciones por diferentes países, la existencia de un referente común es importante en sí misma. Las obligaciones indeterminadas no son por ello menos obligaciones. Pertenecen a una importante categoría de deberes que Kant llamaba "obligaciones imperfectas".

La Declaración Universal de los Derechos Humanos adoptada por las Naciones Unidas en 1948 es el reflejo de una transformación en el pensamiento social radical en el mundo cambiante del siglo XX. Más allá, las articulaciones públicas de los derechos humanos a menudo son invitaciones a iniciar una legislación nueva, ya que los redactores de la Declaración

Universal en 1948 esperaban que el articulado reconocimiento de los derechos humanos, sirviera como una suerte de patrón para nuevas leyes que serían adoptadas para legalizar esos derechos en todo el mundo (Sen, A. 2012). De hecho, la Declaración Universal y el resto de convenciones han servido en la práctica como base de nueva legislación en distintos países. Y el hecho de inspirar nuevas leyes constituye ciertamente una manera en que la fuerza crítica de los derechos humanos ha sido desplegada en forma constructiva.

El sistema de derechos humanos tiene implicaciones muy importantes para la comunidad internacional en su conjunto, no solo para los estados individuales. En esta línea, la existencia de ONGs que luchan por el cumplimiento de los derechos humanos ha servido la práctica para que muchos gobiernos se ven obligados a modificar su legislación y sus actuaciones. La vigilancia de las relaciones de los derechos involucrados en el mundo de la calle y las movilizaciones sociales han sido y siguen siendo un procedimiento efectivo para poner a los violadores a la defensiva y sacar a la luz al debate público las carencias de los estados.

#### **4.4.2 Espacio de debate y conversación**

En diferentes países e instituciones al debate sobre cómo los diferentes tipos de derechos humanos deben ser ponderados entre sí e integradas sus respectivas exigencias, y cómo las reivindicaciones de derechos humanos deben consolidarse con otras preocupaciones que también merecen atención ética. No obstante, el mero hecho de la aceptación de una categoría de derechos humanos deja espacio para más debate discusión y argumento, lo que constituye en sí mismo un valor esencial. Es extremadamente importante entender la conexión entre derechos humanos, democracia y razonamiento público (Sen, A. 2012).

Afirma Sen que es Habermas el que ha hecho la contribución más importante para aclarar el amplio alcance del razonamiento público y, en especial, la presencia dual en el discurso político de cuestiones morales de justicia y de cuestiones instrumentales de poder y coerción. También afirma que las exigencias de la justicia pueden ser evaluadas sólo con la ayuda del razonamiento público, y que el razonamiento público está constitutivamente relacionado con la idea de la justicia.

En ese debate público al que da lugar el espacio de Naciones Unidas, convergen diferentes visiones y comprensiones de la moral y la justicia. Y a pesar de que este intercambio de ideas de razón pública y justicia no aparenta dar los frutos esperados por muchos, la mera existencia del espacio común donde puedan tener lugar esos intercambios representa en sí

misma un elemento crucial para el objetivo del desarrollo de los sistemas de los derechos humanos.

#### **4.4.3 Una humanidad mejor de lo que creemos**

Una persona que lleva muchos años intentando difundir una visión más positiva del planeta es el profesor de universidad sueco Hans Rosling; para ello utiliza los sistemas de estadísticos de Naciones Unidas. Conviene recordar, que una de las facetas que la ONU ha desarrollado mucho es la estadística de datos sobre los diferentes países, y sin ellos, Rosling no habría podido desarrollar su tarea.

Su análisis no se basa tanto en el cumplimiento de los tratados de derechos humanos, como el desarrollo socioeconómico del planeta a lo largo de los últimos 200 años. Su web Gapminder ([www.gapminder.org](http://www.gapminder.org)) tiene el subtítulo: "Una visión del mundo basada en hechos".

En unos vistosos y originales gráficos, Rosling muestra la evolución de diferentes indicadores estadísticos (riqueza, esperanza de vida, fertilidad, educación, población, salud, etc...) de todos los países, y los presenta relacionados haciendo una animación muy fácil de comprender y muy ilustrativa de la realidad en todos los países del planeta. De esta manera se pueden contrastar hechos poco intuitivos como, por ejemplo, que el aumento de la esperanza de vida antecede al desarrollo económico. Muestra además que ambos han experimentado un aumento sin parangón después de la Segunda Guerra Mundial, coincidiendo con la creación y desarrollo del sistema de Derechos Humanos.

Rosling muestra que, en general, y especialmente los occidentales, tenemos una visión muy anticuada y negativa de cómo es la realidad de los diferentes países del planeta a día de hoy. Básicamente creemos que la situación de los países a día de hoy, es la que en realidad era hace 40 años. Rosling lo achaca principalmente a los medios de comunicación, que se dedican a transmitir sólo los eventos extraños y las grandes catástrofes, en lugar de transmitir la verdadera realidad que se vive en cada uno de los países. Esta visión negativa y anticuada es una consecuencia de la tendencia humana a ser optimistas locales y pesimistas globales, a dar mayor peso a la información negativa que a la positiva, y a la lo que el economista y premio Nobel Daniel Kahneman denomina "la ilusión de validez", la tendencia de las personas a ver sus creencias como la realidad. (Diamandis, P, Kotler, S. 2012).

En las estadísticas podemos ver cosas que nos suelen sorprender, como que el porcentaje de personas que terminaron la educación primaria en el año 2011 en Ghana es del 94%, frente el 65% de 1971; o que la esperanza de vida en Mali era de 58 años en 2015 frente a los 30 años de 1945; o que un

incremento similar de la esperanza de vida se ha dado en Azerbaiyán, donde se ha pasado de 55 años en 1950 a 72 años en 2012; o que la mortalidad infantil en Angola ha pasado de 500 niños por cada 1000 en 1948 a 157 por cada mil en 2015 (se ha reducido casi a la cuarta parte en los últimos 60 años); y así un largo etcétera de datos desconocidos o minusvalorados por todos.

#### **4.4.4 ¿Un mundo sin derechos humanos?**

Quizá el argumento más poderoso del que disponemos para defender la existencia del sistema de derechos humanos sea la reflexión sobre cómo estaría el mundo si no existiera. Si no existiera no habría un referente ético a nivel mundial ayudado por una implementación práctica a través del derecho en los sistemas legislativos de todos los países.

No habría un foro internacional de negociación ya establecido al que todo el mundo acudiera para hablar defenderse y atacarse con la palabra. No existía un foro diplomático basado en el derecho internacional en el que poder negociar acuerdos sobre conflictos y mantener viva la vía del diálogo a pesar de los conflictos armados.

Tampoco habría misiones en todo el mundo que intentan, con mayor o menor éxito, evitar el hambre, mejorar la salud, promover el desarrollo económico, contener guerras, etcétera, abiertas a la participación de los diferentes países del planeta.

No existiría el foco mediático en una institución que para bien o para mal está presente en todo el planeta.

No existirían tribunales internacionales a nivel mundial en los que dirimir conflictos legislativos de incompatibilidad de los sistemas legislativos de cada país con respecto a un referente internacional.

No tendrían lugar conversaciones para establecer los objetivos que pueden unir a todas las naciones en la construcción de una sociedad común en el futuro.

Lo que diferencia al sistema de Naciones Unidas y de los derechos humanos del resto de propuestas éticas globales que se hacen, es que ya está funcionando. Que lleva 70 años funcionando con todas las imperfecciones que diferencian a lo humano cuando afronta la realidad, de lo humano cuando tiene sueños de realidades que todavía no existen.

En el fondo, el sistema de derechos humanos pone de relieve que los humanos somos mejores soñando y aspirando a utopías, que cuando nos ponemos a negociar sobre la realidad y ponemos en marcha mecanismos e instituciones en las que las pequeñas miserias humanas acaban floreciendo.

## 4.5 Objetivos de desarrollo sostenible

Como ya se ha indicado anteriormente, el sistema de derechos humanos y la ONU tienen la ventaja de permitir establecer un consenso mundial sobre los objetivos que el planeta, junto con todos sus estados, sus instituciones y sus ciudadanos deben alcanzar en el futuro. En esta línea, la última iniciativa es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.

El día 1 de enero de 2016 entró en vigor esta Agenda 2030 que durante los próximos 15 años marcará la pauta para construir un mundo más justo y equitativo para toda la población, además de velar por el medio ambiente.

La Agenda, aprobada por los 193 Estados miembros de la ONU en septiembre de 2015 está compuesta por 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS):

1. Erradicar la pobreza
2. Hambre cero
3. Salud y bienestar
4. Educación de calidad
5. Igualdad de género
6. Agua limpia y saneamiento
7. Energía asequible y no contaminante
8. Trabajo decente y crecimiento económico
9. Industria, Innovación e infraestructura
10. Reducción de las desigualdades
11. Ciudades y comunidades sostenibles
12. Producción y consumo responsables
13. Acción por el clima
14. Vida submarina
15. Vida de ecosistemas terrestres
16. Paz, justicia e instituciones sólidas
17. Alianzas para lograr los objetivos

Los ODS abordan las necesidades de las personas de los países desarrollados y en desarrollo, haciendo hincapié en que no debe dejarse a nadie atrás.

La Agenda integra las dimensiones social, económica y ambiental del desarrollo sostenible, y atiende aspectos relacionados con la paz, la justicia y las instituciones eficaces.

El examen de los avances se llevará a cabo periódicamente en cada país, con la sociedad civil, las empresas y los representantes de varios grupos de interés. A nivel regional, los países compartirán experiencias y tratarán asuntos comunes, mientras que con carácter anual en ONU, el Foro Político de Alto Nivel sobre el Desarrollo Sostenible (FPAN) hará un balance de los

progresos a nivel mundial, identificando las deficiencias y cuestiones emergentes y recomendando medidas correctoras.

## **5 OBJETIVOS SOCIALES DEL TRANSHUMANISMO VS. OBJETIVOS DEL DESARROLLO SOSTENIBLE**

En líneas generales podemos decir que el transhumanismo entiende la mejora de lo humano como una mejora de las capacidades del individuo, mientras que los derechos humanos entienden la mejora de lo humano como una mejora de las sociedades en las que los humanos conviven. No obstante, como se ha podido leer, también algunas de las corrientes transhumanistas, especialmente el tecnooptimismo, contemplan en profundidad el impacto social de la evolución futura de la tecnociencia.

La manera elegida para comparar las éticas del transhumanismo con los derechos humanos es bastante sencilla: comparar los objetivos y propuestas de cada una de las tres vertientes transhumanistas con los objetivos planteados en la agenda 2030 del desarrollo sostenible. En lo que esto no fuera suficiente, se procederá ocasionalmente a profundizar en otros aspectos.

A pesar de que en sus primeras propuestas de 1973, personas relevantes como Feriendoun Estefandiary, conocido FM-2030, propusieran "Apoyemos las agencias subsidiarias de la ONU...Las Naciones Unidas son tu gobiernos" (Estefandiary 1973), este referente, que buscaba sobre todo trascender la limitación que suponen los estados, ha quedado desdibujado en el panorama transhumanista actual.

La propuesta transhumanista que más se acerca en sus objetivos a la propuesta de los derechos humanos es, sin duda alguna, la que hemos denominado el tecnooptimismo de Ray Kurtzweil.

### **5.1 Tecnooptimismo**

Recordemos que los temas principales planteados como objetivo mejorar por el tecnooptimismo son los siguientes

1. Educación (4)
2. Energía (7,11,12)
3. Medio Ambiente (7,11,12,13, 14,15)
4. Alimentación (2)
5. Salud (3,6)
6. Pobreza (1,8)
7. Seguridad
8. Espacio exterior
9. Agua (6)

En esta lista podemos observar que sirve de los nueve temas abordados por el tecnooptimismo están directamente conectados con los objetivos de la agenda. A la derecha se han puesto los números de los objetivos de desarrollo sostenible que se corresponden con el número de objetivo que aborda el tecnooptimismo.

Los únicos dos temas no abordados contemplados en los ODS son la seguridad y el espacio exterior. Por otro lado, el tecnooptimismo no aborda asuntos que se puede entender que contempla como solucionados como la igualdad de género, la paz, justicia y las instituciones sólidas, quizá lo más importante las alianzas para lograr los objetivos.

En cierta manera, se pueden considerar esas ausencias como la consecuencia directa de planteamientos nacidos en una cultura desarrollada económicamente y plenamente occidental, en la que participan más hombres que mujeres y aquellos que se consideran fuertes en el contexto social.

A pesar de ello, hay una fuerte correlación entre los objetivos éticos del tecnooptimismo y los del sistema de derechos humanos.

## **5.2 Transhumanismo liberal**

Para analizar las propuestas del transhumanismo liberal, nos basta con ver y comparar algunas de las propuestas del Partido Transhumanista. Son las siguientes:

1. Apoyar mayor longevidad a través de la ciencia y la tecnología con una ley
2. Divulgar una cultura favorable a la ciencia con énfasis en la razón y los valores seculares
3. Facilitar educación gratuita todos los niveles. (4)
4. Promocionar la libertad morfológica; hacer con el cuerpo propio lo que se quiera mientras no dañe a otros.
5. Poner especial énfasis en soluciones tecnológicas verdes para hacer que el planeta sea más sano (6,11,12,13,14,15)
6. Apoyar y desarrollar una renta básica universal (1)
7. Reiniciar el programa espacial con un incremento de recursos gubernamentales
8. Crear un consorcio internacional para celebrar los juegos olímpicos transhumanistas
9. Trabajar para usar la ciencia y la tecnología para eliminar todas las diversidades funcionales (discapacidades) de los humanos (3)
10. Crear un complejo educativo e industrial en Estados Unidos en lugar de un complejo industrial militar. (4,9)

11. Dedicar el dinero de las guerras contra el cáncer, las enfermedades del corazón, la diabetes, no a las guerras en países lejanos. (3,16)

Ponemos de nuevo su relación con los objetivos del milenio, si la hay, entre paréntesis al final de cada punto.

Se pueden observar de nuevo ciertas coincidencias en determinados aspectos de las propuestas éticas sociales del transhumanismo liberal y los objetivos de desarrollo del milenio. No obstante, estas coincidencias son menores que en el caso anterior y llama la atención el contenido del punto 9, un punto sobre el que demasiada gente estaría de acuerdo en que coincide con el objetivo 3 de los ODS, salud y bienestar; un pensamiento cuestionado por académicos y movimientos sociales de las personas discriminadas por su diversidad funcional (Palacios, A., Romañach, J. 2007). También es incoherente con el punto 4 de la propia ética transhumanista: libertad morfológica. Si la libertad morfológica se diera plenamente, la diversidad funcional elegida, o accidental, entraría dentro de esa libertad morfológica, por lo que no tendría sentido intentar eliminarla; o eliminarla, iría en contra de esa libertad.

También conviene recordar que la aspiración a la eliminación de la diversidad funcional no es nueva, y se tiene constancia de ella desde la Grecia de Esparta, y coincide con algunos de los objetivos de la época nazi del siglo XX.

Si combinamos esta percepción ética con la del punto 1, mayor longevidad, y algunas otras ideas del transhumanismo liberal nos daremos cuenta de que en realidad se está hablando de la eliminación de lo humano que ha caracterizado toda la historia de la humanidad: el proceso de nacimiento, desarrollo, envejecimiento y muerte. Se trata de obtener nuevos seres que no envejeczan, que sean inmortales, y cuya funcionalidad no varía con el tiempo; seres más parecidos a hipotéticos robots eternos que a seres humanos.

Esta propuesta, choca frontalmente con el objetivo del sistema de los derechos humanos está orientado a promocionar la dignidad y la calidad de la vida de los seres humanos, aceptando su diversidad, su fragilidad y su mortalidad.

Esta propuesta también es incoherente con todos los principios conocidos de la física contemporánea, en la que no se conocen sistemas que no sean cíclicos, con la única excepción del propio universo, que todavía no está claro si es cíclico o no.

### **5.3 Transhumanismo "social"**

El caso del transhumanismo social es el más alejado de los objetivos de desarrollo sostenible de la ONU. Su sofisticado modelo de análisis e implementación de diferentes posiciones éticas y morales de diferentes culturas y épocas, que se incluiría en una hipotética súper inteligencia, ni siquiera tiene en consideración la existencia de un sistema global de derechos humanos.

Ignorando este consenso ético, no se hacen grandes planteamientos sobre el futuro de la sociedad, y sobre la convivencia de la humanidad, sino que se hace una reflexión intelectual centrada en el individuo y en la súper inteligencia. Esta reflexión está muy alejada de lo social y de una característica central en la humanidad: la relación de los unos con los otros. En toda nuestra historia un ser humano no ha sido nada en sí mismos, sino en su relación con los otros. Las personas no han sobrevivido, pero la especie sí. Las emociones, vivencias y pensamientos de un ser humano sólo han podido trascender a través de sus reminiscencias en la cultura; una cultura que se ha transmitido a través de la vida y la muerte de miles de generaciones de seres humanos.

## **6 CONCLUSIONES**

El transhumanismo es una nueva corriente filosófica, quizá poco extendida y conocida, que tiene mayoritariamente planteamientos filosóficos racionales y sólidos, y que conviene tener en cuenta para un futuro en el que la tecnociencia va ganando terreno y prestigio; especialmente si se quiere mantener una visión crítica de lo que ocurre en el mundo moderno, y de su influencia en la futura construcción social.

Como se ha podido leer, existen diferentes enfoques transhumanistas que implican diferentes éticas sociales. Sólo en el caso del tecnooptimismo se puede decir que exista una coincidencia importante con los objetivos establecidos por el sistema de los derechos humanos. En los otros dos casos, aunque existen algunas coincidencias en el caso del transhumanismo liberal, subyace una aspiración a trascender lo humano, muy poco alineada con lo que ha sido la humanidad en los últimos 200.000 años.

Además, esta visión de la humanidad parte de un grupo social muy poco representativo de las sociedades y culturas en su conjunto; el grupo de varones occidentales de clase acomodada con formación técnica, que ha convertido la tecnología y la ciencia en lo equivalente a una nueva religión.

El transhumanismo es el sueño de los "muzungu"<sup>3</sup>, que cada vez son menos, en un planeta en el que son las mujeres y otras culturas y otras poblaciones, integradas en el sistema de derechos humanos, las que van desarrollándose y las que se aspiran al punto de partida de derechos y calidad de vida que ya tienen los "mugunzu".

Podríamos resumir diciendo que los objetivos de desarrollo sostenible y el sistema de derechos humanos es el sueño al que aspiran los frágiles y los pobres de la sociedad, la inmensa mayoría de ella; y los sueños de transhumanismo son el sueño de los ricos, el sueño de los poderosos que sueñan con ser inmortales pensando que su sueño es original, posible y novedoso. Un sueño de súper inteligencia, inmortalidad y la omnipotencia, que ya aparece reflejada en la epopeya Gilgamesh hace más de 4000 años. Un sueño antiguo con herramientas nuevas, alejado de la realidad con la que ha convivido la humanidad en los últimos 200.000 años, y una aspiración inconsistente con nuestro conocimiento actual de los aproximadamente 14.000 millones de años de existencia del universo.

Que toda la vida es sueño y los sueños, sueños son...

## 7 BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ PELAEZ, R. (1985). "Sir Francis Galton, padre de la eugensia". Cuadernos Galileo de Historia de la Ciencia. Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Centro de Estudios Históricos.
- AMOR PAN, J. R. (2014) "La gran transformación". Revista Vida Nueva. Nº 2914. 25-31 Octubre de 2014. Disponible en web [http://www.vidanueva.es/wp-content/uploads/2014/10/VN2914\\_pliego.pdf](http://www.vidanueva.es/wp-content/uploads/2014/10/VN2914_pliego.pdf).
- ANNAS, G. *et al* (2002) "Protecting the endangered human: toward an international treaty prohibiting cloning and inheritable alterations", American Journal of Law and Medicine 28 (2002): 151-78
- BARRAT, J. (2013) "Our final invention: artificial intelligence and the end of the human era". Thomas Dunnes Books. St. Martin's Press. New York.
- BORILLO, D. (1994) "Estatuto y representaciones del cuerpo humano en el sistema jurídico". Disponible en Web: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=768167>
- BOSTROM, N. (2014) "Superintelligence". Oxford University Press. Oxford. Edición Kindle.
- BOSTROM, N, SAVULESCU, J (Eds) (2009) "Human Enhancement". Oxford University Press. Edición Kindle.
- BOURDIEU, P. (1997) Capital cultural, escuela y espacio social, s. XXI, Madrid.

---

<sup>3</sup> Término con el que en algunas partes de África se designa a las personas de raza blanca occidentales

- BRIGGS, J. P. y PEAT, F. D. (1985) "A través del maravilloso espejo del universo la nueva revolución de la física, matemáticas, química, biología y neurofisiología que conduce a la naciente ciencia de la totalidad". Extensión científica. Volumen 2. Ciencia para todos. Gedisa editorial. Barcelona. España. 1996.
- COMELLAS, J. L. (2007) "Historia sencilla de la ciencia". Ediciones RIALP. Madrid.
- Comisión teológica internacional (2004). "Comunión y servicio: La persona humana creada a imagen de Dios". Disponible en Web: [http://www.vatican.va/roman\\_curia/congregations/cfaith/cti\\_documents/rc\\_con\\_cfaith\\_doc\\_20040723\\_communion-stewardship\\_sp.html#La\\_responsabilidad\\_respecto\\_a\\_la\\_integridad\\_biol%C3%B3gica\\_de\\_los\\_seres\\_humanos](http://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/cti_documents/rc_con_cfaith_doc_20040723_communion-stewardship_sp.html#La_responsabilidad_respecto_a_la_integridad_biol%C3%B3gica_de_los_seres_humanos)
- DARWIN, C (1859) "On the Origin of Species By Means of Natural Selection or, the Preservation". Versión Kindle.
- De ASIS, R. (2014) "Una mirada a la robótica desde los Derechos Humanos". Cuadernos "Bartolomé de las Casas" nº 61. Dykinson. Madrid.
- DIAMANDIS, P, KOTLER, S. (2012) "Abundance. The future is better than you think". Edición Kindle.
- ESTEFNADIARY, F.M. (1973) "Up-Wingers: A futurist manifesto". Disponible en web: <http://fm2030.us/wp-content/uploads/2012/09/Esfandiary-Up-Wingers.pdf>
- EVANS, S. E. (2004) "Forgotten Crimes: The Holocaust and People with Disabilities". Chicago: Ivan R. Dee.
- EUROPEAN PARLAMENT (2009). "Human Enhancement .study ". Science and Technology Options Assessment (STOA). (2009). Disponible en Web: [https://www.its.kit.edu/downloads/etag\\_coua09a.pdf](https://www.its.kit.edu/downloads/etag_coua09a.pdf)
- FORD, M. (2015). "Rise of the robots. Technology and the threat of a jobless future". Basic Books.
- FOUCAULT, M. (1975) "Surveiller et punir". Editions Gallimard, 1975.
- FUKUYAMA, F. (2004) "Transhumanism: The World's Most Dangerous Idea?". Foreign Policy. Septiembre/Octubre. Disponible en web: <http://foreignpolicy.com/2009/10/23/the-worlds-most-dangerous-ideas/>
- FUNDACION BANKINTER (2015) "La revolución de las máquinas". Disponible en web: <https://www.fundacionbankinter.org/documents/11036/173347/La+Revoluci%C3%B3n+de+las+M%C3%A1quinas/48e21de2-d07b-4b91-b9e1-4d50e2b74c65>
- FRASER, N., HONNETH, A. (2003) "Redistribution or recognition? A political-philosophical exchange". Verso. Londres, New York.
- GALTON, F (1907) "Inquiries into Human Faculty and Its Development". Versión para Kindle.

- GELL-MANN, M. (1994) "El quark y el jaguar. Aventuras de lo simple y lo complejo" Metatemas 38. Libros para pensar la ciencia. ePub base r1.0.
- GOLBRING, W. (2015) "Human Enhancement: The need for Ability Expectation Governance". Disponible en Web: [http://prism.ucalgary.ca/bitstream/1880/50371/1/eCHSS\\_1\\_2015\\_Wolbring\\_englishversion.pdf](http://prism.ucalgary.ca/bitstream/1880/50371/1/eCHSS_1_2015_Wolbring_englishversion.pdf)
- GUIBET LAFAYE C. (2007) "Reconnaissance vs. Redistribution: le cas du respect de soi" (Recognition versus Redistribution: the case of self-respect). *Filosofia Unisinos*. Universidade do Vale do Rio Dos Sinos, São Leopoldo (Brasil). vol. 8, nº3. 2007, pp. 227-246.
- GUIBET-LAFAYE, C., ROMANACH CABRERO, J., (2010). "Diversity ethics. An alternative to Peter Singer's ethics", *Dilemata (International Magazine en Applied Ethics)*, nº3, Madrid, p. 95-116
- HATHAWAY, O. A. (2002). Do human rights treaties make a difference?. *The Yale Law Journal*, 111(8), 1935-2042.
- HUXLEY, J. (1962) "Eugenics in Evolutionary Perspective". The Galton Lecture, delivered in London on June 6<sup>th</sup> 1962 in the Eugenics Society. Disponible en web: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2982363/pdf/eugenrev00027-0011.pdf>
- ITSVAN, Z. (2013) "The transhumanist Wager". Futurity Imagine Media LLC.
- JANTSCH, E. (1980). "The Self Organizing Universe: Scientific and Human Implications of the Emerging Paradigm of Evolution. Pergamon Press. Oxford.
- KRANZBERG, M. (1986). Technology and history: "Kranzberg's laws." *Technology and Culture* 27(30):544-560. Disponible en web: [www.jstor.org/stable/3105385](http://www.jstor.org/stable/3105385).
- KURTZWEIL, R. (2005) "The singularity is near". Versión Kindle.
- HARAWAY, D. (1985) "Un manifiesto para *ciborgs*: ciencia, tecnología y feminismo socialista a finales del siglo XX". *Socialist Review* 1985. Disponible en web: <https://cursosupla.files.wordpress.com/2015/03/haraway-d-manifiesto-para-cyborgs-1990.pdf>
- HUXLEY, J. (1959) "Nuevos odres para vino Nuevo". *Germes*. México. 1959.
- LAYTON, E. T. (1977) "Conditions of technological Development". *Spiegel-Rösing & Price*. 1977:197-222.
- LEWIS, D. (2011) "The Cult of Kurzweil: Will Robots Save Our Souls?"
- LIZCANO, E. (2006) "Metáforas que nos piensan. Sobre ciencia, democracia y otras poderosas ficciones". Ediciones Bajo Cero. <http://www.bajo-cero.org>
- LUCAS, J. R. (1961) "Minds, machines and Gödel". Disponible en Web: <http://users.ox.ac.uk/~jrucas/Godel/mmg.html>
- MARGULIS, L (2013) "The Symbiotic Planet: A new look at evolution". Edición Kindle.

- MORSINK, J. (1999) "The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting and Intent". University of Pennsylvania Press.
- MAYR, O. (1976) "The Science - Technology Relationship as a Historiographic Problem". *Technology and Culture* 17 (1976): 663-73.
- NATIONAL SCIENCE FOUNDATION (2005). "Managing nano-bio-info-cogno innovations. Covering Technologies in society". BAINBRIDGE, W. S, ROCO, M. C. Eds. Disponible en Web:  
[http://www.wtec.org/ConvergingTechnologies/3/NBIC3\\_report.pdf](http://www.wtec.org/ConvergingTechnologies/3/NBIC3_report.pdf)
- NODDINGS, N. (1984) *Caring. A feminine Approach to Ethics & Moral Education*. University of California Press. Berkeley and Los Angeles. California.
- PINCH, T., BIJKER, W.E., HUGHES, T.P. (2012). "The social construction of technology systems: new directions in sociology and history of technology". Massachusetts Institute of Technology Press.
- PALACIOS, A., ROMAÑACH, J., (2007). "El modelo de la diversidad. La Bioética y los derechos humanos como herramientas para alcanzar la plena dignidad en la diversidad funcional". Diversitas Ediciones.
- POSTMAN, N. (1993) "Technopoly: The Surrender of culture to technology". Virgin Books. New York. Kindle edition.
- ROMAÑACH, J (2015). "Diversity ethics and the impact of genetic technologies". Capítulo del libro "Genetic Discrimination. Transatlantic Perspectives on the Case for a European Level Legal Response" Ed. Gerard QUINN, Aisling DE PAOR and Peter BLANCK. Routledge. 2015.
- ROMAÑACH CABRERO, J. (2009) "Bioética al otro lado del espejo". Diversitas Ediciones.
- ROMAÑACH, J.; PALACIOS, A.; FERREIRA, M. A. V.; FERRANTE, C. (2009). "Functional Diversity, Bioethics and Sociological Theory: a New Approach to Disability"
- SEN, A (2012) "La idea de la justicia". Edición Kindle.
- SHUMACHER, J. F. (1990) "Wings of Illusion: Origin, Nature and Future of Paranormal Belief". Prometheus Books.
- SINGER, P. (2002) "Unsanctifying human life: essays on ethics". Helga Khuse (ed.). Blackwell. Oxford (UK).
- TOYAMA, K. (2015) "Geek heresy. Rescuing social change from the cult of technology". Public Affairs. New York.
- THALER, R. H. (2015). "Misbehaving: The Making of Behavioral Economics". W. W. Norton & Company. New York/London
- WAGENSBERG, J. (2002) "Si la naturaleza es la respuesta, ¿cuál era la pregunta?". Versión Kindle.

## 7.1 Webografía

BENEDIKTER, R. (2015) "Zoltan Istvan's "Teleological Egocentric Functionalism": An approach to viable politics?". <http://ieet.org/index.php/IEET/more/benedikter20150723>

BOSTROM, N. (2005) "The Fable of the Dragon-Tyrant" *Journal of Medical Ethics*, 2005, Vol. 31, No. 5, pp 273-277. Disponible en web: <http://www.nickbostrom.com/fable/dragon.html>.

EXTROPY: [www.extropy.org](http://www.extropy.org)

GAPMINDER: <http://www.gapminder.org/>

MORE, M (2009) ""True Transhumanism", *Global Spiral*, February 2009. Disponible en web: <http://www.metanexus.net/essay/h-true-transhumanism>

IHDE, D. (2008) "Of Which Human Are We Post?". *Global Spiral*. Disponible en web: <http://lists.extropy.org/pipermail/extropy-chat/2008-June/043994.html>

O'BRIEN, L (2011). "Is the human brain a nondeterministic Turing machine?" <http://www.quora.com/Is-the-human-brain-a-nondeterministic-Turing-machine>

PUTNAM, H. (2004) "Ethics Without Ontology", Harvard University Press, Cambridge, 2004.

SEQUEIROS, L. (2016) "El transhumanismo cuestiona las tesis tradicionales de nuestra cultura ¿Qué implicaciones religiosas, además de las éticas, tendría el hombre biónico?". [http://www.tendencias21.net/El-transhumanismo-cuestiona-las-tesis-tradicionales-de-nuestra-cultura\\_a42090.html](http://www.tendencias21.net/El-transhumanismo-cuestiona-las-tesis-tradicionales-de-nuestra-cultura_a42090.html)

THAROOR, S (2001) "Are Human Rights Universal?" [http://www.thirdworldtraveler.com/Human\\_Rights/Are\\_HR\\_Universal%3F.html](http://www.thirdworldtraveler.com/Human_Rights/Are_HR_Universal%3F.html)

Transhumanist Party: Putting science, health and technology at the forefront of American politics. <http://transhumanistparty.org/Platform.html>

## 7.2 Videografía

LUMBRERA, S., MONTSERRAT, J.,(2015) "El tecnooptimismo de Ray Kurtzweil".

<http://catalogo.media.upcomillas.es/Mediasite/Play/901ab3d5d1ed43c0b08f54d8d72053f41d>

## 7.3 Manifiestos

- Manifiesto Cyborg

[http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/adriana\\_raggi/wp-content/uploads/2013/12/manifiesto-cyborg.pdf](http://blogs.fad.unam.mx/asignatura/adriana_raggi/wp-content/uploads/2013/12/manifiesto-cyborg.pdf)

- From Cyborg Fiction to Medical Reality

[https://muse.jhu.edu/journals/literature\\_and\\_medicine/v020/20.1klugman.html](https://muse.jhu.edu/journals/literature_and_medicine/v020/20.1klugman.html)

-- Obsolescence and body technologies

<http://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/55/69>

-- From cyborgs to cyberbodies

[http://www.psychology.org/File/PSYCHOLOGY\\_JOURNAL\\_1\\_2\\_GAGGIOLI.pdf](http://www.psychology.org/File/PSYCHOLOGY_JOURNAL_1_2_GAGGIOLI.pdf)

• Morphological freedom

<http://www.aleph.se/Nada/Texts/MorphologicalFreedom.htm>

## **8 APÉNDICE A – INSTITUCIONES DEL SISTEMA DE DERECHOS HUMANOS**

### **8.1 Órganos dependientes de la Asamblea General**

#### **8.1.1 Programas y Fondos**

1. UNCTAD Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo
  - CCI (ITC), Centro de Comercio Internacional UNCTAD/OMC
2. UNODC Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito
3. PNUMA Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
4. UNICEF Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
5. PNUD Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo
  - UNIFEM, Fondo de Desarrollo de las Naciones Unidas para la Mujer
  - VNU, Voluntarios de las Naciones Unidas
  - FNUDC (UNCDF), Fondos de las Naciones Unidas para el Desarrollo de la Capitalización
6. UNFPA Fondo de Población de las Naciones Unidas
7. ACNUR Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
8. PMA Programa Mundial de Alimentos
9. OOPS Organismo de Obras Públicas y Socorro para los Refugiados de Palestina en el Cercano Oriente
10. PNUAH Programa de las Naciones Unidas para los Asentamientos Humanos

#### **8.1.2 Institutos de investigación y capacitación**

1. UNICRI - Instituto Interregional para Investigaciones sobre la Delincuencia y la Justicia
2. UNITAR - Instituto de las Naciones Unidas para Formación Profesional e Investigaciones
3. UNRISD - Instituto de las Naciones Unidas de Investigación para el Desarrollo Social

4. UNIDIR - Instituto de las Naciones Unidas de Investigación sobre el Desarme
5. INSTRAW - Instituto Internacional de Investigación y Capacitación para la Promoción de la Mujer Santo Domingo

### **8.1.3 Otros órganos de las Naciones Unidas**

1. UNOOSA Oficina de las Naciones Unidas para los asuntos del Espacio Ultraterrestre
2. COPUOS Comité de las Naciones Unidas para el Uso Pacífico del Espacio
3. OACNUDH Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos
4. ONUSIDA Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el sida
5. UNOPS Oficina de Naciones Unidas de Servicios para Proyectos
6. UNSSC Escuela Superior del Sistema de las Naciones Unidas
7. Universidad de las Naciones Unidas

### **8.1.4 Órganos dependientes del Consejo Económico y Social (ECOSOC)**

#### **8.1.5 Comisiones orgánicas**

1. Comisión de Estupefacientes
2. Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal
3. Comisión de Ciencia y Tecnología para el Desarrollo
4. Comisión sobre el Desarrollo Sostenible
5. Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer
6. Comisión de Población y Desarrollo
7. Comisión de Desarrollo Social
8. Comisión de Estadística
9. Comisión de Derechos Humanos

#### **8.1.6 Comisiones regionales**

1. CEPE Comisión Económica para Europa
2. CEPA Comisión Económica para África
3. CEPAL Comisión Económica para América Latina y el Caribe
4. CESPAC Comisión Económica para Asia Occidental
5. CESPAP Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico

#### **8.1.7 Otros órganos**

1. Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas
2. Foro de las Naciones Unidas sobre los Bosques
3. Comités del periodo de sesiones y Comités permanentes
4. Grupos de expertos. Órganos especiales y conexos

### **8.1.8 Organismos especializados**

1. OIT Organización Internacional del Trabajo
2. FAO Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación
3. Unesco Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura
4. OMS Organización Mundial de la Salud
5. FMI Fondo Monetario Internacional
6. OACI Organización de Aviación Civil Internacional
7. OMI Organización Marítima Internacional
8. UIT Unión Internacional de Telecomunicaciones
9. UPU Unión Postal Universal
10. OMM Organización Meteorológica Mundial
11. OMPI Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
12. FIDA Fondo Internacional de Desarrollo Agrícola
13. ONUDI Organización de las Naciones Unidas para el Desarrollo Industrial
14. OMT Organización Mundial del Turismo
15. Grupo del Banco Mundial
  - BIRF, Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento
  - AIF, Asociación Internacional de Fomento
  - CFI, Cooperación Financiera Internacional
  - OMGI, Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones
  - CIADI, Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

### **8.2 Órganos dependientes del Consejo de Seguridad**

1. Comité de Estado Mayor.
2. Comités permanentes y órganos especiales.
3. ICTY Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia
4. ICTR Tribunal Penal Internacional para Ruanda
5. UNMOVIC Comisión de las Naciones Unidas de Vigilancia, Verificación e Inspección
6. UNCC Comisión de Indemnización de las Naciones Unidas
7. Misiones y Operaciones de Mantenimiento de la Paz

### **8.3 Órganos dependientes de la Secretaría General**

1. ONU Mujeres ONU Mujeres es una entidad de la ONU para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer.
2. OSG Oficina del Secretario General.
3. OSSI Oficina de Servicios de Supervisión Interna.
4. OAJ Oficina de Asuntos Jurídicos.

5. DAP Departamento de Asuntos Políticos.
6. DAD Departamento de Asuntos de Desarme.
7. DOMP Departamento de Operaciones de Mantenimiento de la Paz.
8. OCAH Oficina de Coordinación de Asuntos Humanitarios.
9. DAES Departamento de Asuntos Económicos y Sociales.
10. DGACM Departamento de la Asamblea General y de Gestión de Conferencias.
11. DIP Departamento de Información Pública.
12. DG Departamento de Gestión.
13. OHRLLS Oficina del Alto Representante para los Países menos Adelantados, los Países en Desarrollo sin Litoral y los Pequeños Estados Insulares en Desarrollo.
14. DSS Departamento de Seguridad.
15. ONUDD Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito en Viena
16. ONUG Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra.
17. ONUV Oficina de las Naciones Unidas en Viena.
18. ONUN Oficina de las Naciones Unidas en Nairobi.
19. EIRD Estrategia Internacional para la reducción de desastres

#### **8.4 Organismos conexos**

1. OMC Organización Mundial del Comercio
2. OIEA Organismo Internacional de Energía Atómica: Informa a la Asamblea General y al Consejo de Seguridad.
3. CTBTO Comisión Preparatoria de la Organización del Tratado de Prohibición de los Ensayos Nucleares: Informa a la Asamblea General
4. OPAQ Organización para la Prohibición de las Armas Químicas: Informa a la Asamblea General.
5. ICC Corte Penal Internacional
6. ITLOS Tribunal Internacional del Derecho del Mar
7. ISA Autoridad Internacional de los Fondos Marinos
8. SHIRBRIG Brigada Multinacional de Fuerzas de Reserva de Despliegue Rápido para operaciones de la ONU

#### **8.5 Instituciones independientes de vigilancia**

Además del sistema propiamente establecido y organizado de Naciones Unidas, existen una gran cantidad de ONGs independientes tanto nacionales como internacionales que se preocupan de poner en relieve las carencias e incumplimientos de las convenciones en diferentes países, cumpliendo así una labor de vigilancia independiente que sirve para contrarrestar la propaganda y publicar y difundir los incumplimientos de las convenciones de derechos humanos los diferentes estados miembro.

Entre estas instituciones, las más relevantes y conocidas son Amnistía Internacional y Human Rights Watch, que son apoyadas por millones de personas. Amnistía Internacional, por ejemplo, está formada por 7 millones de personas que actúan contra la injusticia defendiendo derechos humanos en todo el mundo.

# UNA PROPUESTA DE ESTADO SOCIAL PARA EL SIGLO XXI: UNA VUELTA AL ORIGEN

## A PROPOSAL OF A SOCIAL STATE FOR THE XXI CENTURY: TAKING BACK THE ORIGIN

**Diana Rocío Espino Tapia\***

**RESUMEN:** En este artículo se verificará la vigencia del modelo de Estado social de Derecho en el siglo XXI ante los señalamientos de crisis que denuncian su ineficacia y proponen su desmantelamiento. La verificación se realizará tomando como punto de partida el origen político-ideológico del modelo así como las razones de su constitucionalización, teniendo en cuenta que el modelo de Estado social es producto de sus circunstancias históricas. Por ello, aquí se plantea su evolución hacia un Estado social con enfoque desarrollista, el cual dé respuesta a la nueva "cuestión social" e incluyendo una nueva forma de entender la justicia.

**ABSTRACT:** *This paper will verifies the force of the model of Social State of Law in the XXI century facing the assignment of crisis that announces its inefficacy and proposes its dismantling. This verification will be realized taking as a starting point the political-ideological origin of the model as well as the reasons of its constitutionalization, keeping in mind the model of Social state is product of its historic circumstances. Therefore, we set out its evolution to a Developer social state, who will face the new "social issue" and including a new way of understanding the justice.*

**PALABRAS CLAVE:** Estado social de Derecho, Estado de bienestar, capitalismo post-keynesiano, Derechos sociales, justicia compensatoria.

**KEYWORDS:** *Social State of Law, Welfare State, post-keynesian capitalism, social rights, compensatory justice.*

**Fecha de recepción: 30/11/2015**

**Fecha de aceptación: 14/12/2015**

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3176>

---

\* Doctora en Derecho con orientación en Derecho Constitucional y Gobernabilidad por la Universidad Autónoma de Nuevo León (Monterrey, México). Profesora e investigadora adscrita al Centro de Estudios Interculturales del Noreste de la Universidad Regiomontana (Monterrey-México). E-mail: diana.rocio.e@gmail.com

## 1.-INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este artículo es la propuesta de un concepto evolucionado de Estado social de Derecho adecuado a los nuevos tiempos y a las nuevas necesidades de los Estados del siglo XXI<sup>1</sup>. Esta labor se realizará tomando como punto de partida el proceso de construcción conceptual a lo largo de su desarrollo jurídico-normativo y cambiando el elemento asistencialista, vigente hoy, por el elemento desarrollista, donde el Estado Social tiene como finalidad la de crear personas capaces de generar recursos para satisfacer sus necesidades, dándole las herramientas para poder superar sus carencias primarias producto de la genética social.

Señala Rojo que: "El futuro del Estado pasa por adaptarse a las grandes transformaciones del mundo actual, por dismantelar su construcción teórica tradicional, por asumir una soberanía compartida y convergente, por redefinir sus funciones y por expandirse y comunicarse cooperativamente en nuevos y amplios espacios de poder, a fin de gestionar el conflicto y crear oportunidades en las comunidades humanas"<sup>2</sup>. Es decir, el Estado del futuro (y el futuro del Estado) requiere adaptarse a los cambios exógenos y endógenos; pero sobre todo, debe replantear sus fines. Esto último sólo podrá ser posible en un ejercicio de reflexión respecto a la utilidad del Estado y al replanteamiento de sus prioridades, un ejercicio que también debemos realizar con respecto a su forma social. Por lo mismo, aquí procederemos a deconstruir el concepto para observarlo desde sus componentes esenciales y a partir de ahí reconstruirlo desde su origen para adaptarlo a las necesidades de la "cuestión social" del siglo XXI. Con ello pretendemos demostrar que la única forma que el Estado social subsista como tal es evolucionando hacia un modelo de Estado desarrollista; tomando en cuenta los fenómenos actuales que han puesto en jaque el mismo concepto de Estado, como la globalización y la transnacionalización, y que han alterado el carácter de la nueva cuestión

---

<sup>1</sup>Tal y como lo señala Thomas Piketty en "*El capital en el siglo XXI*", es necesario inventar nuevas herramientas (y reestructurar las ya existentes, tales como el Estado) para retomar el control de un capitalismo financiero que se ha vuelto loco, renovando y modernizando, profunda y permanentemente, los sistemas de impuestos y gastos, que son el corazón del Estado social moderno y que alcanzaron un grado de complejidad tal, que a veces amenaza gravemente su inteligibilidad y su eficacia económica.(PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 525-526.)

<sup>2</sup> ROJO, A., "La crisis del Estado y la necesidad de una teoría política para la era global" en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo. Análisis desde la ciencia y teoría política*, México, Ed. Porrúa, 2011, p.445.

social el cual exige nuevas soluciones al Estado ante la agresiva irrupción del neocapitalismo del siglo XXI.

La idea de la constitución de un Estado de tipo desarrollista no es nueva. Ya viene siendo analizada por un nascente sector doctrinal que intenta retomar el verdadero sentido jurídico- político del concepto de Estado social, el cual había sido considerado casi un sinónimo del concepto político-económico de Estado de bienestar. Esta confusión ha llevado a un importante sector doctrinal a defender la idea de que el Estado Social de Derecho está en crisis por haber fracasado el Estado asistencialista y haber puesto en jaque a Europa con la reciente crisis económica que inició en el año 2007 y que se agudizó en el 2012; así como han denunciado su inutilidad para combatir la pobreza y la desigualdad en el caso de los Estados latinoamericanos. Como se demostrará en el transcurso de este trabajo, consideramos que el Estado Social de Derecho no está en crisis, sólo que debe reestructurarse el concepto para adaptarse a las nuevas exigencias de las sociedades actuales.

## 2.- EL ORIGEN IDEOLÓGICO DEL ESTADO SOCIAL

La doctrina jurídico-política dominante suele usar indistintamente los conceptos de Estado Social y Estado de Bienestar al referirse al modelo de Estado que procura el bienestar de los ciudadanos al garantizarles las condiciones vitales mínimas para su desarrollo en sociedad. Pese a que esta indistinción terminológica existe desde el origen del surgimiento de ambos conceptos- evidentemente en la Constitución de Weimar en 1919- no suscribimos la idea de que al referirnos al Estado social nos referimos a un tipo de Estado de Bienestar ni viceversa, como insistentemente han venido señalando ciertos sectores de la referida doctrina jurídico- política<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Entre los autores que utilizan los conceptos como sinónimos tenemos por ejemplo a FERRAJOLI, quien en "Estado social y Estado de Derecho" afirma, al referirse a la crisis del *welfare State* :[...] El *welfare state* no desarrolla a su vez una normatividad específica propia. No elabora una teoría del derecho del Estado social ni mucho menos una teoría política del Estado social de derecho. No produce una estructura institucional garantista análoga a la del viejo Estado liberal de derecho y específicamente idónea para garantizar los nuevos derechos sociales correspondientes a las nuevas funciones y prestaciones del Estado." (FERRAJOLI, L., "Estado Social y Estado de Derecho" en ABRAMOVICH, V., Y J.M. AÑÓN (comp.), *Derechos sociales: Instrucciones de uso*, México, Ed. Fontamara, 1ºed. 2003, p.12.) En la doctrina española, tenemos el ejemplo de Gerardo PISARELLO quien señala que el modelo de Estado que diseña el constitucionalismo de Weimar es un modelo de Estado social( cuando fue claramente un Estado de bienestar mal llamado "social") el cual fracasó a la hora de proyectar el contenido garantista de un Estado liberal todavía débil en un

Tampoco suscribimos la idea que sostiene que la crisis del modelo político-económico del Estado de Bienestar signifique el declive del modelo jurídico-político de Estado Social. Sostenemos en esta investigación que si bien el Estado de Bienestar clásico (aquel originado a partir del modelo *welfare*) ha fracasado y ha demostrado su imposibilidad en el mundo neocapitalista contemporáneo<sup>4</sup>, el Estado social ha subsistido y aún persiste como el mejor modelo político-jurídico para garantizar una sociedad más democrática y compensatoria; que de alguna forma vislumbra en su horizonte el ideal del Estado de bienestar para el siglo XXI. Sin embargo, sostenemos también que el Estado Social requiere una reformulación de sus fines y, sobre todo, su adaptación a la nueva cuestión social.

Aquí tomaremos como punto de partida la idea que mientras el Estado de bienestar implica una situación que compromete más allá de los fines constitucionales del Estado, implicando incluso el modelo económico del Estado e incentivando una activa participación estatal en las esferas de la producción y en el control de riesgos; el Estado social es el modelo jurídico-político que se construye a partir de la idea de Estado de Derecho y constitucional, por lo cual su impacto se da en el campo prescriptivo y de consecución de fines estatales. Por ello, los Estados

---

Estado social (socialista) y democrático de derecho que se convierte en la antesala de un Estado totalitario. (PISARELLO, G., "Del Estado social legislativo al Estado social constitucional: Por una protección compleja de los derechos sociales", en *Isonomía*, n°15, México, Octubre 2001, p.83.) También podemos mencionar a GARCIA PELAYO quien afirma que la variedad de denominaciones que recibe el Estado social (entre los que también está Estado de Bienestar y Estado de asociaciones), revelan el carácter complejo y aún indeterminado del Estado contemporáneo, optando este por la denominación de "Estado social" refiriéndose a lo que también llama Estado democrático neocapitalista. (GARCIA PELAYO, M., *Las Transformaciones del Estado Contemporáneo*, Alianza Editorial, Madrid, 1980, pp. 113 y 114.)

<sup>4</sup>Exceptuando el modelo nórdico de Estado de bienestar, que es aquel que se desarrolla en los países europeos de Dinamarca, Finlandia, Noruega, Islandia y Suecia. Siempre son malas las generalizaciones, pero la excepcionalidad del éxito de este modelo de Estado de bienestar se debe, en mayor medida, en que han participado del capitalismo global sin capitular el bienestar ciudadano. A diferencia del modelo del *welfare state*, los nórdicos apostaron por el desarrollo humano, acelerando su productividad lo que permitió a su vez afianzar su crecimiento económico. De hecho, Finlandia, Dinamarca y Suecia se encuentran dentro de las economías más competitivas del mundo, pese a su fuerte protección social. El crecimiento de estos países está muy por encima de la media europea, y mantienen niveles relativamente bajos de desempleo. Sin embargo, el modelo nórdico se aleja del modelo clásico de Estado de bienestar para asemejarse más a un Estado social reforzado, que dista del modelo de Europa continental y de los países latinoamericanos. (ANDERSEN, T.; Molander, P., *Alternatives for Welfare Policy. Coping with internationalization and Demographic Change*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.)

Europeos son en mayor o menor medida Estados sociales de bienestar; mientras que los Estados latinoamericanos son Estados sociales a secas. Como veremos más adelante, en el ejemplo latinoamericano podemos observar la diferenciación de ambos conceptos, donde la existencia de un Estado social no implica un horizonte de bienestar. Debemos tener esto en cuenta para luego, observar la importancia de construir un concepto evolucionado de Estado social del siglo XXI, para aquellos Estados que no se constituyen como Estados de bienestar, pero que constitucionalmente se definen como sociales, reconociendo derechos sociales y/o el principio de solidaridad, los cuales condicionan su actuación y configuran límites a las decisiones estatales en el neocapitalismo del siglo XXI.

Desde el inicio de la discusión respecto al binomio Estado-sociedad, en el transcurso del siglo XVIII, se observó que la existencia del derecho natural a la propiedad tiene como consecuencia inevitable la desigualdad social. En un principio, Locke fundamentó el liberalismo político basado en la defensa acérrima de la libertad y la propiedad privada según el cual el Estado sólo tiene sentido mientras sirva para protegerlas<sup>5</sup>. Casi un siglo después, Rousseau expone la inevitable consecuencia de esta propuesta y afirma que el factor que propicia la aparición de la desigualdad social es precisamente la propiedad privada, un instrumento diseñado para perpetuar el poder político y económico de los ricos sobre los débiles<sup>6</sup>. En este sentido, observa que existe una relación directa entre la propiedad privada y la desigualdad social, donde la primera es un factor determinante para explicar la aparición de la segunda. Es a partir de esta discusión de donde surgen los dos elementos en torno a los cuales, posteriormente, se desarrollará el debate sobre el Estado social: la propiedad y la desigualdad social. Sobre esta relación, Sotelo afirma que la propiedad se vincula al proceso de desigualdad social cuando "la división del trabajo y la invención del dinero generan que la propiedad se acumule en pocas manos, dejando necesitados de apoyo y protección a la mayor parte de la gente".<sup>7</sup>

Así, la contradicción entre el sistema propuesto por el liberalismo político-económico y la realidad que vivían los excluidos del sistema

---

<sup>5</sup> LOCKE, J; *Dos Ensayos sobre el Gobierno Civil*, Trad. F. Giménez, Madrid, Espasa-Calpe, 1991, p.52.

<sup>6</sup>ROUSSEAU, J.J., *Discurso sobre el origen y los fundamentos de la desigualdad entre los hombres*, Valencia, Ed. Tilde, 1998. La tesis central del discurso fue la sociedad y las leyes (siglo XVIII) establecieron definitivamente la propiedad y la desigualdad.

<sup>7</sup> SOTELO, I., *El Estado social. Antecedentes, origen, desarrollo y declive*, Madrid, Ed. Trotta, 2010, p.70-71.

preocupó a los pensadores políticos contemporáneos, quienes buscaron fórmulas para contrarrestar esta incongruencia. Para Dri, la verdadera preocupación consistía en resolver “cómo lograr que la desestructuración que ha provocado el surgimiento de la particularidad, escindiendo toda universalidad, no terminase en la plena anarquía en la que la vida humana no sería posible”<sup>8</sup>. Partiendo del concepto de libertad natural de Rousseau, lo que a Kant llevó a construir el concepto de democracia como republicana y la idea del Estado de Derecho<sup>9</sup>, a Hegel llevó a pensar el Estado social en sus rasgos elementales, fundamentado en la idea que el sistema del derecho es el reino de la libertad hecha efectiva<sup>10</sup>. Hegel postula que la libertad no es algo ideal, sino real: una entidad objetiva realizada en un mundo social concreto, con un determinado grado de desarrollo socio-económico, y jurídicamente estructurado. La “libertad realizada” es aquella que no depende de la titularidad de un derecho, sino de su posibilidad de realización.<sup>11</sup> De ahí que con este concepto, el cual Hegel desarrolla dentro de su concepción del Estado y Derecho a finales del siglo XVIII, surge la idea con la cual posteriormente se desarrollara la noción del Estado Social.

Es necesario remarcar aquí que la propuesta hegeliana diseña los primeros lineamientos del Estado social y no de uno de tipo comunista, a pesar de la enorme influencia que tuvo posteriormente en la izquierda revolucionaria y esto por una razón elemental: que en el pensamiento hegeliano no se contemplaba la eliminación de la propiedad privada, sino que se integraba la libertad realizada al ámbito del Estado como *Sittlichkeit* (eticidad), la cual implica la fusión de la moral individual (autonomía) y la moral colectiva (bien común), en un gran proyecto político común<sup>12</sup>. En palabras de Rendón, se trata “de descubrir el verdadero interés de la voluntad libre en el contexto de la vida general y

---

<sup>8</sup> DRI, R., “La filosofía del Estado ético. La concepción hegeliana de Estado” en BORÓN, A. (comp.), *La filosofía política moderna. De Hobbes a Marx*, Buenos Aires, CLACSO, 2000, p.214.

<sup>9</sup> En la concepción “republicana” de democracia, rechazando el modelo ideal democrático de ROUSSEAU, KANT propone por primera vez la concepción de “Estado de Derecho” como componente elemental de la democracia, a través de la juridificación de la política. (KANT, E., *Teoría y Práctica*, Tecnos, Madrid, 1986; *Sobre la paz perpetua*, Tecnos, Madrid, 1989; *Fundamentos de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1993).

<sup>10</sup> HEGEL, G. W. F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Madrid, Libertarias Prodhufi, Edición de K.H. Iltting, traducida al castellano por Carlos Díaz, 1993, p.4.

<sup>11</sup> HEGEL, G. W.F., *Principios de la Filosofía del Derecho o Derecho Natural y Ciencia Política*, Edhasa, Barcelona, 1988, p.75.

<sup>12</sup> *Ídem*.

someterse a él con el fin de garantizar esa libertad y la de todos. Lo que Hegel indaga es la dimensión consciente de la política y de la vida pública como condición indispensable para gestionar la libertad, así como las normas del derecho que la hacen posible<sup>13</sup>." Por lo mismo, consideraba condición *sinequanon* el intervencionismo del Estado a fin de proteger a las clases vulnerables ajenas a al capitalismo pues el Estado "no es una abstracción que se oponga a los ciudadanos, sino que éstos son elementos, en los cuales, como en la vida orgánica, ningún miembro es fin ni medio<sup>14</sup>." Pensamiento este último, que constituye el fundamento del Estado social.

La propuesta del *sittlichkeit* parece cristalizarse en el siglo XIX con la aparición del Estado nación, claro antecedente a la construcción del modelo de Estado social. La cohesión social y la superación del individualismo por un proyecto común nacional son los elementos del Estado nación sin los cuales no podría haberse dado la evolución hacia el modelo social de Estado<sup>15</sup>. En efecto, el Estado social se entiende, es este sentido, como producto totalizador de una reflexión histórica en torno a la interrelación de las ideas fundamentales de cada nivel del desarrollo de la noción propia de Estado. Este producto constituye los fundamentos jurídico-políticos en torno a los cuales se discute su posibilidad como un modelo de Estado, una vez comprobados los fundamentos fácticos que coadyuvaron a su creación.

Con la segunda revolución industrial, que inicia a mediados del siglo XIX<sup>16</sup>, se agrava aún más el pauperismo en las clases que se encontraban a sombras del capitalismo y se empieza a discutir el papel que debería adoptar el Estado para resolver la llamada "cuestión social" entendida como "un nuevo tipo de pobreza, efecto de un desarrollo económico anárquico y desequilibrado, que generaba bolsas de enorme

---

<sup>13</sup> RENDON, J. "La sociedad política, el problema del Estado en Hegel", en *Signos Filosóficos*, v. 12, n. 24, julio-diciembre 2010, México. Disponible en [http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1665-13242010000200003&lng=es&nrm=iso](http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-13242010000200003&lng=es&nrm=iso), Visto el 22 septiembre del 2015.

<sup>14</sup> HEGEL, G. W. F., *Lecciones sobre la filosofía de la historia universal*, Madrid, Alianza, 1989, p.101.

<sup>15</sup> Sobre esta idea, sostiene Isaiah BERLIN: "La nación se construye dogmáticamente, no solo mediante la independencia y el Estado propio, sino con todo rigor e intransigencia bajo el imperativo categórico del "valor supremo de lo propio." (BERLIN, I., "Le nationalisme: Dédains d'hier, puissance d'aujourd'hui" en BERLIN, I., *Á contre-courant. Essais sur l'histoire des idéés*, ed. Albin Michel, Paris, 1988, p.355.)

<sup>16</sup> Eric Hobsbawm señala que el comienzo de la revolución industrial debe situarse en la década de 1780, pero que sus efectos no se evidenciarían hasta 1830 o 1840, por ello aquí no referimos a la "segunda revolución industrial". (HOBBSBAWM, E., *The Age of Revolution: Europe 1789-1848*, Londres, Abacus, 2002.)

y nueva pobreza en el marco de una inusitada riqueza”<sup>17</sup>. Y es precisamente en torno a esta discusión donde se define el futuro del Estado social, distanciándolo del comunismo y posteriormente, también del Estado de bienestar. En efecto, teniendo como inspiración el socialismo francés del siglo XVIII, la izquierda alemana se bifurca en dos corrientes de pensamiento decisivas en la ulterior construcción por un lado, del comunismo y por el otro, del Estado social. Desde la perspectiva de la izquierda radical, señala Karl Marx que la verdadera democracia sólo será aquella en la que se haya superado la división social del trabajo y cuya constitución asuma los intereses del pueblo<sup>18</sup>. Por ello, acabar con el antagonismo de clases supone un nuevo modelo de producción que implica la supresión del Estado el cual, para Marx “administra los negocios comunes de la clase burguesa”.<sup>19</sup> En esta lógica, afirma que la verdadera democracia sólo podrá darse en el comunismo<sup>20</sup>.

Por otro lado, desde un socialismo moderado y fuertemente influenciado por Hegel<sup>21</sup>, Lorenz Von Stein se convierte en precursor del Estado social, desarrollando su teoría socialista tomando como punto de partida la figura del Estado, el cual para Marx debía desaparecer. En su propuesta, defiende de forma acérrima una administración social-reformista que consiste en las reformas de Estado para la corrección de las disfuncionalidades sociales provocadas por la sociedad industrial, absolutamente necesarias para evitar las revoluciones<sup>22</sup>. Considera que el trabajo no debe considerarse una simple mercancía sino una actividad debidamente recompensada por su finalidad última, el cumplimiento del

---

<sup>17</sup> GALCERÁN, M., *La invención del Marxismo. Estudio sobre la formación del marxismo en la socialdemocracia alemana de finales del s. XIX*, Madrid, Ed. Iepala, 1997, p.19. Adolfo Posada denominó “Cuestión social” a la cuestión moral que exige la invocación de la potencialidad del proletariado, a reclamar una más seria protección legal para los intereses supremos de la vida, del alimento, del honor, de la salud..., en suma de muchas de las condiciones universales de la personalidad.” (POSADA, A., “El derecho y la cuestión social”, Estudio preliminar a Menger, *El derecho civil y los pobres*, Comares, Granada, 1998.)

<sup>18</sup> MARX, K., *Crítica de la filosofía del Estado de Hegel*, Trad. A. Prior, Barcelona, Biblioteca nueva, 2002.

<sup>19</sup> MARX, K., y ENGELS, F., *El manifiesto comunista*, Barcelona, AKAL, 2004, cap.I, p. 35.

<sup>20</sup> SANCHEZ, A., *Entre la realidad y la utopía. Ensayos sobre política, moral y socialismo*, México, FCE, 2007, p.56.

<sup>21</sup> MARCUSE, H., “La transformación de la dialéctica en sociología: Lorenz von Stein”, en: *Razón y revolución*, Madrid, Alianza editorial, 1971, pp. 362-378.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ, J., “El Estado de bienestar” en Caminal, M. (coord.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Ed. Tecnos, 1996, p.238.

destino personal de cada individuo<sup>23</sup>. Por ello, defiende que el Estado debe arbitrar la relación capital-trabajo, sin suprimir ni alterar sus fundamentos, pues ambos son indispensables para el proceso productivo<sup>24</sup>. En efecto, sitúa al Estado como contrapoder frente al capitalismo y al servicio de la paz social. Para Von Stein, el contenido de la cuestión social es la exigencia de la clase inferior de “poder adquirir el capital. Y aquí está el contenido de aquella gran cuestión (...) si se analizan la naturaleza del capital y del trabajo, la división de clases y la dependencia de la clase trabajadora respecto de los capitalistas, no está en absoluto, en contradicción con el concepto de persona o con el de libertad personal, en tanto en cuanto el capital sea el resultado del trabajo”.<sup>25</sup> En efecto, para Von Stein, la única forma en que sistema político-económico capitalista pueda subsistir es convirtiéndose en una “República del interés recíproco”, precursor del Estado social<sup>26</sup>.

Ya hacia finales del siglo XIX cobra auge la teoría social del Estado y del Derecho que toma cuerpo en la figura del jurista francés León Duguit. Al respecto, afirman Aguilera y Espino que su propuesta impactó en el pensamiento de los autores reformista quienes discutían sobre el nuevo papel que debía adoptar el Estado ante la “cuestión social”. Por ello, su teorización del llamado “Estado de servicios públicos” y la consideración del pluralismo social y sindical sería determinante en la transformación del Estado<sup>27</sup>. Duguit introduce el principio de solidaridad social el cual dota de un fundamento para la intervención del Estado en la reglamentación de la vida económica y social. Desde esta óptica, el concepto solidarista reconoce al Estado nuevas funciones y obligaciones de orden positivo que el concepto individualista de la libertad y de la propiedad rechazaba<sup>28</sup>. A la evolución del rol del Estado social se introduce el principio de solidaridad, con el cual se termina de configurar el Estado social que llega hasta nuestros días.

En efecto, analizando su fundamento ideológico, en el origen del Estado social existe una pretensión reformadora que la distancia del radicalismo

---

<sup>23</sup> VON STEIN, L. *Movimientos sociales y monarquía (1850)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1957, p. 169.

<sup>24</sup> SINGELMANN, J., y SINGELMANN, P., “Lorenz von Stein and the paradigmatic bifurcation of social theory in the nineteenth century” en *The British Journal of Sociology*, vol. 34, no. 3, 1986.

<sup>25</sup> *Ídem*.

<sup>26</sup> GURVITCH, G., “La dialéctica de la idea del derecho social en Lorenz von Stein” En *La idea del derecho social*, Granada, Ed. Comares, 2005, pp. 575-590

<sup>27</sup> AGUILERA, R., y ESPINO, D., “Repensar a León Duguit ante la actual crisis del Estado Social” en *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, nº 12, julio 2010, p.56.

<sup>28</sup> *Ídem*.

de izquierda; partiendo de las mismas bases socio-económicas capitalistas y buscando integrar al Estado como garante de las exigencias de la cuestión social. Con el socialismo como doctrina adoptada por la comunidades obreras europeas, las élites políticas observaron que era una cuestión de supervivencia reformar el Estado e incluir en él las demandas sociales, si se quería evitar el triunfo de las ideas revolucionarias de la izquierda radical, que sugerían la creación de un Estado comunista<sup>29</sup>. A decir de Monereo: "El objetivo era entonces, democratizar el Estado, entendiéndose la democracia como un ideal a alcanzar, distinta a la noción de "democracia social" que defendía la izquierda radical, para la cual era necesaria la supresión del Estado"<sup>30</sup>.

En Alemania, al buscar fórmulas para compatibilizar el binomio democracia-capitalismo<sup>31</sup>, el socialismo reformador patrocinó la integración política de la clase obrera a través del reconocimiento de derechos políticos, en especial el sufragio universal<sup>32</sup>. Por otro lado, los capitalistas tenían que aceptar las demandas obreras, pues sólo así subsistiría el sistema. Es esto lo que subsiste en la esencia del Estado social de tinte asistencialista, el cual tiene su origen formal en la legislación social impulsada por Von Bismarck en 1881<sup>33</sup>. La previsión de ciertos beneficios sociales para la clase obrera formó parte de la política de Estado conocida como "el palo y la zanahoria" y que consistía en, por un lado, una fuerte represión a las ideas socialistas y al Partido Obrero y por otro, una legislación social paternalista, donde se desarrolla por primera vez la seguridad social<sup>34</sup>. Así, el primer Estado social de la historia surge como solución pragmática del liberalismo conservador con una evidente intención de mantener el sistema político-económico tradicional; y a la vez atender la cuestión social pero con una velada intención de mitigar la revolución.<sup>35</sup> En palabras de Baldwin:

---

<sup>29</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Fundamentos doctrinales del Derecho social en España*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, Cap. 1 "Los fundamentos doctrinales del Derecho social: La contribución del socialismo jurídico."

<sup>30</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., *Ídem*.

<sup>31</sup> Esto lo desarrolla JOHN STUART MILLS en su clásico ensayo "Gobierno representativo", donde reconoce que el sistema económico capitalista es, en esencia, contrario a la democracia. (STUART MILLS, J., *Sobre la libertad*, Traducción de Pablo de Azcárate, Madrid, Biblioteca Alianza Editorial 30 aniversario, 2004, p. 86.)

<sup>32</sup> HEYM, S., *Lasalle*, Londres, Bei Goldman press, 1998.

<sup>33</sup> También llamadas "reformas del cristianismo aplicado".

<sup>34</sup> En 1883 se establece el seguro de enfermedad obligatorio para los obreros, en 1884, el seguro de accidentados en el trabajo, en 1889, el seguro de invalidez y en 1891 el de vejez al cumplir setenta años.

<sup>35</sup> GERWARTH, R., *The Bismarck Myth. Weimar Germany and the Legacy of the Iron Chancellor*, Clarendon Press, Oxford, 2005, p. 56.

“En ciertas naciones, siendo la Alemania de Bismarck el ejemplo clásico, a los obreros se les abonaba en términos de política social lo que se les retenía en términos políticos: pensiones a cambio de conceder el poder y la autoridad. La política social cumplió un papel políticamente funcional, estabilizando unas circunstancias que de otro modo hubiesen sido más volátiles”<sup>36</sup>.

### **3.- ESTADO SOCIAL Y ESTADO DE BIENESTAR: REVISIÓN DE UNA HISTÓRICA CONFUSIÓN CONCEPTUAL**

A pesar del origen formal del Estado social en la legislación de Bismarck, 25 años y una guerra mundial después, la idea se cristaliza en la Constitución de la naciente República de Weimar, en 1919<sup>37</sup>. Esta constitución es reconocida, junto a la constitución mexicana de 1917, como aquella que da origen al denominado constitucionalismo social cuyas disposiciones se centran en la protección de los menos favorecidos y reconocen, a nivel constitucional, un amplio catálogo de derechos sociales. Sin embargo, los constituyentes de Weimar van más allá e instauran las bases de aquello que posteriormente se dominará Estado de Bienestar<sup>38</sup>.

Verbigracia, en el preámbulo señala como uno de sus principios de Estado el fomento del progreso social del pueblo alemán. Además se reconoce constitucionalmente una serie de derechos sociales como el derecho obrero, seguro y protección de trabajadores y empleados y la colocación de los mismos. Posteriormente en el art. 151 sobre “la vida económica” afirma que la organización de la economía debe responder a principios de justicia, con la aspiración de asegurar a todos una existencia digna del hombre. A continuación, pasa a desarrollar los

---

<sup>36</sup> BALDWIN, P., *La política de la solidaridad nacional*, Madrid, Ministerio del trabajo y la seguridad social, 1992, p.24.

<sup>37</sup> Bismarck se refirió al proyecto como “socialismo de Estado”, llegando a manifestar: “Es posible que todas nuestras políticas se deshagan cuando yo muera, pero el socialismo de Estado perdurará.” (RICHTER, W., *Bismarck*, Putman’s sons, New York, 1965, p.275.)

<sup>38</sup> Si bien se constata que es el modelo de Estado social diseñado en Weimar el que posteriormente se lleva a la práctica en el *welfare state* inglés, no podemos dejar de mencionar que ya en 1917 la constitución Mexicana había inaugurado el llamado “constitucionalismo social”. Esta constitución estableció un régimen de economía mixta con rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional, tal como se comprueban en las disposiciones constitucionales sobre derechos sociales y el derecho a la propiedad. La rectoría del Estado sobre el desarrollo nacional, según el art.25, implica que el Estado debe fomentar el crecimiento económico y el empleo y la justa distribución del ingreso y la riqueza para permitir el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales cuya seguridad garantiza la constitución.

lineamientos generales de un nuevo modelo político-económico de Estado: un ejemplo claro es el previsto en el art.153 donde limita el derecho a la propiedad al permitir el supuesto de expropiación por utilidad pública.

De ahí que, si bien la doctrina mayoritaria considera que el Estado social surge en el constitucionalismo de Weimar, aquí consideramos que trascendió a ese objetivo e incluso pretendió alterar el orden socioeconómico para crear uno compatible con la dignidad humana y la justicia social, lo que constituye el fundamento del Estado de Bienestar.<sup>39</sup> Sin embargo, la constitución fracasó con propuestas demasiado ambiciosas y sin posibilidad de desarrollarlos. Su más ferviente detractor, Carl Schmitt, desde su conocido divisionismo político, definió la irrelevancia jurídica del modelo y señaló que sus normas eran carentes de contenido, no susceptible de interpretación y reducida a simple compromiso formal.

Años después, Inglaterra adoptó y desarrolló la propuesta de Weimar en su propio programa político-económico, el *welfare state*, constituyéndose en el modelo que se implantó en Europa en los años 60 y 70 del siglo XX. Los ingleses retoman la idea original de Weimar y adoptan el concepto, dándole un sentido completamente distinto. Este concepto surge del libro "*Citizens and churchmen*" publicado en 1941 por William Temple, en el que contrapone el "Estado de bienestar" (*welfare state*) de la democracia inglesa a la de *power state* (*warfare state*) de la Alemania Nazi. Propone un tránsito del *warfare state* al *welfare state* que denote la vida en paz, la democracia, y el bienestar de los ciudadanos "de la cuna hasta la tumba", en un nuevo Estado emergente de la segunda guerra mundial<sup>40</sup>.

Con este modelo, los ingleses pretendieron ir más allá que el Estado Social heredado del socialismo de principios de siglo. El modelo sociopolítico-económico inglés promovió un amplio catálogo de servicios y seguros sociales tomando como presupuesto que el Estado podría, de modo casi universal, asegurar mínimos vitales que permitieran a todos los ciudadanos vivir dignamente y sobrellevar eventualidades como la vejez, la discapacidad, la enfermedad, el desempleo y otras causas de ingreso insuficiente. Evidentemente, para lograr sus exigentes fines, se

---

<sup>39</sup> Con respecto al trabajo como derecho y deber, el art. 163 de la Constitución de Weimar reza: "Todo alemán tiene el deber moral de emplear sus fuerzas intelectuales y físicas conforme lo exija el bien de la comunidad y sin perjuicio de su libertad personal. A todo alemán debe proporcionársele la posibilidad de ganarse el sustento mediante un trabajo productivo."

<sup>40</sup> CAMARERO, J., *El déficit social neoliberal. Del Estado de bienestar a la sociedad de la exclusión*, Santander, Sal Terrae, 1998, p.55.

requería de una economía bien organizada y un sólido fundamento teórico que permitiera prever cualquier tipo de eventualidad y tener el control en caso de crisis. Señala Sotelo que fueron dos los pilares que lo contuvieron: por un lado, el crecimiento económico continuado y por otro, el pleno empleo. Sus principales teóricos, Keynes y Beveridge, sostuvieron que la única posibilidad que tenía en capitalismo para subsistir como sistema se daría si el Estado interviniese en la economía, desde el proceso de producción hasta la distribución de la riqueza<sup>41</sup>.

A finales de los 70 cuando la economía inglesa entra en crisis, el modelo de Bienestar colapsa. Se comprueba que las políticas económicas keynesianas, además de ralentizar el crecimiento, aportaban a la inflación y con ella generaban desempleo. Resulta que el Estado no crecía tanto como para subvencionar el costoso sistema de protección social, generando excesivos gastos públicos. Además, las recetas keynesianas se mostraron falibles al momento de enfrentar su primera gran crisis fiscal y económica. Sin embargo, el colapso del Estado de Bienestar no sólo se debe exclusivamente a un error en los cálculos económicos keynesianos. En realidad, fueron muchas razones más las que llevaron al colapso del Estado de Bienestar como por ejemplo, el imparable proceso de globalización y el proceso europeísta que ponían en jaque las soberanías nacionales, lo que a su vez generó el fortalecimiento de un nuevo sistema neocapitalista que acechaba sobre el ocaso del modelo de bienestar<sup>42</sup>. En este contexto, el Estado de bienestar es fuertemente cuestionado tanto desde la izquierda, que lo denuncia como un ardid para salvaguardar los intereses del capitalismo, como desde la derecha, que critica el fuerte intervencionismo estatal en desmedro del libre mercado<sup>43</sup>. En consecuencia, de los restos del Estado de Bienestar surge el llamado "pensamiento único" del capitalismo post-industrial del siglo XX.

En 1979, la conservadora Thatcher gana las elecciones británicas en gran medida por la desilusión popular causada por el desplome del Estado de Bienestar. El objeto de su nueva política económica fue liberalizar el mercado, imponiendo un modelo económico ultra-liberal donde buscó el desmantelamiento del Estado de bienestar, acrecentar el poder de los privados y financieros, y la disminución drástica de la tributación. Sin embargo, no desmontó el Estado Social el cual se mantuvo como alternativa al derrumbe del Estado de Bienestar. Por el contrario, durante su gestión, el gasto público llegó a subir hasta el

---

<sup>41</sup> SOTELO, I., *El Estado social...*, p. 269.

<sup>42</sup> ATKINSON, A., *The economic consequences of rolling back the welfare state*, Massachusetts, Massachusetts Institute of Technology Press, 2ºed., 2001.

<sup>43</sup> CAMARERO, J., *El déficit social neoliberal...*op. cit., p.16

48.1% en 1983, lo que marcó un récord histórico, centrándose en las políticas públicas para los menores en edad escolar y ancianos<sup>44</sup>. El Estado de Bienestar, que no vio oportunidad de superar la crisis, se acopló al modelo de Estado social neoliberal de tinte asistencialista y así persista aún en nuestros días.

En conclusión, la diferencia central entre el Estado social y el Estado de Bienestar radica en que el Estado social asume el sistema capitalista, dejando a la economía de mercado actuar libremente para después, distribuir las ganancias de la actividad económica entre la población, garantizando la participación de todos en igualdad de condiciones. Por otro lado, el Estado de bienestar parte del supuesto de que el capitalismo así desplegado libremente crea un orden socio-económico injusto y contrario a la dignidad humana por lo cual el Estado debe intervenir desde la fase de producción, alterando el orden socio-económico existente y reconfigurándolo desde el principio de justicia social. Esto es evidente en la Constitución de Weimar, donde se adoptan una serie de medidas para la reconfiguración del orden socioeconómico en el título V de la Constitución.

#### **4.- LA ACTUALIDAD DEL MODELO SOCIAL EN EUROPA Y AMÉRICA LATINA**

A diferencia del sector académico que sostiene la idea del desmantelamiento del Estado de bienestar, otro sector la niega y afirma que el Estado de bienestar ha decaído en desprestigio por parte de sus detractores, quienes han malinterpretado las estadísticas con el afán de mantener el sistema capitalista como la única vía posible. En esta línea, Aponte rescata el modelo de bienestar y, partiendo de una abierta crítica a Sotelo, llega más o menos a la misma conclusión: diferencia el modelo de Estado social del Estado de bienestar, señalando que no necesariamente todo Estado social sea necesariamente de bienestar. Así afirma: "(Al referirnos al) Estado de bienestar nos estamos refiriendo a un Estado "integral" (entendiendo por tal -para fines prácticos-un Estado económico y social) en tanto que el Estado social corresponde a una de las esferas del Estado cuando su acción social adquiere significación. Una de las formas que puede adoptar ese Estado social es la de Estado social de bienestar que puede combinarse con modalidades de gestión económica estatal de distinto tipo; el grado de incidencia económica así como los resultados de aquella combinación (en términos

---

<sup>44</sup> CRAWFORD, R., y EMMERSON, C., *A survey of public spending in the UK*, London, Economic and Social Research Council, Institute for fiscal studies, September 2009.

de logros socioeconómicos) serán los que permitan decir si se está ante un Estado de bienestar o si se está ante otro tipo de Estado, desde un punto de vista "integral"<sup>45</sup>.

Actualmente en Europa, algunos sectores académicos han preferido dejar de lado la nomenclatura clásica de "Estado de bienestar" para marcar distancias entre los diferentes modelos, y se habla más de "modelos sociales europeos". Sin embargo, no constituye más que el análisis de los Estados europeos a la luz de un ideal de Estado de Bienestar propio del siglo XXI<sup>46</sup>. Moreno y Serrano entienden el modelo social europeo como "un proyecto articulado en torno a la solidaridad colectiva, la equidad social y la eficiencia productiva"<sup>47</sup>. Los principios que delimitan este modelo contrastan con otros sistemas socioeconómicos donde el individualismo mercantilizador es el rasgo característico de las políticas del bienestar o el modelo de *dumping* social que se propone como valor añadido de crecimiento económico.<sup>48</sup>

De estos, Sapir distingue cuatro tipos de modelos sociales en Europa a partir de algunas variables representativas de la equidad y la eficiencia: el modelo continental (Austria, Bélgica, Francia, Alemania y Luxemburgo), el modelo mediterráneo (Grecia, Italia, Portugal y España), el modelo anglosajón (Irlanda y Reino Unido) y el modelo nórdico (Dinamarca, Finlandia, Suecia y Países Bajos)<sup>49</sup>. A diferencia del modelo nórdico y anglosajón, considera que los modelos continental y mediterráneo son insostenibles desde un enfoque de equidad y eficacia debido a la flexibilización de estos sistemas al compás de la globalización. Señala que ambos modelos urgen de reformas estructurales pues corren riesgos de colapso que sólo las clases altas superarán estableciendo sus propias vías de salvación. Estos constituyen las 2/3 de la Unión Europea<sup>50</sup>. Por otro lado, a diferencia del modelo anglosajón y continental, el modelo nórdico se ha caracterizado por la reducción de la pobreza, protección contra riesgos del mercado de

---

<sup>45</sup> APONTE, C., ¿Estado social o Estado de bienestar en América Latina?, *Revista venezolana de análisis de coyuntura*, vol. XVIII, número 1, Enero-Julio 2012, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 2012, p.20.

<sup>46</sup> HERMANN, C. y MAHNKOPF, B., "The Past and Future of the European Social Model". *Institute for International Political Economy*, Berlin Working Paper, No. 05/2010. Berlin School of Economics and Law, 2010.

<sup>47</sup> MORENO, L. y SERRANO, A., "Modelo Social Europeo y políticas sociales: una evaluación formativa institucional", en *Gestión y análisis de políticas públicas*, nº 2, 2009, p.14

<sup>48</sup> *Ídem.*

<sup>49</sup> SAPIR, A., "Globalization and reform of European social models", en *Bruegel Policy Brief*, issue 2005, Bruegel, 2005, p. 21.

<sup>50</sup> *Ídem.*

trabajo y una mayor eficiencia y equidad. Para Sapir, en este modelo existe una relación directa entre altos niveles de igualdad y altos niveles de empleo. Los únicos modelos sostenibles y eficientes serían el modelo nórdico y el anglosajón, aunque el primero de ellos avanza más en la igualdad y reduce el riesgo de pobreza<sup>51</sup>.

Si analizamos las características teóricas estudiadas para los modelos de Estado social y el Estado de bienestar, uno entendido como modelo político-jurídico de protección social que se erige sobre el sistema capitalista y cuya función es esencialmente distributiva; y el otro entendido como un modelo político-económico de muy alta protección social y que interviene desde el proceso productivo para garantizar un orden social justo, privilegiando tanto la bienestar social como la eficiencia productiva; podemos observar que de los modelos expuestos por Sapir, el único que se corresponde con los principios del Estado de bienestar es el modelo nórdico. Los demás corresponden en mayor medida a lo que aquí hemos denominado "Estados sociales asistencialistas", producto de la injerencia del neocapitalismo en las estructuras organizativas del Estado y en su intervención en el diseño, desarrollo y ejecución de políticas públicas de bienestar social. Señala Sanchís que, en contradicción a las sombrías predicciones de la OCDE sobre el futuro de estas economías, los países nórdicos han sabido armonizar el crecimiento de sus economías con el mantenimiento de un envidiable sistema de protección social. Esto aún en un contexto internacional complicado, dada su escasa población, su débil demanda interna y la inexistencia de relaciones de comercio internacional privilegiado. Se destaca que en este modelo, el acceso a la población a los recursos no depende de las cotizaciones (como en el modelo continental o mediterráneo) ni en las necesidades (como en el modelo anglosajón), quedando así garantizado el acceso universal a los dispositivos de protección.<sup>52</sup>

Finalmente, cabe ubicarnos en los Estados latinoamericanos, que no han participado directamente de toda esta evolución de los modelos de Estado social y de Estado de Bienestar, pero que han sido receptores de los mismos. A pesar que en Latinoamérica se suele utilizar indistintamente los conceptos de Estado social y Estado de bienestar, diversos autores latinoamericanos sostienen- y de forma bastante convincente- que no es posible analizar los Estados sociales latinoamericanos desde un enfoque de "Estado de bienestar",

---

<sup>51</sup> *Ídem.*

<sup>52</sup> SANCHÍS SERRA, A., *Otra vuelta de tuerca al Estado de Bienestar*, Madrid, ed. Liber Factory, 2010, p.120.

básicamente por dos razones. En principio, critican la extrapolarización del concepto a la realidad sociopolítica latinoamericana, impropia históricamente a la tradición de los países europeos desarrollados de la segunda posguerra. En segundo lugar, rechazan que en algún país del continente se puedan dar las características de este modelo: el bienestar económico y social e institucionalidad y régimen de prevención de riesgos por parte del Estado<sup>53</sup>.

De estos autores, Filgueira ha realizado un aporte tipológico sobre los actuales Estado sociales latinoamericanos. En primer lugar, los llamados Estados sociales universal-estratificados (Chile, Argentina, Uruguay y Costa Rica) que corresponden con aquellos países considerados "pioneros" en la formación de sistemas de seguridad social en el continente, la mayoría de ellos corresponden a los países de industrialización temprana y también son los que mejor valoración de calidad institucional tienen a nivel internacional. En segundo lugar, se encuentran los Estado sociales duales (México, Colombia, Perú, Brasil, Venezuela), que son aquellos que corresponden a los intermedios en el desarrollo temporal del sistema de seguridad social y son países políticamente más fluctuantes que los anteriores y con una menor calidad institucional. En tercer lugar, están los Estados sociales excluyentes (Ecuador, Bolivia, Haití), que son los que pertenecen al desarrollo tardío de los sistemas de seguridad social e históricamente con altos niveles de pobreza y exclusión.<sup>54</sup> Barba hace referencia a la misma tipología de Filgueira, pero en su análisis el autor observó que los modelos duales y excluyentes de la región destacan por el aumento de la heterogeneidad étnico-cultural, el carácter regresivo de los sistemas de protección social y el fuerte grado de informalidad de los mercados laborales<sup>55</sup>.

## **5.- LA CONFIGURACIÓN DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO EN EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO**

Como vimos en el apartado anterior, al referirnos a "Estado social de Derecho" nos referimos al modelo político-jurídico producto del desarrollo del constitucionalismo entre los siglos XIX y XX. Como modelo

---

<sup>53</sup> Entre estos autores: BARBA, C., *Régimen de bienestar y reforma social en México*, CEPAL, Santiago, 2004 ; FILGUEIRA, F., *Cohesión social, riesgo y arquitectura de protección social en América Latina*, CEPAL, Santiago, 2007 ; y LINDERT, P., *El ascenso del sector público*, FCE, México, 2011.

<sup>54</sup> FIGUEIRA, F., *Cohesión social, riesgo y arquitectura...*, op.cit., pp. 57-60

<sup>55</sup> BARBA, C., *Régimen de bienestar y reforma social en México*, Serie Políticas Sociales, Santiago de Chile, CEPAL, 2004, p. 63.

jurídico de Estado, difiere en sus elementos al Estado de bienestar, tal y como ya lo diferenciamos. Aquí, nos centraremos exclusivamente en el análisis de sus elementos para definir la reconfiguración social del Estado, tal y como está incluida en las constituciones sociales del siglo XXI.

La aparición del modelo de Estado social de Derecho significó, para el constitucionalismo del siglo XX, un cambio de paradigma. Su desarrollo en el constitucionalismo no ha estado disociado de su desarrollo en la teoría política. Por el contrario, el constitucionalismo ha adoptado este modelo de Estado a partir de los rasgos que el devenir político le ha asignado. En este sentido, observamos que el constitucionalismo del siglo XX ha asumido dos connotaciones diametralmente opuestas del modelo de Estado social. En un primer momento, las primeras Constituciones Políticas de la posguerra asumen la connotación desarrollista del primer constitucionalismo social alemán de finales del XIX. Este fue el que posteriormente devino en el diseño del Estado de Bienestar, entendido como modelo de Estado Social desarrollista llevado a su máximas consecuencias. En un segundo momento, con el fracaso del Estado de Bienestar, el fin de la Guerra Fría y la asunción del neocapitalismo económico, el neoliberalismo político asume al Estado social de Derecho como modelo de integración político-económica, en respuesta al socialismo de Estado, buscando poner fin definitivamente a nuevas propuestas de Estados de Bienestar. La connotación de Estado social del neoliberalismo es uno de tipo asistencialista, donde se ubican los derechos sociales como programas para aminorar las desigualdades producto del capitalismo pero sobre todo para evitar el colapso social del sistema. Tener esto presente es importante para entender el desarrollo del constitucionalismo social en el siglo XX. Esta tensión de connotaciones en el seno del concepto jurídico- político de "Estado social de Derecho" ha estado presente- como veremos- en la configuración de este modelo de Estado en el constitucionalismo contemporáneo.

Con la masiva incorporación de los derechos sociales en las constituciones de los Estados a partir de la primera posguerra, se formaliza el Estado Social de Derecho. La constitucionalización del Estado social tiene sus primeras manifestaciones en la Constitución mexicana de Querétaro (1917) y en la alemana de Weimar (1919). Sin embargo, afirma García Pelayo que la idea de Estado social fue constitucionalizada por primera vez en 1949 por la Ley Fundamental de Bonn de la República Federal Alemana, al definir a ésta en su artículo 20

como un "Estado federal, democrático y social"<sup>56</sup>. Por lo mismo, afirma Fernández que es en las constituciones de la segunda posguerra cuando la cláusula de "Estado social" se hace explícita y cuando gana en consistencia y densidad jurídica.<sup>57</sup>

Un importante sector de la doctrina defiende la idea que el Estado social está íntimamente vinculado a la idea de una democracia real y participativa, en el sentido que este modelo de Estado aspira a una justicia social como garantía de la libertad y participación del individuo en una sociedad democrática<sup>58</sup>. En este sentido, es importante verificar que el estadio actual de evolución del concepto de Estado hace referencia a un Estado Social inmerso a su vez en un Estado Democrático de Derecho. Como señala Monereo: "El Estado social es también Estado de Derecho, porque la racionalidad jurídico-material no puede realizarse en un Estado Democrático sino es a través de las garantías jurídicas propias de un Estado de Derecho."<sup>59</sup> En efecto, es el principio democrático el que dota de la necesaria cohesión interna a los requisitos y garantías del Estado de Derecho con las exigencias materiales del Estado Social<sup>60</sup>. Al respecto, señala Moreno que con el concepto de "Estado social y democrático de Derecho"<sup>61</sup> se supera el carácter formal del Estado de Derecho para darle "una dimensión social,

---

<sup>56</sup> GARCÍA PELAYO, *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza Universidad, 2005, p.17

<sup>57</sup> FERNANDEZ-MIRANDA, A., "El Estado Social" EN: *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, N° 69, Año 23, Sept. /Dic. 2003

<sup>58</sup> Sobre este tema y el estado actual de la discusión, ver: MOUFFE, C., *La política democrática hoy en día*, en BUENFIL, R., (coord.), *Debates políticos contemporáneos. En los márgenes de la modernidad*, México, Plaza y Valdés Ed., 1998.

<sup>59</sup> MONEREO, J., "Hermann Heller, Un pensador para un tiempo de crisis" en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo*, México, Ed. Porrúa, 2011, p. 332-333.

<sup>60</sup> PEREZ LUÑO, A., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, 3° ed., Tecnos, 1990, pp.226-228.

<sup>61</sup> "La noción "Estado social y democrático de Derecho" no constituye una simple agregación o yuxtaposición de componentes, sino la articulación de ellos en una totalidad conceptual (...) La afirmación unilateral de un principio no puede llevar más que a su destrucción, a su degeneración o a su transformación en su contrario, lo conocido con el concepto de entropía, es decir la generación producida en una realidad que permanece cerrada en sí misma. La vigencia, pues, de cada principio no solo exige la limitación, sino también la interpretación por otros de su contenido concreto (...) hay épocas en la historia política que se caracterizan por la antítesis y el antagonismo, otras donde se ha buscado la síntesis y la integración de opuestos. Pero también hay épocas donde se trata de buscar la concordia, o si se quiere, el consenso no solo en el área de la praxis política sino también en el de sus formulaciones conceptuales e ideológicas". (GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.93)

pluralista y solidaria, mediante el derecho de participación democrática, sometido al principio de legalidad y al marco competencial constitucionalmente establecido, lo que viene a cerrar el círculo del Estado Social y Democrático de Derecho”<sup>62</sup>.

A partir de la idea de un Estado social como vía transitoria a un verdadero Estado democrático<sup>63</sup>, García ha señalado los rasgos que caracterizan al modelo actual del Estado social de Derecho. Destaca, en primer lugar, la superación de las contradicciones entre la titularidad formal de derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo. En segundo lugar, la prosecución de la llamada “procura existencial”<sup>64</sup>. En tercer lugar, sugiere una concepción de ciudadanía no exclusivamente de participación en valores y derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales. En cuarto lugar, lo define como un Estado de prestaciones, donde las obligaciones estatales viran desde un abstencionismo hacia la intervención, en mayor medida por la vía legislativa y ejecutiva. Finalmente, señala una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado, dentro de los patrones constitucionales.<sup>65</sup>

Con respecto a este último punto, sostiene que la cláusula jurídica de “Estado Social de Derecho” es una decisión política fundamental que se encuentra positivizada en una verdadera norma jurídica con rango constitucional<sup>66</sup>. Al respecto, este autor expresa que el sentido pleno de la Constitución y de cada uno de sus preceptos solo se adquiere cuando se conexas con los motivos políticos directivos o con las decisiones políticas fundamentales a las que sirven mediata o inmediatamente dichos preceptos.<sup>67</sup> De esta forma, entre las decisiones fundamentales y el sistema de normas y entidades que se despliegan de la Constitución

---

<sup>62</sup> GONZALEZ MORENO, B., *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Madrid, Civitas, 2004, p.44.

<sup>63</sup> DÍAZ, E., *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Cuadernos para el Diálogo, 4ºED, Madrid, 1975, P.106

<sup>64</sup> GARCIA PELAYO considera el concepto de “procura existencial” como la acción estatal destinada a crear las condiciones necesarias para satisfacción de aquellas necesidades vitales, que en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no puede ser satisfecha por el individuo ni por el grupo”. (GARCIA PELAYO, *ídem*).

<sup>65</sup> GARCIA PELAYO, M., *Obras completas*, Tomo II, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

<sup>66</sup> GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, 7º ed., Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 110-111.

<sup>67</sup> GARCIA PELAYO, M., *Derecho Constitucional Comparado*, 7º ed., Alianza Universidad, Madrid, 1991, pp. 110-111.

hay una relación de reciproca dependencia<sup>68</sup>. Su reconocimiento, respeto y protección vinculan al legislador, informan la aplicación del Derecho por el juez y, en general, orientan la actuación de los poderes del Estado.

Por su carácter de decisión política- fundamental constitucionalizada, Gonzáles señala que la potencialidad de esta cláusula constitucional se despliega en una triple vertiente: como fijación teleológica del Estado, como intérprete del resto del ordenamiento y como parámetro de constitucionalidad<sup>69</sup>. Como fijación teleológica del Estado, destaca que la actuación de los poderes públicos (legislativo, ejecutivo y judicial) está condicionada por la obligación de configurar la sociedad con un contenido social, y en ningún caso pueden aplicar el Derecho en un sentido contrario. Para cada uno de los poderes públicos, afirma, "la obligación social se manifiesta constitucionalmente con idéntico valor normativo"<sup>70</sup>.

En segundo lugar, la cláusula tiene un valor interpretativo del resto del ordenamiento jurídico donde manifiesta- citando a RUBIO LLORENTE- que "esa positivización de principios fundamentales, que si no da lugar a derechos exigibles, no tiene por ello menos importancia, en cuanto que constituye una directriz básica para la interpretación de la Constitución, que en ningún caso puede el juez pasar por algo y cuyo propio carácter doctrinal, si vale la expresión, dota de una elasticidad profunda a la Constitución cuyo contenido puede así acomodarse al cambio histórico y social."<sup>71</sup> Su incorporación constitucional excluye cualquier interpretación individualista de los derechos fundamentales, a fin que el disfrute de derechos se ajuste a la realidad social, unas veces reforzando su aprovechamiento con respecto a los sectores menos

---

<sup>68</sup> "La Constitución es, en efecto, la fuente suprema del ordenamiento, que crea órganos, habilita competencias, determina la potencialidad normativa de las otras fuentes y que contiene, en suma, las principales normas sobre producción jurídica del sistema jurídico. El sometimiento jerárquico de esas normas infra constitucionales a la constitución deriva precisamente de la posición de esta cómo norma suprema del ordenamiento." (BALAGUER CALLEJÓN, F., "Constitución y ordenamiento jurídico" en CARBONELL, M. (COMP.), *Teoría de la Constitución*. Ensayos escogidos, 4º ed., México, Ed. Porrúa, 2008, p.197.)

<sup>69</sup> GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op.cit., p. 61-64.

<sup>70</sup> *Ídem*.

<sup>71</sup> RUBIO LLORENTE, F., "La Constitución como fuente del Derecho", En: *La Constitución española y las fuentes del derecho*, pp. 71, citado en: GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op.cit., p.56

privilegiados; otras restringiendo el ejercicio de los derechos de los sectores más privilegiados en aras del interés social<sup>72</sup>.

Un tercer efecto es su valor como parámetro de constitucionalidad. Al respecto, la autora apoya la idea que la cláusula de Estado social pueda ser utilizada para fundamentar el recurso de inconstitucionalidad contra una ley que se presuma de ser antisocial y regresiva<sup>73</sup>. Algunos autores extienden esta posibilidad incluso a cualquier otra norma constitucional de contenido social<sup>74</sup>. Lo cierto es que al incorporarse la cláusula constitucional del Estado social y otras normas de contenido social, estas afectan la forma de interpretar la Constitución, de forma que si el poder actúa desconociendo la finalidad social, generaría una infracción constitucional. Al respecto, señala Gonzales que en el caso de la cláusula de "Estado Social", la apreciación de esta infracción se conecta indefectiblemente con una lesión del principio de igualdad, porque en ella radica propiamente el fundamento del Estado social.<sup>75</sup>

La segunda manifestación del modelo político-jurídico de Estado social es la incorporación constitucional de los derechos sociales. La cláusula jurídica-constitucional "Estado social de Derecho" y el reconocimiento constitucional de derechos sociales constituyen los dos presupuestos del actual constitucionalismo social, el cual está orientado a su garantía conjunta. La naturaleza social del Estado se manifiesta además a través de la incorporación constitucional de los valores de igualdad y libertad (ambos en su dimensión formal y fáctica), así como el principio de solidaridad y, en algunos casos, de justicia social. También, teniendo en cuenta la incorporación en la matriz del Estado social de los derechos sociales que forman parte de los derechos fundamentales, cuyo principio fundante es la dignidad humana.

En efecto, el modelo de Estado social adopta el rol promotor de los derechos sociales, pues asume la llamada "obligatoriedad social" que, en palabras de García, es "la exigencia general a los poderes públicos para la adecuación de las instituciones a las necesidades sociales, la referencia social de los derechos fundamentales que habrán de interpretarse en el sentido más favorable a su generalización material; y a la exigencia de orientar la interrelación Estado-sociedad a favor de la

---

<sup>72</sup> Al respecto ver: GARRORENA MORALES, A., *El Estado Español como Estado Social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, 103 pp.

<sup>73</sup> GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op. cit., p.65

<sup>74</sup> Esta posición la sostiene, entre otros: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1985, pp.69 y 70, y PAREJO, A., *Estado social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983, p.88.

<sup>75</sup> GONZALES MORENO, B., *El Estado social...*, op. cit., p. 65.

mayor integridad social posible del Estado.”<sup>76</sup> En atención a lo anteriormente expuesto, el Estado Social de Derecho refleja la aspiración del constitucionalismo social según el cual, en palabras de Sartori, “...solo puede conseguirse un efectivo ejercicio de los derechos fundamentales mediante la garantía, por parte del Estado, de condiciones mínimas existenciales al individuo”<sup>77</sup>. Este modelo de Estado implica la protección de los grupos socioeconómicos más vulnerables de la sociedad y el desarrollo del pluralismo “como expresión de las demandas sociales y de control sobre los órganos de poder”<sup>78</sup>. Este modelo de Estado supone un cambio de paradigma respecto a las funciones clásicas del Estado, exigiéndole su intervención a fin de asegurar la procura existencial del sujeto.

En conclusión, el Estado social analizado como modelo jurídico-político debe perseguir, en palabras de León Bourgeois<sup>79</sup>, una “sociedad de semejantes”. Castell se refiere a ésta como una sociedad diferenciada- por lo tanto jerarquizada- pero en la cual todos los miembros pueden mantener relaciones de interdependencia porque disponen de un fondo de recursos comunes. El carácter irreductible de la oposición propietarios/no propietarios queda superado así gracias a la propiedad social que asegura a los no propietarios las condiciones de su protección. En este sentido, el Estado social es el garante de esta construcción: estas protecciones son de Derecho, constituyen el modelo en expansión de los derechos sociales que proporcionan una contrapartida correcta, virtualmente universal, a los derechos civiles y a los políticos. Destaca que el rol principal del Estado Social no ha sido tanto realizar la función distributiva que se le otorga con harta frecuencia. En cambio, su rol protector ha sido esencial. La propiedad social ha rehabilitado a la “clase no propietaria” condenada a la inseguridad social permanente, procurándole el mínimo de recursos, oportunidades, y de derechos necesarios para poder constituir, a la falta de una sociedad de iguales, una “sociedad de semejantes”.<sup>80</sup>

Si el Estado social persigue una “sociedad de semejantes”, debemos entender entonces que ha superado la dimensión igualitaria de tanto se le atribuyó en sus orígenes. En este sentido, se persigue una igualdad

---

<sup>76</sup> GARCIA COTARELLO, J., “Estado Social” En GONZALES ENCINAR, J.J., *Diccionario del sistema político español*, AKAL, Madrid, 1984, pp. 272-273.

<sup>77</sup> SARTORI, G., *Elementos de teoría política*, Madrid, Alianza, 1992, p. 74.

<sup>78</sup> *Ídem*, p.74.

<sup>79</sup> BOURGEOIS, L., *Solidarité*, Paris, Bibliothèque républicaine, Le bord de l’ eau ed., 2008, 300 p.

<sup>80</sup> CASTEL, R., *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?*, 1º ed., Buenos Aires, Manantial, 2004, pp. 46-47.

de inicio, garantizando los recursos materiales necesarios para que cada quien desarrolle un proyecto individual en su entorno social. Como "garantizar los recursos materiales necesarios" requiere de la dotación de bienes y servicios por parte del Estado, se requiere su intervención en la actividad económica- como promotor y fiscalizador- de las acciones del neocapitalismo. Sobre todo en el actual mundo globalizado de inicios del siglo XXI, donde se ha comprobado que el ser humano no depende de sus propias capacidades para satisfacer sus necesidades básicas, sino que depende- cada vez en mayor medida- del mercado global. La intervención del Estado actualmente es indispensable para proteger al ser humano de la voracidad del neocapitalismo, el cual- al dejar indefenso a la persona en medio del sistema- lo consumiría como individuo para transformarlo en "objeto consumidor".

## **6.- LA ACTUAL CRISIS DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO Y LA NECESIDAD DE UNA (RE) ESTRUCTURACIÓN DE SUS FINES**

El actual proceso globalizador y la instauración del modelo político-económico neocapitalista de los años 80 del siglo pasado, provocó el cambio de las reglas del juego del Estado social e instauró nuevas reglas, la del sistema económico neoliberal, el cual generó nuevos actores sociales con una gran influencia en las decisiones económicas domésticas. La consecuencia directa de este drástico cambio fue la aparición del concepto de "Economía social de mercado" y la redefinición del concepto del "Estado Social de Derecho". En efecto, el fundamento político-jurídico del Estado social de Derecho debe partir de dos presupuestos: los requerimientos de la autonomía del individuo y el mercado como expresión de aquella autonomía y regulador social; así como la necesidad de la intervención estatal para la protección de los sectores desfavorecidos de la actividad económica, con una función en mayor medida distributiva. En definitiva, se trataba de articular dos realidades que parten de presupuestos opuestos. El problema que buscaba atajar el "Estado social de Derecho" era el de reconciliar los principios del mercado libre y el intervencionismo estatal para la protección de los intereses de la sociedad, en el convencimiento que si el Estado interviene en la economía debe hacerlo para establecer equilibrios en las relaciones sujeto-capital.

Pero este modelo nunca ha estado exento de críticas. Como veremos, el modelo ha sido criticado cada vez que se da una crisis económica a gran escala. En los últimos años- consecuencia de la actual crisis económica global iniciada en el 2008- parece haberse puesto de moda el tema de la "crisis del Estado Social de Derecho". Al tener este concepto alcances

multidisciplinarios, las críticas a este modelo de Estado han surgido desde el ámbito jurídico, político y económico de las más diversas tendencias y corrientes doctrinales. Por el lado de las corrientes neoliberales, autores como Nozick y Friedman han vuelto a ponerse en palestra para justificar las críticas al modelo de Estado social, llegando a defender incluso, en el caso de Nozick, la propuesta del “Estado mínimo” según la cual la asimetría social, producto de la defensa de la propiedad privada, no puede vulnerarse por ninguna concepción distributiva de justicia. Señala Arias que para Nozick: “A diferencia del Estado mínimo, el Estado máximo (o el Estado social) desactiva a la sociedad civil y restringe la libertad individual, sin demostrar una mayor eficacia económica”.<sup>81</sup> Igualmente Friedman ha objetado al Estado social y ha defendido la idea del liberalismo político clásico, donde la función del Estado está limitada a ciertas cuestiones como la elaboración de un marco estable, recaudación y gestión de impuestos y del gasto público, la gestión de la política monetaria, la financiación de bienes públicos, la corrección de efectos externos y una red mínima de asistencia social; mientras debe dejarse el desarrollo de la economía en manos de los ciudadanos y respecto a ella, impedir cualquier injerencia estatal. Desde este enfoque, las acciones del Estado a redistribuir la riqueza sólo provocan asistencialismo y restringen las libertades, llevando a largo plazo a los países a una crisis fiscal<sup>82</sup>.

A decir de Ovejero, la lógica de los liberales está en tenor a una teoría del Estado y la sociedad que entiende a la economía capitalista y al individuo competitivo- delimitados por un mínimo marco jurídico- como “la base de una sociedad sana y el único factor legítimo de distribución de los recursos económicos”<sup>83</sup>. En este sentido, afirma OVEJERO: “La función del Estado se considera perniciosa más allá de un mínimo social que permita a las agencias naturales del bienestar (familia, voluntariado y mercado privado) desarrollar una labor que son las únicas que pueden realizar por razones de legitimidad y eficiencia”<sup>84</sup>. Estos autores sostienen- para coronar su argumento- que los derechos sociales no son verdaderos derechos.<sup>85</sup>

---

<sup>81</sup> ARIAS, M., “La teoría del Estado mínimo: Robert Nozick” en AGUILERA, R., *Teoría del Estado Contemporáneo*, México, Porrúa, 2011, p. 399.

<sup>82</sup> NOZICK, R., *Anarquía, Estado y Utopía*, México, FCE, 1991, Capítulo VII.

<sup>83</sup> OVEJERO, F., *Proceso abierto. El socialismo después del socialismo*, Barcelona, Ed. Tusquets, 2005, p. 156.

<sup>84</sup> *Ídem*, p. 157.

<sup>85</sup> Que en opinión de Benito CASTRO CID, el nivel de apoyo que ha tenido estos argumentos constituyen la prueba más fehaciente de la crisis del Estado Social. (CASTRO CID, B., “Estado Social y crisis de los derechos económicos, sociales y culturales” en *Derechos y Libertades*, Año III, Febrero de 1998, num. 6, pp. 55-56.)

Desde la izquierda, las críticas más radicales han venido desde los seguidores del moderno marxismo, quienes señalan que el Estado social no tiene como objetivo la protección de los más débiles. Esta posición sostiene que en caso que existan actualmente diseños de políticas sociales a favor de la "nueva clase obrera", estas son en realidad disuasores del capitalismo para amortizarla y controlarla; sin que signifique una mejora cualitativa de la calidad de vida, donde además se ha generado nuevas formas de explotación social<sup>86</sup>. Por otro lado, también ha significado una ruptura en el interior de la clase obrera donde solo algunos han alcanzado beneficios sociales asistenciales mientras que otros han permanecido en la pobreza y la exclusión<sup>87</sup>. Esta situación implica la existencia de un núcleo duro de pobreza en cualquier Estado capitalista, además de discriminación dentro de la misma clase laboral.<sup>88</sup>

Actualmente, existe un acuerdo en la doctrina en la opinión que el Estado social ha sido sometido a fuertes tensiones que han puesto en duda su eficacia para encarar la nueva cuestión social del siglo XXI<sup>89</sup>. La situación a la que actualmente se enfrentan los Estados sociales es a un orden económico altamente globalizado frente a la ausencia de instituciones en el ámbito nacional y global con capacidad de respuesta para incidir sobre los problemas que afectan a la sociedad global en su conjunto. Esto sugiere que, en el orden político mundial, la razón de Estado ha dado paso a la razón de mercado<sup>90</sup>. En otras palabras, la lógica económica ha superado en razones a la lógica del Estado, la cual centraba su actuación a la protección de la persona y de su entorno, garantizando el bienestar individual y social, supeditando el desarrollo económico a tal fin. Al respecto, Strange comprueba el debilitamiento

---

<sup>86</sup> GUERRERO, D., "Competencia y monopolio en el capitalismo globalizado", en *El futuro imposible del capitalismo* (Ensayos en memoria de José María Vidal Villa), eds. MARTÍNEZ, J. y SÁNCHEZ, R., Barcelona, Icaria, 2007, pp. 115-148.

<sup>87</sup> BUSTOS, R., *Derechos sociales: exigibilidad y justicia constitucional*, Santiago, Ed. Librotecnia, 2014, p. 52.

<sup>88</sup> O' CONNOR, J., *La crisis fiscal del Estado: Lucha de clases y crisis fiscal en la década de los ochenta*, Barcelona, Península, 1981, 335 p.

<sup>89</sup> Para profundizar más en las razones políticas, sociales y económicas que originaron la crisis del Estado social actual podemos estudiar la obra de autores de diversas tendencias entre las más importantes tenemos: GIDDENS, A., *Más allá de la izquierda y la derecha. El futuro de las políticas radicales*, Madrid, Cátedra, 1996; HABERMAS, H., *La necesidad de revisión de la izquierda*, Madrid, Tecnos, 1991; SEN, A., *Bienestar, justicia y mercado*, Barcelona, Paidós, 1997, y OFFE, C., *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Madrid, Alianza, 1994.

<sup>90</sup> GUZMÁN, J., Y ROMERO, I., "Crecimiento económico, gobernabilidad democrática y desarrollo social: Un enfoque integrador", en *Problemas del Desarrollo. Revista Latinoamericana de Economía*, vol.39., num. 153, abril-junio 2008, pp. 134.

político de los Estados con transferencia de poder hacia el mercado hasta en cuatro áreas estratégicas: seguridad, producción, finanzas y conocimientos. Constata tres posiciones sobre los patrones de legitimidad de la economía política internacional de inicios del siglo XXI: 1) la asimetría entre Estados soberanos con respecto a los roles de los grandes y pequeños Estados en la economía y la sociedad 2) La debilidad de la autoridad de los Estados como consecuencia del cambio tecnológico y financiero, así como en la integración de una única economía global 3) La constatación de que algunas responsabilidades básicas de los Estados en la economía de mercado no está siendo asumida convenientemente por nadie.<sup>91</sup>

El debilitamiento del Estado en *pro* de una razón de mercado no solo ve afectada la soberanía del Estado, ya bastante menguada a estas alturas del desarrollo del neocapitalismo. Otro efecto importante es aquel que tiene con respecto a la desprotección de los ciudadanos y sus intereses, manifestándose en la vulnerabilidad de sus derechos, en mayor medida los de naturaleza social. En este sentido, sostiene Sanchís que el debilitamiento del Estado ha sido una cuestión completamente prevista por el mercado y las grandes transnacionales, para facilitar así su actuación en este esfera y salvaguardar sus intereses<sup>92</sup>. Por ello, Baumant afirma que lo que el sistema neocapitalista requiere para sostenerse son "cuasi-Estados" que conceptualiza como aquellos: "reducidos al papel (indispensable) de comisaría de policía local, para que aseguren el mínimo de orden(...) sin que vayan a interferir en la libertad de maniobra de las compañías mundiales<sup>93</sup>." Para Baumant, estos Estados son débiles y poco pueden hacer frente a las élites económicas, por lo que renuncian a la protección social de sus ciudadanos y son serviles a las exigencias de las transnacionales. Finalmente, esto implica el debilitamiento de la institucionalidad del Estado social y Democrático de Derecho como condición para la competitividad en la economía global<sup>94</sup>.

Afirma Perez Luño que los derechos sociales y el Estado Social de Derecho son dos conceptos que están plenamente implicados pues son dos aspectos mutuamente condicionados. Por ello, "si se habla de críticas, de erosión económica, institucional y cultural del Estado Social, no nos puede extrañar que todo eso no tenga sus repercusiones en al

---

<sup>91</sup> STRANGE, S., *La retirada del Estado. La difusión del poder en la economía mundial*. Barcelona, Icaria, 2003.

<sup>92</sup> SANCHÍS, A., *Otra vuelta de tuerca al Estado de bienestar*, Madrid, Ed. Liber Factory, 2010, p.120.

<sup>93</sup> BAUMANT, Z., *Inside globalization. The human consequences*, Blackwell, 1998.

<sup>94</sup> *Ídem*.

ámbito de los derechos sociales”.<sup>95</sup> Partiendo de esta idea, PISARELLO hace un interesante análisis sobre la situación actual del Estado Social y subraya la manera como la falta de garantías diseñadas para los derechos sociales afecta gravemente el bienestar de los sectores más vulnerables de la sociedad. Este autor señala que el grado de satisfacción de los derechos sociales- sobre todo en las zonas privilegiadas del planeta- ha estado a menudo ligado a las asimétricas relaciones del poder existentes entre los países y zonas periféricos. En consecuencia, señala: “(...)el acceso de los habitantes de los países ricos a niveles crecientes de consumo- incluso bajo la forma de derechos- ha tenido lugar en parte, al precio del empobrecimiento de los pueblos y regiones más vulnerables y a la negación de derechos básicos a las generaciones futuras”.<sup>96</sup>

Otro síntoma del debilitamiento del Estado social es la corrupción que se ha extendido en los Estados alrededor del mundo. La trascendencia de este elemento como factor de análisis de la actual crisis del Estado social radica en que si una de las principales obligaciones de este tipo de Estado es la dotación de recursos para satisfacer la “procura existencial”, evidentemente la mala administración del gasto público por parte de las autoridades afecta directamente a la consecución de la finalidad social. Al respecto, Aguilera y Espino afirman que las enormes complejidades que trajo consigo la puesta en marcha del Estado Social de Derecho dejaron ver que los problemas fiscales, administrativos e institucionales de los Estados pasaban factura a los derechos sociales. Sostienen que las políticas sociales tradicionales se convirtieron en una fuente inevitable de burocratización y despilfarro, desnaturalizando los fines del Estado social y consecuentemente, la real garantía a los derechos sociales. Como ejemplo analizan el derecho al trabajo donde afirman que los avances científicos y tecnológicos han debilitado este derecho hasta el punto de que actualmente es considerado un bien escaso, por lo tanto, generalizar su garantía resulta fácticamente un imposible<sup>97</sup>.

La situación de grave desconocimiento de los derechos sociales en los países de América Latina y África así como el desmantelamiento de los

---

<sup>95</sup> PEREZ LUÑO, A., “Los derechos sociales y sus críticos” En: THEOTONIO, V. y PRIETO, F., *Los derechos económicos y sociales y la crisis del Estado de bienestar*, ETEA, Córdoba, 1996, p.39

<sup>96</sup> PISARELLO, G., *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*. Madrid, Trotta, 2007, pág. 12

<sup>97</sup> AGUILERA, R., y ESPINO, D., “Fundamentos, garantía y naturaleza política de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho” en *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, Madrid, nº10, 2006-2007, p.129.

derechos sociales adquiridos en la mayor parte de Europa pone en riesgo el desarrollo económico y social de los pueblos. La crisis de los derechos sociales a inicios del siglo XXI llegó a un punto álgido que puede observarse en dos fenómenos recientes: 1) En el caso europeo, la reciente crisis griega, donde el gobierno se vio obligado a negociar su deuda con la llamada "troika", capitulando los derechos sociales básicos como trabajo y pensiones de los ciudadanos griegos 2) En América, el desconocimiento de los derechos de subsistencia (salud, alimentación, educación) orilló a los pueblos al hartazgo, propiciando un caldo de cultivo para el surgimiento de gobiernos populistas. La crisis del Estado Social sirve entonces para sostener que los derechos sociales no son "verdaderos" derechos. Por otro lado, a pesar del reconocimiento de los derechos sociales en las Constituciones y los Tratados Internacionales, lo que se da fácticamente es un vaciamiento normativo a manos de una nueva *lex mercatoria*, cada vez más global que ha debilitado drásticamente su eficacia vinculante y, con ello al alcance del mismo principio democrático y del Estado de Derecho.<sup>98</sup>

Otro punto importante a analizar para verificar la crisis del Estado social y su especial referencia con respecto a la vulneración de derechos sociales es la falta de compromiso por parte de los Estados de asumir obligaciones reales de respeto, protección y garantía de estos derechos. Como ya lo han sostenido varios autores, esta falta de compromiso no está referida a la falta de obligatoriedad de los derechos (que a estas alturas, es evidente que los son) sino a la falta de voluntad política para crear los medios legales y jurisdiccionales para garantizar su efectividad<sup>99</sup>. Al respecto, Ferrajoli sostiene que el Estado social (aunque el autor se refiere a este como *welfare state*) no ha desarrollado una normatividad específica propia, ni una teoría jurídica ni política del Estado social del Derecho. En efecto, no origina "un garantismo jurídico-social en añadidura al garantismo jurídico-liberal de

---

<sup>98</sup> ESTÉVEZ ARAUJO, J.A., *El revés del Derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p.115.

<sup>99</sup> Estos autores han sostenido que en el marco de un Estado Constitucional de Derecho, los derechos sociales son exigibles independientemente si los Estados han diseñado los mecanismos para ello. (ABRAMOVICH, V., y COURTIS, C., *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Ed. Trotta, 2004; AGUILERA, R., y ESPINO, D., "Fundamentos, garantía y naturaleza política de los derechos sociales ante la crisis del Estado social de Derecho" en *Revista Telemática de Filosofía de Derecho*, Madrid, nº10, 2006-2007; ALFONSO, V., "Derechos sociales como mandatos de optimización, su subjetivación y justiciabilidad: Un análisis empírico", en CLERICÓ, L. (Comp.), *Derechos fundamentales, principios y argumentación. Estudios sobre la teoría jurídica de Robert Alexy*, Granada, Comares, 2011; ARANGO, R., *El concepto de Derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Ed. Legis, 2º ed. 2012.)

los tradicionales derechos individuales de libertad.”<sup>100</sup> Por el contrario, consiste en un conjunto consolidado de prácticas económicas y políticas marcado por la anomia o ajuricidad, y, en cualquier caso, un rebosamiento exorbitante de la vieja forma de Estado de Derecho con su fachada constitucional. En este sentido, sostiene que el objetivo, en la fase de crisis del derecho actual, “es un garantismo de los derechos sociales casi completamente por fundar, y una galantismo de las libertades individuales en gran medida por restaurar.”<sup>101</sup>

Muy a pesar de la llamada crisis del modelo, lo que es evidente es que aún sigue siendo el único modelo de Estado que, en alguna medida, garantiza el bienestar social a partir del ejercicio de derechos liberales y sociales para la constitución de un verdadero Estado Democrático. Aún no se han visto soluciones alternas, a no ser aquellas que provienen de los sectores más conservadores que postulan su desaparición. Si bien el Estado social de Derecho llegó a utilizarse como justificación socio-política del modelo neoliberal, lo cierto es que actualmente constituye el único modelo que se erige sobre los valores de igualdad, solidaridad y justicia social. Sin embargo, en el último decenio ha entrado en una tensión dialéctica, que ha originado su crisis. En este sentido, el “Estado fuerte” que requieren los derechos fundamentales para encontrar su garantía y ejecución está cediendo ante los avances de la globalización del mercado y el debilitamiento de las economías y políticas estatales.

Al respecto, PIKETTY afirma que el neocapitalismo instaurado después de la caída del muro de Berlín en todo el mundo significó un “retorno” al acelerado crecimiento de la desigualdad en el mundo, debido a la política del “*laissez faire*”. Este autor sostiene la tesis que el crecimiento de la desigualdad es inherente al capitalismo. En efecto, afirma que: “La gran crisis de 1914-1945 con la destrucción de capital por la inflación, las dos guerras mundiales y la Gran Depresión, sumado a cambios institucionales, como la creación del Estado de Bienestar, revirtieron un poco el proceso de creciente desigualdad que veíamos desde la revolución industrial”. Para el autor de *Capital in the 21st Century*, el capitalismo tiene un rasgo inherente a su funcionamiento: una creciente desigualdad que tarde o temprano será “intolerable”<sup>102</sup>. Esta situación ha devenido en una ineficacia del imperativo constitucional de la

---

<sup>100</sup> FERRAJOLI, L., “Stato sociale e estato diritto”, publicado en *Política del Diritto*, a.XIII, núm. 1, marzo 1982, (trad. Italiano de Alexei Julio y Gerardo Pisarello en ABRAMOVICH, V. AÑÓN, M. J. Y COURTIS, Ch. (comp.) *Derechos sociales: Instrucciones de Uso*, México, Fontamara, 2003, pp. 7-21 y p. 12.

<sup>101</sup> *Ídem*, p. 21

<sup>102</sup> PIKETTY, T., *Capital in the twenty-first century*, New York, Belknap Press, 2014, pp.669.

cláusula "Estado social" y ha desnaturalizado la búsqueda de un Estado de bienestar social, causando lo que es conocido como "crisis del Estado Social de Derecho"<sup>103</sup>

Señala Fernández que para el jurista solo cabría hablar de crisis del Estado Social entendido como cláusula jurídico-constitucional, ante la evidencia del fracaso en su pretensión normativa<sup>104</sup>. Si tomamos como presupuesto que la cláusula del Estado social es una decisión política fundamental incorporada a la constitución que aspira a alguna forma de estado de bienestar, entonces el fracaso de su pretensión normativa no se refleja en la facticidad sino en la falta de creación de mecanismos formales para lograr sus fines. En efecto, como señalara Garrido: "la esencia de la norma jurídica no está tanto en los objetivos que se pretenden alcanzar, cuanto en instrumentalizar los medios para conseguirlos."<sup>105</sup> En efecto, la crisis radica en la política ineficaz e insuficiente aplicada por los Estados para concretizar la finalidad normativa última de la cláusula jurídico-constitucional del "Estado social de Derecho". Esta cláusula no sólo está vinculada al reconocimiento de los derechos sociales fundamentales sino que además, actúa como principio inspirador de las políticas públicas diseñadas por el Estado para la satisfacción de las necesidades sociales así como parámetro de constitucionalidad de todo el ordenamiento jurídico.

A modo de ejemplo, señala PISARELLO que el núcleo duro de las políticas sociales emprendidas tras las crisis del Estado Social tradicional no ha perseguido la garantía de los derechos sociales generalizables, es decir, de expectativas estables sustraídas a las coyunturas políticas e indisponibles para los poderes de turno. Afirma que más bien, han generado intervenciones selectivas que, más que buscar la igualdad material, ha operado como concesiones revocables y discrecionales, cuando no auténticas medidas de control de pobres. Si como producto de la restauración neoliberal, las garantías legislativas y administrativas

---

<sup>103</sup> "Los procesos de globalización, que no solo de naturaleza económica, nos presentan lo limitado de nuestro escenario social, los riesgos e incertidumbres que se encuentran ligados nuestros destinos colectivos. El tradicional Estado soberanos ya no se concibe como algo indivisible, sino como algo compartido con agencias internacionales, si los Estados ya no tienen control sobre sus propios territorios, y si la fronteras territoriales y políticas son cada vez más difusas y permeables, los principios fundamentales de la democracia liberal, es decir, el autogobierno, el demos, el consenso, la representación y la soberanía popular se vuelven problemáticos". (MCGREW, A., "Globalization and Territorial Democracy", en MCGREW, A., (comp.) *The Transformation of Democracy?*, Cambridge, 1997.)

<sup>104</sup> FERNÁNDEZ-MIRANDA, A., *El Estado social...*, op.cit., p.140.

<sup>105</sup> GARRIDO FALLA, F., y otros, *Comentarios a la constitución*, Civitas, Madrid, 1985, p.70.

de los derechos sociales han tenido a desmoronarse ante los fuertes e indiscutibles mecanismos de protección de los derechos patrimoniales, las garantías jurisdiccionales tampoco han contribuido para contrarrestar esta tendencia.<sup>106</sup>Entonces, la verdadera crisis se da por razones extrajurídicas las cuales no ponen en evidencia la ineficacia normativa del modelo de Estado social; sino el hecho de que el modelo no es aplicado observando sus instrucciones de uso. Lo que se evidencia es que el modelo de Estado ha sido manipulado por las élites políticas gobernantes a conveniencia, desnaturalizando su naturaleza y fines propios.

## **7.- PROPUESTA DE UN NUEVO MODELO DESARROLLISTA PARA EL SIGLO XXI**

Desde hace algunos años, un importante sector de la doctrina constitucional viene insistiendo en la existencia de una crisis estructural del Estado Social de Derecho entendido como un prototipo de Estado de bienestar. Por lo mismo, desde aquí se propone que el Estado social debe reestructurarse en sus fines, tomando como punto de partida ya no un Estado social de tinte asistencialista, sino constituirse como uno de tipo desarrollista, el cual no tiene como objetivo exclusivo el control de la pobreza y el asistencialismo mínimo sino el desarrollo de la capacidad de autonomía y la plena realización de la persona en la sociedad. Esta reestructuración del Estado Social se hace necesaria por el surgimiento de una nueva "cuestión social"; que en palabras de Monereo son "situaciones sociales que han mutado y para las cuales el modelo de Estado Social no es suficiente y que genera distintas formas de pobreza y exclusión"<sup>107</sup>. Aquí, al referirnos a un modelo desarrollista de Estado, debemos distanciarnos del "Estado desarrollista" que toma auge en los años 80 del siglo pasado y que hacía referencia a una teoría del desarrollo desde las ciencias económicas, el cual tuvo como objetivo principal el logro del desarrollo económico. Para nosotros, insertar el elemento desarrollista en el núcleo del Estado social no tiene como objetivo el crecimiento del desarrollo económico, sino lo toma como una condición y consecuencia, cerrándose en una especie de círculo virtuoso. Para explicar la propuesta, es necesario hacer referencia al desarrollo histórico del Estado social, tal como lo hicimos en la primera parte de este trabajo. Evidentemente, en su origen es posible observar la tensión

---

<sup>106</sup> PISARELLO, G., *Los derechos sociales...*, op.cit., p.14.

<sup>107</sup> MONEREO, C., *Ideologías jurídicas y cuestión social: Los orígenes de los derechos sociales en España*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, pp. 392.

de ambos modelos: el modelo asistencialista y el modelo desarrollista. El modelo desarrollista nace de la preocupación de los precursores del Estado social por equilibrar las fuerzas de trabajo a fin que tanto capitalistas como obreros puedan lograr sus proyectos vitales, buscando dar solución a la cuestión social desde el capitalismo. El modelo asistencialista surge como respuesta conservadora frente a la amenaza de un Estado obrero, donde no se busca tanto resolver la cuestión social, sino mantener en control a la clase obrera y evitar las revoluciones que pusieran en peligro el sistema económico imperante. En la actualidad, el modelo asistencialista es el que predomina en nuestros actuales Estados constitucionales y el cual surge como alternativa al socialismo de Estado ante el auge del neocapitalismo postkeynesiano. En contraparte, el modelo desarrollista es el que cae en desprestigio después del fracaso del *welfare state*, manteniéndose el algunos pocos Estados europeos.

La concepción desarrollista se propone, en palabras de Monereo: "garantizar la satisfacción de las necesidades fundamentales de los individuos (...) teniendo en cuenta el carácter expansivo de este tipo de necesidades humanas y la variabilidad y el progreso de enriquecimiento de la noción de bienestar social".<sup>108</sup> Su principal objetivo es el desarrollo de la autonomía y potencialización de las capacidades para la plena realización individual en la sociedad, a fin de que todos gocemos de las mismas oportunidades de realización. En efecto, no persigue simplemente la erradicación de la pobreza a través del asistencialismo, sino la igualdad de acceso a las oportunidades de desarrollo para la totalidad de los sujetos.

Un nuevo modelo de Estado social desarrollista debe retomar los fines que le dieron origen así como colocar los derechos fundamentales- con especial énfasis en los derechos sociales- en el centro de la acción estatal, garantizando su progresiva eficacia ante las nuevas circunstancias agravadas de la globalización, la tecnología y el mercado. Este Estado debe contar con los fundamentos ideológicos, jurídicos y políticos para enfrentar la nueva "cuestión social" -originada por nuevas manifestaciones de exclusión y desventaja social producto de una nueva economía global- la cual exige "la redefinición del Estado social mediante un conjunto de medidas de intervención jurídica e institucional que conlleven un cambio profundo en la noción de

---

<sup>108</sup> MONEREO PÉREZ, J., "La política social en el Estado de Bienestar: los derechos sociales de ciudadanía como derechos de "desmercantilización"", en *Revista del Trabajo y la Seguridad Social*, num. 19, 1995, p. 13.

ciudadanía entendida hasta ahora en términos de pertenencia a un Estado nacional, y también, una transformación en la visión debilitada de los derechos sociales a favor de la defensa de auténticos derechos sociales constitucionalizados”.<sup>109</sup>

El tránsito del Estado social asistencialista hacía uno desarrollista implica a su vez, un cambio de concepción antropológica: ya no hablamos de un hombre desvalido que requiere asistencia, sino de uno que posee potencial para su autodesarrollo y que requiere incentivo. Este cambio trae aparejado un cambio de concepción en la noción de justicia en el seno del Estado social, donde se traslada de una visión de justicia distributiva a una que contemple además la justicia compensatoria. Al respecto afirma Arango que la complejidad de una teoría adecuada de los derechos sociales fundamentales- que permita su garantía y protección a nivel constitucional- abarca diversas cuestiones, entre las que está que la concepción de derechos sociales surge aparejada a una noción de justicia distributiva, el cual sólo puede llevarse a cabo en el seno de un Estado social (entendido como Estado de bienestar) a través de políticas públicas.

Señala Arango que es ésta concepción la que debe ser superada para poder considerar los derechos sociales fundamentales como verdaderos derechos de protección constitucional en el seno del Estado social de Derecho. Es decir, la justicia distributiva debe estar en la esencia del Estado social de Derecho como principio de actuación de los poderes públicos en el diseño de las políticas públicas pero además la justicia compensatoria debe estar en la esencia de los derechos sociales fundamentales considerados como derechos subjetivos; pues señala que la justicia compensatoria “busca colocar en pie de igualdad, en el mismo punto de partida, a las personas que por circunstancias personales no se pueden ayudar a sí mismas frente a otras que sí están en pleno uso de sus capacidades.”<sup>110</sup>. En este sentido, “los derechos sociales fundamentales se basan en la justicia compensatoria, no en la justicia distributiva”<sup>111</sup>.

Para el autor, la relación entre derechos sociales fundamentales y políticas públicas equivale a la que existe entre justicia compensatoria y justicia distributiva. En este sentido, afirma: “Mientras en el primer caso

---

<sup>109</sup> MONEREO ATIENZA, C., *Ideologías Jurídicas...*, op.cit. p.50

<sup>110</sup> ARANGO, R., *Democracia social: Un proyecto pendiente*, México, Ed. Fontamara, 2012, p.126

<sup>111</sup> *Idem*, p. 127

existen criterios objetivos que permiten la atribución de derechos públicos subjetivos en cabeza de personas que por su situación deben recibir una protección constitucional especial; en el segundo caso, las prestaciones sociales que van más allá del mínimo social necesario para la satisfacción integral de todas las necesidades de la persona considerada un miembro igual en consideración y respeto de la comunidad, son materia de políticas públicas del Estado cuya competencia está atribuida al legislador democrático<sup>112</sup>.” Consecuentemente, la clásica noción de justicia como compensatoria del Estado liberal, entendida como la justiciabilidad de una situación de vulneración del derecho fundamental en una situación de enfrentamiento de intereses (individuo-Estado), debe ampliarse y abarcar también la noción de justicia distributiva, donde se justiciabilice también supuestos en donde no exista conflicto de partes, sino inadecuación a las exigencias de la justicia social. En conclusión, la justicia compensatoria es el fundamento jurídico-axiológico de los derechos sociales fundamentales mientras que la justicia distributiva constituye un principio axiológico del Estado social de Derecho; el cual, entendido como decisión político-constitucional, condiciona la actuación del poder político. El Estado social entendido como Estado desarrollista, debe abarcar ambos conceptos de justicia para hacer efectivos sus fines.

## 8. CONCLUSIONES

Hasta aquí, hemos visto como la figura del Estado ha sido trastocada por el imparable e inevitable proceso de globalización a inicios del siglo XXI que ha significado, entre muchas otras cosas, la liberalización de la economía, la desregularización financiera, la desreglamentación del sector industrial, la mundialización empresarial con sus evidentes y nefastas consecuencias; como la pérdida de soberanía de los Estados en la economía y las relaciones internacionales, la desprotección de los derechos sociales y, en efecto, el crecimiento de la desigualdad en el mundo, donde el 1% más rico del mundo tiene tanto patrimonio como el resto del mundo junto<sup>113</sup>.

---

<sup>112</sup> *Idem.* P. 128

<sup>113</sup> “Esta enorme brecha entre privilegiados y el resto de la humanidad, lejos de suturarse, ha seguido ampliándose desde el inicio de la Gran Recesión, en 2008. La estadística de Credit Suisse, una de las más fiables, solo deja una lectura posible: los ricos saldrán de la crisis siendo más ricos, tanto en términos absolutos como relativos, y los pobres, relativamente más pobres.” Noticia del Periódico “*El País*”, [http://economia.elpais.com/economia/2015/10/13/actualidad/1444760736\\_267255.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/10/13/actualidad/1444760736_267255.html), visto el 27-11-2015.

La aparición del Estado social del Derecho responde al momento histórico preciso en el que se buscaba dar respuesta a la "cuestión social" del siglo XIX, con la intención de conciliar a los capitalistas con la clase obrera, a fin de que estos últimos tuvieran garantizado las condiciones mínimas de bienestar y acceder a oportunidades de desarrollo. En este sentido, el Estado sería el contrapoder del capitalismo económico, sirviendo de contrapeso en las relaciones desiguales del poder económico entre capitalistas y obreros. Como vimos, esta idea inicial desarrollista está en constante tensión cuando la balanza de equilibrio se inclina hacia el capitalismo y aparece el asistencialismo como fin del Estado social. Así, desarrollismo y asistencialismo son los fines del Estado social dependiendo del momento en que la balanza se inclina hacia la garantía del capital o la garantía de los derechos sociales.

En la actualidad, resulta más que evidente que la balanza hace mucho está en posición favorable al capitalismo. Esto implica que el contrapoder del Estado no ha sido eficaz en el equilibrio social; lo que ha ocasionado la pérdida de los logros obtenidos por los movimientos sociales del último siglo. Aún más, el capitalismo del siglo XXI ha originado la aparición de una nueva cuestión social, que ha mutado y se ha agravado con la crisis económica iniciada en el 2008 y que ha evidenciado un sistema económico perverso que altera la vida social no sólo con respecto a las necesidades fundamentales, sino además a temas como la protección del medioambiente o la aparición de nuevas amenazas a la seguridad colectiva.

En este contexto, la cuestión radica en decidir si se desmantela el Estado social por ineficaz o si se refuerza el modelo, analizando sus elementos y verificando si lo que hemos desarrollado ha sido efectivamente aplicar el modelo social al Estado. Por ellos aquí hemos analizado sus elementos desde el origen ideológico del modelo hasta su adopción como modelo asistencialista a partir de los años 80 cuando emerge el neocapitalismo y la razón de mercado. Como lo evidenciamos en su momento, al analizar al Estado Social de Derecho como cláusula jurídico-constitucional señalamos que sólo se puede hablar de crisis del modelo con respecto a su función prescriptiva pero esto sólo es posible si el Estado ha asumido los elementos del Estado social de Derecho obedeciendo a su obligatoriedad social y ha fracasado. Evidentemente, esto no ha sido así, concluyendo aquí entonces que el modelo político-jurídico de Estado social no ha fracasado sino que sigue siendo el único modelo capaz de fortalecer el Estado desde sus bases sociales, garantizando la participación en las ganancias económicas de todos en igualdad de condiciones y propiciar así el desarrollo del Estado en todas

sus dimensiones. Para ello, habría que observar desde una perspectiva comparada nuestro Estados sociales enunciativos con los Estado sociales de bienestar que en Europa han logrado consolidar el modelo y llevarlo a otro nivel.

Como conclusión, aquí se ha propuesto una nueva forma de entender el Estado social con un enfoque desarrollista lo que implica retomar la postura de los orígenes del modelo, antes de la solución pragmática bismarckiana. Pero el modelo desarrollista requiere además un cambio de perspectiva antropológica hacia un sujeto capaz de desarrollarse y potenciar sus capacidades; lo que a su vez implica un cambio de visión de la justicia, que incluya la clásica justicia distributiva pero que también contemple la justicia compensatoria. El enfoque desarrollista debe dar oportunidad al Estado social de verificar si es capaz de resolver las nuevas exigencias sociales del siglo XXI, aquello que el enfoque asistencialista no ha logrado.

# EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO. DERECHOS CIVILES Y DERECHOS HUMANOS AFECTADOS EN DIFERENTES PAÍSES\*

## THE SAME-SEX MARRIAGE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW. CIVIL RIGHTS AND HUMAN RIGHTS AFFECTED IN DIFFERENT COUNTRIES.

Elena Tordesillas Escudero\*\*

**RESUMEN:** Esta investigación comienza con una introducción y un debate acerca del derecho al matrimonio. Después, consta de tres grandes bloques (España, la Unión Europea y otros países de la Comunidad Internacional) en los que se indaga sobre cómo distintos ordenamientos regulan figuras jurídicas accesibles para parejas del mismo sexo, y cómo en muchos de ellos existe normativa que ignora, limita o condena las relaciones homosexuales. Por último, se exponen una serie de medidas para paliar la alteración del estatus en el espacio, así como una serie de conclusiones acerca de todo lo descubierto.

**ABSTRACT:** *This research begins with an introduction and a debate about the right to marry. After, it consists of three large blocks (Spain, the European Union and other countries of the international community) in which we investigate how different jurisdictions regulate legal figures that are accessible to same-sex couples, and how many of them have regulations that ignore, limit or condemn homosexual relationships. Finally, there are a series of measures to alleviate the alteration of status in space as well as a series of conclusions about the discovered information.*

**PALABRAS CLAVE:** Matrimonio, homosexual, Derecho Internacional Privado, derechos humanos.

**KEYWORDS:** *Same-sex marriage, Private International Law, human rights.*

**Fecha de recepción: 02/05/2016**

**Fecha de aceptación: 07/06/2016**

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3177>

---

\*Trabajo de Fin de Grado original "El matrimonio entre personas del mismo sexo en Derecho Internacional Privado", tutorizado por la Doctora en Derecho Celia María Caamiña Domínguez, profesora de Derecho Internacional Privado de la Universidad Carlos III de Madrid.

\*\*Doble Graduada en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [100275539@alumnos.uc3m.es](mailto:100275539@alumnos.uc3m.es)

## 1. INTRODUCCIÓN

La institución matrimonial ha sido el medio a través del cual un hombre y una mujer establecen una unión que otorga derechos y constituye obligaciones de forma recíproca. Los cambios sociales producidos a finales del siglo XX y principios del XXI, en relación al reconocimiento de derechos de personas homosexuales, han comenzado a abrir la puerta en algunas legislaciones modernas a unos enlaces en los que dos personas, no ya sólo hombre y mujer, pueden unirse por medio del matrimonio y/o figuras análogas. Este reconocimiento ha seguido una progresión lenta y costosa ya que simplemente la palabra matrimonio, proveniente de latín, posee en su raíz el término *matr-*, de *mater* y *matris* (madre), y *-monium*, que tiene un origen menos claro pero que podría traducirse como "carga" o "calidad de", a lo que también se suma la definición que realizó Modestino (jurista posclásico destacado) en el Digesto de Justiniano publicado en el año 533, señalando que se trataba de "*coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*", lo que implicaba una unión de por vida entre hombre y mujer, y consorcio de derecho divino y humano<sup>1</sup>. En este sentido, y en un contexto en el que las diferentes culturas siguen una evolución diferente en lo referente a derechos sociales y su forma de introducirlos en sus ordenamientos, es necesario discernir qué se entiende por matrimonio en el ámbito internacional y qué efectos va a tener este cuando se traspasan fronteras, y cómo va a afectar eso a los cónyuges y al contenido de su unión.

El matrimonio se ha configurado durante años como el origen del núcleo familiar, de ahí que su regulación se considere tan relevante en lo relativo al desarrollo personal y social del individuo. A pesar de ello, actualmente no se constituye como el modelo único de familia, pues cada vez se registran más formas de relacionarse y elaborar un entorno familiar, y la perspectiva desde la cual se puede observar este escenario va a variar de unos lugares a otros, tal y como afirma Mercedes Soto Moya: "*La familia es una realidad social que no se presenta como una categoría inmutable, sino como una institución que cambia en función de las coordenadas espaciales y temporales*"<sup>2</sup>. De este modo, la familia

---

<sup>1</sup>M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta: 19 de Junio de 2015).

<sup>2</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 17.

se asienta como un fenómeno no sujeto a un modelo único de existencia, sino como una pluralidad de formas en las que lo importante es la historia y prácticas comunes que unen a sus componentes. Si bien es cierto que la familia puede ordenarse de diversos modos, es en la mayoría de los casos el resultado de la unión entre dos personas, que plasman su alianza por medio de los diferentes instrumentos legales o, incluso, sin que medie tal contrato. A su vez, esta realidad social de diversidad familiar se desprende también de lo establecido por el TC<sup>3</sup>, pues no lo limita sólo a lo construido alrededor de un matrimonio, sino que puede plasmarse en formatos variados, de manera que el contenido del art. 32 de la CE no se reduzca únicamente a uno.

Así, el matrimonio se asienta, en términos generales, como la base de la familia en todas las culturas existentes y, teniendo en cuenta el fenómeno de la globalización, cada vez se celebran con mayor frecuencia entre personas con diferente nacionalidad. Por ello, puede decirse que en el contexto internacional existe el derecho a contraer matrimonio libremente, o *jus connubii*, cuya trascendencia en los distintos ordenamientos no es tan fácil de desentrañar. Si bien es cierto que aparece regulado en el ámbito internacional, como es el caso del Convenio Europeo de los Derechos Humanos o la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>4</sup>, en ninguno de los textos se reconoce de manera absoluta a todos los individuos y en cualquier circunstancia, pues no aparece en ellos la posibilidad de que esta celebración pueda tener lugar entre personas del mismo sexo. De este modo, se habla de tal derecho en tanto el matrimonio vincule a un hombre y a una mujer que prestan su consentimiento, una vez superada la edad núbil. Según la Carta de Derechos Fundamentales de la UE en su art. 9, el ejercicio de esta facultad, además, es regulado por cada Estado soberano según sus leyes nacionales, de forma que el derecho se configura en cada ordenamiento según regule su legislador, siendo tan válido que éste admita que accedan también al matrimonio personas del mismo sexo

---

<sup>3</sup>Vid. a este respecto la Sentencia del TC 22/2010 de 27 de Abril. Disponible en: <http://www.legaltoday.com/informacion-juridica/jurisprudencia/constitucional-y-comunitario/sentencia-num-10262004-tribunal-constitucional-madrid-27-04-2010> (Consulta: 8 de Noviembre de 2015).

<sup>4</sup>Artículos 12 y 16, respectivamente. Disponible en: <http://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1979-24010> y <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/1948-DeclaracionUniversal.htm?qclid=Cj0KEQIAyIayBRDo4vjdqJrgxZ0BEiQAHOYCYHBXLXb6EGEih7uP6GKeVMBqB8JHG5sGxz9CWTUaSwMaAhXO8P8HAQ> (Consulta: 10 de Noviembre de 2015).

como que sea una institución reservada exclusivamente a la unión entre un hombre y una mujer<sup>5</sup>.

A tenor de lo retratado anteriormente, se deduce que la institución matrimonial en Derecho Internacional Privado es tan compleja como variable, en función de la situación espacial en la que nos encontremos, ya que el régimen jurídico de este contrato puede variar de una legislación a otra, pues las normas que lo regulan pueden variar entre un país islámico, por ejemplo, y las de un país europeo. Además, los ritos a través de los cuales puede celebrarse son también diversos, y pueden comprender desde un matrimonio en forma privada (civil), hasta un matrimonio en forma religiosa (bien de manera obligatoria o voluntaria) o la libertad de elegir la forma dentro las legales permitidas en el Estado donde se oficia.

Para dilucidar la situación en la que se encuentra la regulación de una unión entre personas del mismo sexo, es necesario saber qué relevancia tiene esa equivalencia de género, es decir, determinar la naturaleza jurídica del sexo de los contrayentes<sup>6</sup>. De un lado, un sector doctrinal establece que es una cuestión de capacidad matrimonial, lo que implica, en el caso español, que se debe acudir a la ley nacional del contrayente para determinarla, según el art. 9 de nuestro Código Civil. De otro lado, otro sector la declara un elemento subjetivo consustancial a la institución del matrimonio, caso en el que sería suficiente el consentimiento de dos personas para poder celebrar el matrimonio<sup>7</sup>.

Asimismo, cabe destacar las diversas herramientas con las que cuenta el Derecho Internacional Privado para resolver cuál debe ser la ley aplicable en relación a la capacidad matrimonial y en referencia a lo mencionado anteriormente, a saber: a) "*sistema anti-bloqueo*" (o "*sistema belga*"), que establece la posibilidad de celebrar el matrimonio siempre que alguno de los desposados sea nacional de un Estado en el que se admita el enlace entre personas del mismo sexo<sup>8</sup>, lo que permite una mayor apertura de la institución y no verse restringido el derecho para aquellas situaciones en las que en su país de origen no va a tener efectos este vínculo; b) "*el Orden Público Internacional absoluto*", por lo

---

<sup>5</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 84.

<sup>6</sup>S. SÁNCHEZ LORENZO, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715.

<sup>7</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 15ª edición, 2014-2015, p. 111.

<sup>8</sup>S. SÁNCHEZ LORENZO, *La integración de los extranjeros. Un análisis transversal desde Andalucía*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 685-715.

cual se rechaza la ley extranjera siempre que ésta menoscabe el contenido de la ley donde se pretende celebrar la unión, tal y como se registra en España<sup>9</sup>; y c) "sistema del requisito objetivo del matrimonio", la cual considera que el sexo no es una cuestión de capacidad matrimonial sino un requisito objetivo del matrimonio, tal y como se ha citado anteriormente, de manera que si existiese una laguna legal (como en el caso español), se aplica la ley del país donde se celebra el matrimonio<sup>10</sup>.

Por último, es importante tener en cuenta que la mayoría de Estados que permiten la celebración entre las personas del mismo sexo, y no sólo para sus nacionales sino también para extranjeros (generalmente con algunas condiciones), asumen una posición denominada tesis positiva, postura que permanece aunque en sus países de origen no se permitan este tipo de uniones. No se pretende con ello favorecer la existencia de "matrimonios claudicantes", es decir, que no surten efectos fuera de las fronteras donde se llevan a cabo, sino, más bien, proteger tanto el derecho del individuo como sus ordenamientos jurídicos, aplicando las reglas que previamente se han establecido para poder resolver estos casos de la forma más equitativa y coherente posible, ya que el hecho de que la regulación del Estado de procedencia del extranjero no contemple esta posibilidad no debe ser óbice para aplicar la normativa del propio país encargado de celebrarlo, ni trampolín para aceptar preceptos que vulneren el Orden Público Internacional de un país y, en definitiva, desembocar en una restricción de derechos que dicho país no concibe a la luz de lo decretado en su ordenamiento jurídico.

## **2. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA DEL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO**

### **2.1 Argumentos a favor**

---

<sup>9</sup> ESPAÑA, 2006. Resolución-Circular de 1 de Junio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonio civil entre personas del mismo sexo. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338971074?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Boletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones\\_de\\_la\\_Direccion\\_General\\_de\\_los\\_Registros\\_y\\_del\\_Notariado.PDF&blobheadervalue2=1215327870555](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338971074?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Boletin&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DResoluciones_de_la_Direccion_General_de_los_Registros_y_del_Notariado.PDF&blobheadervalue2=1215327870555) (Consulta: 29 de Junio de 2015).

<sup>10</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Matrimonio y parejas de hecho, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, 15ª edición, 2014-2015, p. 112.

No sería extraño comenzar este apartado señalando aquellos fundamentos constitucionales que dan sentido a la apertura de la institución matrimonial a las personas homosexuales. Hablamos, pues, de la igualdad de las personas y el principio de prohibición de la discriminación, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, y *“es específicamente en la igualdad en donde hay que dedicar especial atención a la protección de la orientación sexual”*<sup>11</sup>. Atendiendo a la CE, el derecho a la igualdad lo encontramos en el art.14, dentro del grupo de Derechos Fundamentales, especialmente protegidos, y que, aunque no se señale la orientación sexual como un motivo expresamente establecido por el que no cabe discriminación, sí que podría encuadrarse dentro de su parte final *“cualquier otra condición o circunstancia personal o social”*, una cláusula a la que el TC le ha otorgado un carácter expansivo<sup>12</sup>. Del mismo modo, si acudimos, por ejemplo, al contenido del Derecho comunitario, encontramos que el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea sí dispone de forma expresa que la orientación sexual no puede ser objeto de discriminación. En ese sentido, no hay mejor forma de no discriminar que estableciendo los mismos derechos para todos los ciudadanos, ya que de otro modo estaríamos hablando de una exclusión creadora de clandestinidad y de dificultad de control jurídico<sup>13</sup>. Igualmente, reconociendo el derecho al matrimonio a las personas homosexuales se está llevando a cabo *“una interpretación más respetuosa con el potencial de libertad, igualdad, justicia y pluralismo”*<sup>14</sup>, lo que se traduce en una eliminación de la segregación por razón de orientación sexual.

En lo relativo a la dignidad de la persona y el libre desarrollo de su personalidad, fundamentos recogidos en el art. 10.1 CE, o la dignidad en el art.1 de la DUDH y del CEDH, la homosexualidad es un rasgo íntimamente ligado a ellos<sup>15</sup>, y sin duda se puede vincular también con el matrimonio que, además de los efectos que pueda tener entre los cónyuges, es una manera de fortalecer el libre desarrollo de la

---

<sup>11</sup> M. MARTÍN SÁNCHEZ, *Matrimonio homosexual y Constitución*, Tirant Lo Blanch, 2008, p.31.

<sup>12</sup> *Vid.* a este respecto la Sentencia del TC 22/1981, de 2 de Julio.

<sup>13</sup> M. O. SÁNCHEZ MARTÍNEZ, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿la familia en crisis?*, Cuadernos de la Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Universidad de Alcalá, 2010, p. 101.

<sup>14</sup> N. Pérez Cánovas, *Homosexualidad, homosexuales y uniones homosexuales en el Derecho español*, Comares, 1996, p. 120.

<sup>15</sup> F. REY MARTÍNEZ, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 73, 2005, pp. 137.

afectividad y de la sexualidad<sup>16</sup>. Esta garantía de libre desarrollo de la personalidad debe orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales<sup>17</sup>, lo que cobra sentido cuando se reconoce el matrimonio también a las personas homosexuales.

No se puede ignorar tampoco, por otra parte, que a través del matrimonio también se reconoce el derecho a fundar una familia (art. 9 CEDH) y se asegura su protección (art 39.1 CE). Valorando, en relación con lo anterior, que la exigencia de la diversidad de sexos en el matrimonio sólo puede responder, de forma lógica, a la formación de una familia a través de la reproducción entre los cónyuges, podría decirse que son *“censurables las posiciones que apoyan la superioridad de la función social del matrimonio en su carácter de «comunidad procreadora o de paternidad/maternidad potencial»”*<sup>18</sup>, en tanto que pretenden definir cuál es el papel de los cónyuges y cómo deberían funcionar sus esferas privadas. Como bien señalan algunos autores, la tutela constitucional de la homosexualidad se puede encontrar también, aparte de en los derechos señalados anteriormente, en el derecho a la libertad y la intimidad del art. 18.1 CE, de libertad de expresión del art. 20.1 CE, de asociación del 22 o de libertad ideológica del art. 16<sup>19</sup>, lo que pone de manifiesto que efectivamente la homosexualidad y su manifestación gira en torno a muchos derechos humanos, de los cuales las personas no pueden ser privados, sin más límite que el de garantizar otros derechos humanos.

## 2.2 Argumentos en contra

Cabe comenzar este punto con la postura que se mantiene desde los movimientos religiosos, los que en términos generales, no contemplan la posibilidad de establecer un matrimonio si no es entre hombre y mujer<sup>20</sup>. Si acudimos a lo que se dispone, por ejemplo, en el derecho canónico, encontramos que *“para que pueda haber consentimiento matrimonial, es necesario que los contrayentes no ignoren al menos que el matrimonio es un consorcio permanente entre un varón y una mujer,*

---

<sup>16</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *UNED: Revista de Derecho Político*, Nº86, 2013, p. 200.

<sup>17</sup> J. A. MÚÑOZ ARNAU, *Algunas cuestiones sobre el desarrollo de la Constitución Española de 1978*, Dykinson, 2013, p. 60.

<sup>18</sup> O. SALAZAR BENÍTEZ, “Derecho al matrimonio y diversidad familiar”, *UNED: Revista de Derecho Político*, Nº86, 2013, p. 199.

<sup>19</sup> F. REY MARTÍNEZ, “Homosexualidad y Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Nº 73, 2005, pp. 131-132.

<sup>20</sup> Y se dice en términos generales puesto que es posible para alguno, como veremos más adelante que sucede en Suecia, donde la Iglesia luterana puede celebrarlos.

*ordenado a la procreación de la prole mediante una cierta cooperación sexual*"<sup>21</sup>. Ni que decir tiene la valoración de la conducta homosexual dentro de la mayoría de ellas y desde sus escritos más simbólicos, como el Corán (en el islam) o la Torá (en el judaísmo), donde se califica de una actividad pecaminosa<sup>22</sup>. Teniendo en cuenta esto, resulta imposible pensar que, desde las religiones más influyentes en el mundo, se admita la posibilidad de celebración de matrimonio entre personas del mismo sexo, atendiendo a que la percepción de esta conducta sexual ya es contraria a sus creencias.

Tras una breve nota sobre la postura religiosa, es necesario centrarse en el plano jurídico civil. Cabe destacar, en este punto, la posición que mantuvieron algunas instituciones españolas a la hora de definir el matrimonio, así como cierto sector doctrinal. En primer lugar, destacamos el contenido de los dictámenes del Consejo de Estado y del Consejo General del Poder Judicial<sup>23</sup> (CGPJ) que, siguiendo la línea del TC, consideraron que el matrimonio es una unión de dos personas del sexo opuesto<sup>24</sup>, por lo que el CGPJ expresó: "... *la heterosexualidad es un elemento constitutivo esencial del propio concepto de matrimonio: el matrimonio o es heterosexual o no es*". De este modo, la diversidad de sexos parecía erigirse como elemento esencial de la institución matrimonial. No se opuso a esta idea tampoco la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación que, en su informe de 2005<sup>25</sup>, consideraron que la extensión del matrimonio a los homosexuales era inconstitucional, en tanto que del art. 16.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos no se desprende que se trate de una unión que no se reserve, exclusivamente, a un hombre y una mujer. Además, el hecho de que en muchos casos no se especifique en la legislación sobre matrimonio que su naturaleza es heterosexual, es porque se presupone<sup>26</sup>. Además, algunos autores y también Magistrados defienden que la garantía institucional del matrimonio se ve alterada cuando éste se extiende a personas homosexuales, ya que la heterosexualidad forma

<sup>21</sup> Canon 1096.1 del Código de Derecho Canónico. Disponible en: [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Admin/cdc.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/cdc.html) (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>22</sup> *Vid.* a este respecto Corán 7:80-81 y Corán 26:165; y en la Torá, Vaikrá 18:22 y Vaikrá 20:13.

<sup>23</sup> En el año 2004 y 2005, respectivamente, sobre la reforma que pretendía introducir la Ley 13/2005 en el CC, de la que se habla en el siguiente epígrafe.

<sup>24</sup> *Vid.* a este respecto el Auto del TC 222/1994 de 11 de Julio.

<sup>25</sup> Disponible en: <http://www2.uned.es/dpto-dcivil/imagenes/INFORME%20Real%20Academia.pdf> (Consulta: 16 de Junio de 2016).

<sup>26</sup> F. J. MATIA PORTILLA, "Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo", *UNED: Teoría y realidad constitucional*, Nº 31, 2013, p. 544.

parte de dicha garantía<sup>27</sup>. De este modo, admitir que parejas del mismo sexo accedan al matrimonio supone una modificación relevante del derecho al matrimonio, ya que está alterando el concepto constitucional de éste, además de su garantía, que no es disponible para el legislador ordinario<sup>28</sup>.

Por último, y sin ser exactamente un argumento en contra en sentido estricto, el 9 de junio de 2016 el TEDH ha declarado por unanimidad en una sentencia que “no existe el derecho al matrimonio gay”<sup>29</sup>. Esta resolución es el resultado de una controversia que había mantenido una pareja francesa en su país al haber establecido un supuesto matrimonio entre dos hombres en 2004, cuya validez no podía ser reconocida en aquel momento en Francia, de acuerdo con el contenido de la legislación francesa. Por lo tanto, no existe, según el TEDH, una obligación para los Estados de abrir la institución matrimonial a los homosexuales y que éstos disfrutaran de “*un grado de discrecionalidad para decidir sobre la naturaleza exacta de la condición conferida por otros modos de reconocimiento legal*”, lo que se traduce en que el derecho al matrimonio podría tener ciertos límites interpretativos y que, por ello, algunos ordenamientos jurídicos se encuentran facultados para no reconocerlo si los contrayentes son del mismo sexo.

### **3. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO EN DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO ESPAÑOL**

La homosexualidad es una conducta sexual que ha estado perseguida en la mayoría de los países del mundo hasta tiempos recientes (en muchos de ellos aún lo está), probablemente por tratarse de grupos minoritarios en la sociedad, por miedo a la ruptura de la tradición y de la noción de familia que ha venido imperando durante siglos, y, seguramente también, por desconocimiento hacia esta orientación.

Los derechos de las personas homosexuales en España han evolucionado hasta llegar a reconocerse el matrimonio para las parejas del mismo sexo. El primer Código Penal de España de 1822 no contempló ningún delito relacionado con los actos propios de tendencia

---

<sup>27</sup> F. J. MATIA PORTILLA, “Interpretación evolutiva de la Constitución y legitimidad del matrimonio formado por personas del mismo sexo”, *UNED: Teoría y realidad constitucional*, Nº 31, 2013, p. 550.

<sup>28</sup> C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ y P. DE PABLO CONTRERAS, *Constitución, derecho al matrimonio y uniones entre personas del mismo sexo*, Documentos del Instituto de Ciencias para la Familia, 2007, pp. 69 y 71.

<sup>29</sup> *Vid.* a este respecto la Sentencia del TEDH, Nº 40183/07. Caso Chapin y Charpentier contra Francia. 9 de junio de 2016.

homosexual, que no se citaron en su Título VII: de los delitos contra las buenas costumbres<sup>30</sup>. Como bien cuenta el periodista Álvaro Corazón Rural, en los siguientes Códigos Penales (1848, 1850 y 1870), no estaba penalizada la conducta con la cárcel pero sí se incluyó dentro del “escándalo público”, situación que se vio aún más endurecida durante la dictadura de Primo de Rivera, en la que en 1928 se consolidaron estas actuaciones como dignas de pena de multa e inhabilitación para cargos públicos. Esta dureza subsistió poco tiempo, ya que en la Segunda República volvió a despenalizarse en el Código Penal de 1932, para retroceder de nuevo en el tiempo en 1954 durante la dictadura franquista, en la que se incluyó a los homosexuales dentro de la Ley de Vagos y Maleantes<sup>31</sup>. Volvió a recibir el colectivo homosexual un duro golpe en 1970, al derogarse esta ley y verse sustituida por la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, en los que se los equiparaba a individuos que ejerciesen la prostitución, y la cual contenía internamiento en establecimiento de reeducación, así como prohibición de residir en el lugar que se designase en el artículo 6.4<sup>32</sup>. No fue hasta 1978, con la entrada en vigor de la Constitución Española, cuando se comenzó a despenalizar la homosexualidad, llegando incluso a dejar de ser delito contra el honor dentro del ejército español en 1986, fecha a partir de la cual la sociedad española comenzó a evolucionar y a aceptar nuevos modelos de pareja y, más tarde, de familia.

### 3.1 Concepto de matrimonio y requisitos para su celebración

En primer lugar, para conocer el contenido del matrimonio según la legislación española es imprescindible saber que este derecho es, internacionalmente reconocido, para todos los hombres y mujeres, si bien cada Estado tiene la potestad para regularlo según sus reglas, cultura del país, costumbres... En España, esta unión sólo se podía celebrar entre un hombre y una mujer hasta el año 2005, fecha a partir de la cual la institución se abrió para extender el derecho también a parejas del mismo sexo. Esta reforma, introducida por la Ley 13/2005

---

<sup>30</sup>ESPAÑA, 1822. Código Penal Español, decretado por las Cortes el 8 de Junio, sancionado por el Rey, y mandado promulgar el 9 de Julio. Disponible en: <http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/Dosier/la%20constitucion%201812/codigoPenal1822.pdf> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

<sup>31</sup>A. CORAZÓN RURAL, *Gais, lesbianas y transgénero durante el franquismo*, Septiembre de 2015. Disponible en: <http://www.jotdown.es/2015/09/homosexuales-lesbianas-y-transexuales-durante-el-franquismo/> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

<sup>32</sup>ESPAÑA, 1870. Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, de 4 de Agosto. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/1970/08/06/pdfs/A12551-12557.pdf> (Consulta: 3 de Septiembre de 2015).

de 1 de Julio<sup>33</sup>, dio lugar a controversia entre diferentes sectores de la población y, sobre todo, de la esfera política, de tal forma que el partido que se encontraba en la oposición llegó a presentar ante el Tribunal Constitucional una cuestión de inconstitucionalidad, al considerar que la nueva Ley, que modificaba el CC en materia matrimonial, vulneraba el contenido del artículo 32 de la Norma Suprema<sup>34</sup>. Esta modificación incluía en el artículo 44 del CC un precepto completamente novedoso y el cual fue el objeto de recurso, delimitado por el TC: "*El matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo*". La apertura de la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo dio lugar a discusión no sólo en el sector político, sino también dentro del doctrinal, pues mantuvo a la opinión dividida sobre si realmente esta modificación se ajustaba al Ordenamiento Jurídico Español, ya sea desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado<sup>35</sup>, como desde la del Derecho Canónico. En este último caso, no se niega el derecho de la persona homosexual a establecer un contrato matrimonial<sup>36</sup> siempre que lo haga con alguien de diferente sexo, ya que resulta inconcebible desde su esfera poder aceptar la unión de dos personas del mismo sexo bajo la definición clásica de matrimonio.

Tras años de discusión y dudas, finalmente el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la cuestión en el año 2012, decidiendo desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto<sup>37</sup> con ocho votos a favor frente a cuatro en contra. El Tribunal considera que el foco del litigio es si existe una vulneración del artículo 32, por la interpretación gramatical, histórica y sistemática que se practica del matrimonio en relación al mantenimiento de su garantía, teniendo en

---

<sup>33</sup> Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/07/02/pdfs/A23632-23634.pdf> (Consulta: 19 de Noviembre de 2015).

<sup>34</sup> ESPAÑA, 2005. Recurso de inconstitucionalidad, de 30 de septiembre de 2005, contra la Ley 13/2005 por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio. Disponible en: <https://lenguajeadministrativo.files.wordpress.com/2012/07/recurso-pp-de-inconstitucionalidad-contra-el-mh.pdf> (Consulta: 30 de Agosto de 2015).

<sup>35</sup> P. DE PABLO CONTRERAS, "Matrimonio civil y sistema matrimonial" en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 504-506.

<sup>36</sup> C. PEÑA GARCÍA, *Homosexualidad y matrimonio: estudio sobre la jurisprudencia y la doctrina canónica*, Madrid, Universidad Pontificia de Comillas, 2004, p. 130 y ss.

<sup>37</sup> ESPAÑA, 2012. Sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de Noviembre de 2012, p. 202. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2012/11/28/pdfs/BOE-A-2012-14602.pdf> (Consulta 4 de Septiembre de 2015).

cuenta el vínculo que mantiene con los Acuerdos y Tratados Internacionales de los que España forma parte. Pues bien, el TC dispone, en palabras de Juan José Bonilla Sánchez, “*que no se vulnera el contenido esencial del derecho, ya que, el que puedan contraer matrimonio entre sí personas del mismo sexo, ni lo desnaturaliza, ni lo convierte en otro derecho, ni impide a las parejas heterosexuales casarse libremente, o no casarse, ni reduce la esfera de libertad que tenían reconocida antes de la reforma. Lo que se hace es dar un paso en la garantía de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad, que han de orientarse a la plena efectividad de los derechos fundamentales*”<sup>38</sup>. De esta manera, el Tribunal sostiene que la nueva normativa, al no alterar el contenido esencial del derecho a contraer matrimonio, no modifica su titularidad, sino que revoluciona las formas de su ejercicio.

Asimismo, tras la reforma anteriormente citada, se elabora y entra en vigor la Ley 15/2005 de 8 de Julio, en la que se modifica cierto contenido del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en lo referente al divorcio y la separación<sup>39</sup>, introduciendo tanto el artículo 81 como 86 del CC la posibilidad de que uno de los cónyuges pueda disolver el vínculo matrimonial de forma unilateral, sin necesidad de que el otro consienta, lo que dota a cada una de las partes de la facultad de poner fin a un acto que tiene consecuencias jurídicas que no está ya dispuesto a asumir, por los motivos que personalmente considere, ya que no debe mediar justa causa<sup>40</sup>.

Como puede observarse, es difícil definir la institución matrimonial en términos absolutos, pues aunque, jurídicamente, la intención del legislador es concretar lo máximo posible su contenido, como concepto social puede adoptar diversas enunciaciones en referencia a lo que para cada individuo suponga, en su esencia, esta unión. Teniendo en cuenta las diferencias socio-culturales dentro de un país y en relación con las del resto de Estados, además de lo comprendido en los diferentes ordenamientos jurídicos del mundo, resulta una espinosa tarea para el Derecho Internacional Privado Español poder definir, con detalle, los

---

<sup>38</sup>J. J. BONILLA SÁNCHEZ, *Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario*, Espacio y tiempo: revista de ciencias humanas, N°27, 2013, pp. 39-50.

<sup>39</sup>ESPAÑA, 2005. Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2005/07/09/pdfs/A24458-24461.pdf> (Consulta: 13 de Septiembre de 2015).

<sup>40</sup>P. DE PABLO CONTRERAS: “Matrimonio civil y sistema matrimonial”, en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 505 y 506.

principios y normas de conflicto por las que va a regirse el sistema matrimonial internacional, ya sea entre personas de diferente o del mismo sexo, aunque las parejas de este último tipo hayan aumentado la problemática ya suscitada<sup>41</sup>. Debido a ello, muchos de los matrimonios entre personas del mismo sexo que se celebran en España van a traducirse en "matrimonios claudicantes", es decir, no van a gozar de reconocimiento fuera de las fronteras españolas. Este escenario, el de las situaciones claudicantes, no es novedoso por el hecho de que se regule la unión entre personas del mismo sexo, pues ya sucedía anteriormente vinculado a otro tipo de relaciones jurídicas, y el DIPr tiene como tarea promover la eficacia de las resoluciones judiciales, impidiendo que queden vacías de contenido al cambiar de situación espacial y encontrarse en un Estado diferente al que permitió que éstas nacieran.

En concordancia con lo enunciado anteriormente, y pese a la dificultad de encontrar normas de conflicto que resuelvan los aspectos más controvertidos ante los que se enfrenta el DIPr español, el legislador ha optado por seguir una "tesis positiva", es decir, potenciadora del "*jus connubii*". Ello se debe no sólo a hacer valer el contenido constitucional de la reforma, sino también en aras de conseguir la plena efectividad de los derechos fundamentales, el bien más protegido de nuestro ordenamiento jurídico, y por los que todas las instituciones deben velar. Por lo tanto, llegados a este punto de comprensión de la situación ante la que se encuentran los matrimonios entre personas homosexuales, es necesario abordar el asunto de la naturaleza jurídica del sexo de los cónyuges, ante lo cual un sector doctrinal se inclina por afirmar que es una cuestión de "capacidad matrimonial", mientras que otro aboga por considerarlo un "requisito objetivo del matrimonio"<sup>42</sup>.

De un lado, si se resolviese con la opción de considerarlo dentro de la capacidad matrimonial, habría que aplicar el contenido del artículo 9.1 del CC. De este modo, la capacidad para vincularse matrimonialmente se decreta en la Ley nacional de cada individuo que piensa contraer matrimonio justo en el momento en el que éste se celebra<sup>43</sup>. Como no se registra en Derecho Internacional Privado Español

---

<sup>41</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 26.

<sup>42</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.111.

<sup>43</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.91.

ninguna norma que designe de forma clara la Ley aplicable para los matrimonios entre personas del mismo sexo, existen diversos mecanismos para resolver los conflictos que puedan suscitarse en este contexto.

En lo referente a la capacidad matrimonial, es posible regirse por el "sistema anti-bloqueo" o por "el orden internacional público absoluto"<sup>44</sup>. En el primer caso, se puede acceder al matrimonio siempre que la ley de uno de los contrayentes lo contemple, de forma que se aplica la Ley nacional más favorecedora para la celebración del matrimonio y lo dote de validez jurídica. En el segundo caso, habrá que rechazar la aplicación de la ley extranjera siempre que vulnere el Orden Público Internacional español, estableciendo nuestra legislación una serie de supuestos en los que se produce dicho rechazo: aquella regulación que no permita el matrimonio entre individuos con diferente religión (con especial atención a la prohibición de la mujer musulmana que tiene prohibido el matrimonio con un hombre de otra religión distinta a la suya), aquellas que permiten el matrimonio entre menores que no alcanzan la edad estipulada para poseer la capacidad de obrar, las que admiten los matrimonios poligámicos... Pese a no incluir el caso del matrimonio entre personas del mismo sexo en la enumeración, la DGRN considera que es equivalente al de "*leyes extranjeras que impiden el matrimonio entre transexual con persona de su mismo sexo biológico, pero distinto sexo legal por no reconocer el cambio de sexo declarado judicialmente en España*"<sup>45</sup>, de forma que la solución debe ser la misma aplicando el principio de analogía y, así, se podrá celebrar dicho matrimonio aunque no vaya a surtir efectos fuera de las fronteras españolas, y aunque para uno (o ambos, si fueran extranjeros) de los contrayentes su Ley nacional no contemple tal vínculo matrimonial.

De otro lado, si el sexo de los contrayentes se considerase un requisito objetivo del matrimonio, ante lo cual no hay Ley aplicable a la cuestión, no constaría ninguna norma de conflicto que lo solvete. Por ello, nos encontraríamos frente a una laguna legal y la resolución es emplear la Ley que más relación guarda con el supuesto en cuestión, que en este caso sería el contenido de la Ley española si el matrimonio se va a celebrar dentro de nuestras fronteras. Para ello, uno de los

---

<sup>44</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.112.

<sup>45</sup>ESPAÑA, 2005. Resolución-Circular de 29 de Julio, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre matrimonios civiles entre personas del mismo sexo. Disponible en: <http://www.boe.es/boe/dias/2005/08/08/pdfs/A27817-27822.pdf> (Consulta: 30 de junio de 2015).

contrayentes debería, al menos, residir en España y el matrimonio lo debe celebrar una autoridad española<sup>46</sup>.

En lo referente a los requisitos necesarios para poder contraer matrimonio, la doctrina identifica que existen dos tipos: los requisitos subjetivos o personales, y los materiales<sup>47</sup>. Del mismo modo, en el Derecho interno español, el Código Civil los recoge desde el artículo 44 al 48. El cumplimiento de estos requisitos es necesario para que el matrimonio se considere válido y origine los efectos que de él normalmente se desprenden. Por otro lado, algunos de los personales se refieren a una capacidad con la que debe contar el individuo, mientras que otros exigen la ausencia de un impedimento matrimonial. Por su parte, los requisitos materiales giran en torno al consentimiento matrimonial y cómo debe ser prestado y en qué forma, para desplegar su plena eficacia.

Pues bien, dentro de los requisitos subjetivos o personales, cabe destacar:

a) el "*jus connubii*", citado al comienzo y entendido como la capacidad para contraer matrimonio, y también como un derecho que recoge la CE en el artículo 32.1, de forma que puede decirse que, en palabras de Orejudo Prieto de los Mozos, "*hace referencia a la concurrencia en la persona de los contrayentes, de los requisitos que, siendo distintos a los formales y a los relativos al consentimiento, condicionan a la validez del matrimonio, o a la obtención de su dispensa, en defecto de tal concurrencia*<sup>48</sup>".

b) la edad, que según lo dispuesto en el artículo 46 del CC se requiere ser mayor de edad, más de 18 años, o ser un menor emancipado mayor de 16 años, considerando así estas edades como las mínimas necesarias para contar con cierta madurez intelectual y ser consciente del vínculo que se establece. Sin embargo, hasta 2015 era posible dispensar el impedimento de la edad para mayores de 14 años, aunque no estén emancipados, siempre que se haga solicitud a un Juez de Primera Instancia y a petición de parte, tal y como dispone el artículo 48 CC. Actualmente, con la aprobación de la Ley de Jurisdicción

---

<sup>46</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.113.

<sup>47</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 550-582.

E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en <sup>48</sup>M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA, *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 552.

Voluntaria<sup>49</sup>, no existe tal dispensa y la edad mínima para acceder al matrimonio es a partir de 16 años.

c) la aptitud mental, que no se regula de forma expresa en el CC pero que puede entenderse como necesaria para que el matrimonio sea celebrado de forma consciente, voluntaria y distinguiendo el alcance de los efectos jurídicos que de éste se desprenden<sup>50</sup>.

d) los impedimentos matrimoniales, es decir, la situación personal en la que el individuo no puede contraer matrimonio en caso de que alguno de estos concurra. Ellos se encuentran tanto en el artículo 46 CC, que pueden afectar sólo a una parte, como en el artículo 47, que afectan a ambas. Estos impedimentos matrimoniales son: i) subsistencia de un vínculo matrimonial anterior, ya que nuestro ordenamiento sólo considera la monogamia y, por tanto, es una prohibición absoluta; ii) existencia de relación de parentesco, para la cual el CC incluye a "1º *Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción*. 2º. *Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado*"; iii) condena por delito de conyugicidio, ya sea como autor o como cómplice de muerte dolosa, bien habiendo formado matrimonio, bien teniendo una análoga relación de afectividad, según el artículo 47.3 CC, algo que el Juez podrá dispensar, si media justa causa, según el artículo 48 CC<sup>51</sup>.

En este punto, cabe resaltar el consentimiento matrimonial. No existe en DIPr español una norma de conflicto que determine la Ley aplicable al consentimiento matrimonial, si bien la jurisprudencia y la DGRN se inclinan por incluirlo dentro del "estado civil" que se proclama en el contenido del artículo 9.1 CC<sup>52</sup>, el cual nos remite a la Ley nacional. Por tanto, en segundo término, debemos hablar de los requisitos materiales, dentro del Derecho interno español, los cuales envuelven al consentimiento que deben prestar los individuos, de tal forma que cabe mencionar:

a) requisitos del consentimiento, el cual debe ser, para considerarse válido, exteriorizado libremente y sin estar sometido a condición alguna, ya que cualquiera de ellas se tendrá por no puesta

---

<sup>49</sup>Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2015/07/03/pdfs/BOE-A-2015-7391.pdf> (Consulta: 17 de Noviembre de 2015).

<sup>50</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 559.

<sup>51</sup> Tanto el contenido del artículo 47.3 como 48 CC han sufrido modificaciones a partir de la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria.

<sup>52</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.116.

dentro del contrato matrimonial para que éste siga gozando de validez<sup>53</sup>. Además, el consentimiento debe prestarse irrefutablemente, sin error en el individuo con el cual se establece el vínculo matrimonial, y de forma simultánea a la celebración del acuerdo, lo que conlleva a asumir que se expresa tanto la voluntad de contraer como a hacerse responsable de los derechos y obligaciones que nacen con el matrimonio.

b) el matrimonio simulado y la reserva mental, que en ambos casos se trata de una situación en la que la voluntad prestada por el individuo difiere de la voluntad real que no exterioriza. La simulación consiste en dar una apariencia de matrimonio a una unión que tiene como fin la consecución de algún propósito distinto de los propios de establecer un vínculo matrimonial. La reserva mental manifiesta las mismas notas que la simulación, pero de forma unilateral, es decir, se da sólo en una de las partes. En cualquier caso, se considera que no existe consentimiento matrimonial<sup>54</sup>, y es por ello que el matrimonio se puede calificar como nulo.

c) el error obstativo, con las mismas características que la reserva mental (divergencia entre lo manifestado y lo querido, unilateralidad...), con la excepción de que, en este caso, tiene lugar de manera involuntaria. Implica la nulidad del matrimonio.

d) los vicios del consentimiento, a saber: i) el error, entendido según el art. 73 CC como "*error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes en la prestación del consentimiento*" ;ii) la coacción y el miedo grave, entendidos como el peligro de producirse un mal, generalmente contra la integridad física, y como una presión psicológica inevitable<sup>55</sup>. Si se produce cualquiera de las situaciones anteriores, y teniendo en cuenta que tienen que tener una entidad suficiente como para calificarlas así, el consentimiento se ha prestado de manera viciada y es por ello que el matrimonio se considera nulo.

---

<sup>53</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 572.

<sup>54</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 575.

<sup>55</sup>E. SERRANO GÓMEZ: "La celebración del Matrimonio", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, pp. 580-581.

### **3.2 La celebración en territorio extranjero: formas matrimoniales aceptadas por el Derecho Internacional Privado español**

Para comenzar, es conveniente realizar una distinción sobre quiénes pueden ser los cónyuges, para después poder decidir la norma aplicable. Los matrimonios que se celebran fuera de España, pueden estar constituidos por dos españoles, un español y un extranjero o dos extranjeros. De este modo, la forma matrimonial escogida puede ser cualquiera de las contenidas en el ordenamiento jurídico que las partes prefieran, a saber: la ley española, *Lex Patriae*, si uno (o ambos cónyuges) es español, puesto que la Ley personal de cada individuo está presente para él en cualquier territorio, incluso aunque la forma de matrimonio que elija no esté prevista en dicho territorio; la ley del Estado donde se celebra el matrimonio, *Lex Loci Celebrationis*, para lo cual las autoridades de origen serán las encargadas de aprobarlo y, así, surge el enlace tradicional del DIPr<sup>56</sup>. Asimismo, en el Código Civil se hace eco de ello en su artículo 49, donde contempla las formas válidas previstas para el matrimonio<sup>57</sup>, tanto si este se celebra dentro o fuera de España.

De igual modo, es necesario dividir esta cuestión en dos bloques, diferenciando las partes que contraen matrimonio. Así, la solución jurídica al caso va a variar si el matrimonio se celebra en el extranjero entre dos españoles o español y extranjero, de aquel que se celebra entre extranjeros. Dentro del primer caso, se distingue entre las formas de celebración que estén previstas en la Ley del lugar donde se celebra y entre las que están previstas en la Ley española<sup>58</sup>.

En referencia a la Ley extranjera donde tiene lugar la celebración del matrimonio, cabe diferenciar entre una la forma civil y la religiosa. Lo relevante para el DIPr en ambos casos, es que dicha forma dote de efectos legales al contrato matrimonial, esto es, esté regulada en su Derecho, aunque no lo esté para el Derecho español. Por otra parte, si la forma escogida tiene lugar según la Ley española, también existe la forma civil o la religiosa. Para que pueda ser válida la primera y se

---

<sup>56</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.132.

<sup>57</sup>Además de la forma canónica, judía y musulmana, con la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, se admiten, a la hora de surtir efectos civiles, los ritos budista, mormón, ortodoxo y de los testigos de Jehová.

<sup>58</sup>P. DE PABLO CONTRERAS: "Matrimonio civil y sistema matrimonial", en M. CUENA CASAS / M. YZQUIERDO TOLSADA (dirs.), *Tratado de Derecho de Familia*, Volumen I, Navarra, Aranzadi, 1ª Edición, 2011, p. 468.

celebre ante autoridad española (matrimonio consular), es imprescindible el cumplimiento de los siguientes requisitos<sup>59</sup>: a) según el artículo 51.3 y 57 del CC<sup>60</sup>, por lo menos una de las partes tiene que tener domicilio en la circunscripción consular que corresponda; b) al menos uno debe ostentar la nacionalidad española; c) el Estado donde se oficia el matrimonio debe aceptar esta celebración, ya que en caso de no hacerlo, los Cónsules no están legitimados para ello si la Ley del Estado receptor no lo contempla o se oponen a su celebración. De este modo, no se van a poder celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo por funcionarios españoles siempre que en esos países se nieguen a aceptar esta celebración, aunque en algún caso puede ser posible pese a que no esté regulado para personas del mismo sexo en la legislación de origen. Tal y como citan A. L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa González<sup>61</sup>, "*aunque este matrimonio no está regulado en el Derecho material búlgaro, el DIPr. Búlgaro indica que los requisitos de fondo para contraer matrimonio se rigen por la Ley de la nacionalidad de los futuros esposos y un matrimonio entre personas del mismo sexo no vulnera el Orden Público Internacional búlgaro*". En relación a la forma religiosa, esta puede obedecer a diferentes religiones, dentro de lo cual la forma canónica es la que goza del reconocimiento en España cualquiera que fuere el Estado de celebración, en conexión con lo dispuesto en el art. 49 CC. No sucede lo mismo con el resto de religiones, ya que las demás formas religiosas aceptadas en Derecho español sólo van a ser válidas si el matrimonio se celebra en España, según lo que dispone la DGRN<sup>62</sup>.

---

<sup>59</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.133.

<sup>60</sup>Tras la aprobación de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, tienen competencia para celebrar matrimonio: el alcalde del municipio o concejal en quien éste delegue, el notario, el secretario judicial, el encargado del Registro Civil, así como el funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero.

<sup>61</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.134.

<sup>62</sup>ESPAÑA, 2005. Consulta de 8 de Junio, en materia de estado civil, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. Disponible en: [http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338957253?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadertype=SuplementosBoletin&blobheadertype=attachment%3B+filename%3DCONSULTAS+EN+MATERIA+DE+ESTADO+CIVIL+DE+LA+DIRECCION+GENERAL+DE+LOS+REGISTROS+Y+DEL+NOTARIADO+\(2005.PDF&blobheadertype=1215327821917](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292338957253?blobheader=application%2Fpdf&blobheadertype=Content-Disposition&blobheadertype=SuplementosBoletin&blobheadertype=attachment%3B+filename%3DCONSULTAS+EN+MATERIA+DE+ESTADO+CIVIL+DE+LA+DIRECCION+GENERAL+DE+LOS+REGISTROS+Y+DEL+NOTARIADO+(2005.PDF&blobheadertype=1215327821917) (Consulta: 18 de Septiembre de 2015).

Por otro lado, la situación para los matrimonios celebrados en el extranjero, con cónyuges también extranjeros, es diferente. No existe en DIPr español una norma de conflicto específica que regule la cuestión, de manera que se trata de una laguna legal y se recurre a la integración<sup>63</sup>. Según el principio de analogía, se puede aplicar el art.11 o 50 del CC, de tal manera que el matrimonio va a tener validez siempre que se celebre en una forma que se encuentre prevista y regulada. Por lo tanto, los contrayentes pueden escoger entre alguna de las legislaciones citadas al inicio: bien la Ley personal de uno de ellos, bien la Ley del Estado donde se celebra el matrimonio.

### **3.3 Acceso para otras figuras: parejas registradas y parejas de hecho**

Para dar cabida a otro tipo de modelos familiares, y no unirse sólo bajo el concepto de familia, surgen, según van cambiando las costumbres sociales, diferentes uniones con parecidos y, también, distintos efectos jurídicos, para satisfacer la demanda de aquellos individuos que prefieren optar por otras vías, bien por no querer asumir las consecuencias que se derivan de un contrato matrimonial, bien porque entienden la vida familiar y en pareja de otra forma. Surgen, de este modo, las parejas de hecho (con derechos y obligaciones limitados) y las parejas registradas (en muchos países, figuras equivalentes al matrimonio en el plano jurídico pero con otra denominación).

Conceptualmente, una pareja de hecho es la confirmación de una convivencia estable entre dos personas, sin que quepa un registro público estatal sobre ello. Por el contrario, una pareja o unión registrada "permite a dos personas que conviven en pareja inscribir su relación ante la administración correspondiente de su país de residencia"<sup>64</sup>. Esta diferencia semántica, así como de capacidad para acceder al registro, provoca que los derechos y obligaciones que se derivan de cada uno de los vínculos sean diferentes también, configurándose la pareja registrada equivalente al matrimonio en el plano jurídico en muchos países. La principal distinción, por tanto, es que la pareja de hecho no crea estatus jurídico mientras que la registrada sí<sup>65</sup>, de tal forma que

---

<sup>63</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp.135.

<sup>64</sup>Vid. a este respecto: [http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index\\_es.htm](http://europa.eu/youreurope/citizens/family/couple/registered-partners/index_es.htm) (Consulta: 19 de Octubre de 2015).

<sup>65</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 23.

ésta última afecta al estado civil, y de ella se derivan efectos jurídicos<sup>66</sup>, lo mismo que sucede con el matrimonio.

En este sentido, España no ha seguido un reconocimiento progresivo para las parejas del mismo sexo, es decir, que fuera desde una unión de hecho, pasando por la unión registrada, hasta llegar al matrimonio. Carecía de regulación la vinculación jurídica de los homosexuales hasta que se elaboró la Ley 13/2005 concediendo la posibilidad directa de acceder a la institución matrimonial, de forma que el concepto de pareja registrada no existe en Derecho material español ni tampoco en su DIPr<sup>67</sup>. Las primeras muestras normativas de que iba aceptándose un nuevo modelo de convivencia fueron ya en 1994 con la Ley 29/ 1994, de 24 de Noviembre, de Arrendamientos Urbanos<sup>68</sup>, que extendió sus efectos, en caso de muerte del arrendatario, a *"la persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual"*.

Definitivamente, fueron después las Comunidades Autónomas las que decidieron, según sus competencias, incluir en su normativa a las parejas de hecho, siendo Cataluña la primera en hacerlo en 1998, a la que siguió Aragón, después Navarra... En general, la línea seguida a la hora de regular estas parejas ha sido considerarlas como *"unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su sexo"*<sup>69</sup>, según se dispone en la ley asturiana y las demás normativas autonómicas. Así, la pareja de hecho es susceptible de una inscripción administrativa, pero no tiene capacidad para inscribirse en el Registro Civil y desplegar, como bien se ha comentado antes, consecuencias jurídicas ni modificar el estatus de los individuos que se declaran en esta situación. Estas normas autonómicas son consideradas por parte de la doctrina como *"normas de delimitación interior"*<sup>70</sup>, y éstas se pueden emplear siempre que el DIPr español haya resuelto antes el caso determinando la Ley aplicable.

---

<sup>66</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *Parejas de hecho y matrimonios del mismo sexo en la Unión Europea*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 2004, p.27.

<sup>67</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.143.

<sup>68</sup> Artículo 16.1.b). Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1994-26003> (Consulta: 10 de Noviembre de 2015).

<sup>69</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 56.

<sup>70</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.145.

En lo referente a las parejas registradas, se trata de una institución que no está regulada en el CC, sin perjuicio de que se les puedan reconocer efectos, en tanto que se han constituido válidamente en otros Estados de la UE, y España debe velar también por respetar los ordenamientos de los Estados miembros siempre que no vulneren el Orden Internacional Público español. Esta figura ha nacido en el seno de países que han querido regular las relaciones entre personas del mismo sexo, creando una institución paralela al matrimonio, con efectos jurídicos similares (en algunos, incluso, los mismos efectos), evitando así la controversia semántica y legal que pudiera surgir si se les denominaba matrimonios. En territorio español, no cabe su registro civil para reconocer una unión registrada de otro país de la UE, pero sí un registro administrativo que permita que surtan efectos civiles. En cuanto al registro en los Consulados sitos en España, difiere si la unión registrada se da entre extranjeros o un extranjero y un español. En el primer caso, pueden inscribirla en tanto que no se vulnera ninguna norma española. En el segundo, es necesario saber el alcance jurídico de la pareja registrada, puesto que, si se equiparase el estatus al del matrimonio, no podría constituirse como tal, ya que no existe una equivalencia entre el Derecho extranjero y el Derecho español.

Por último, el Real Decreto 240/2007<sup>71</sup>, establece los requisitos para el reconocimiento de la pareja registrada: además de ser un registro constitutivo y público – en un Estado de la UE o delEEE- y un consentimiento facilitado ante la autoridad pública correspondiente, no es posible que confluya, simultáneamente, con un matrimonio también inscrito, esto es, son figuras excluyentes e incompatibles entre sí<sup>72</sup>.

### **3.4 Efectos del matrimonio: derechos y obligaciones de los cónyuges**

#### **3.4.1 Efectos nucleares**

---

<sup>71</sup> ...de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-4184> (Consulta: 15 de Noviembre de 2015).

<sup>72</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 59.

También considerados “efectos constitutivos” del matrimonio<sup>73</sup>, se configuran como el núcleo de la institución, siendo uno el pilar básico y el que determina que se produzcan las demás consecuencias jurídicas que tienen lugar con la celebración del contrato matrimonial.

### **3.4.1.1 Inscripción en el Registro Civil**

Es requisito imprescindible para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio que el matrimonio esté inscrito en el Registro Civil, aunque se considere válido desde su celebración y despliegue efectos jurídicos. A su vez, la inscripción en el Registro Civil va a ser determinante para: bien disolver el vínculo, es decir, para poder establecer un divorcio o separación legal es necesario que se haya inscrito previamente; bien para obtener la nacionalidad española si un cónyuge es extranjero, ya que ésta se puede adquirir si el otro cónyuge la tiene, y podrá hacerlo tras residir un año en España, según el artículo 22 CC<sup>74</sup>.

### **3.4.2 Efectos periféricos**

#### **3.4.2.2 Efectos personales y patrimoniales**

La Ley aplicable al contenido de la institución jurídica del matrimonio, es decir, a los efectos jurídicos del acto matrimonial es la Ley estatal que habiliten los arts. 9.2 y 9.3 CC, los cuales pueden otorgar su regulación a una Ley diferente de la española aunque el matrimonio lo hubiera celebrado una autoridad española<sup>75</sup>. Así, puede decirse que el art. 9.2 tiene un alcance general, esto es, determina la Ley aplicable a todos los efectos matrimoniales, ya sean patrimoniales o personales. El art. 9.3, por su parte, tiene un alcance particular, o sea, se limita a establecer la Ley aplicable a la “validez” de los pactos y capitulaciones matrimoniales, por lo que se configura como una “cláusula salvatoria”<sup>76</sup>.

<sup>73</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Matrimonio y parejas de hecho”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.107.

<sup>74</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 137.

<sup>75</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp. 149-150.

<sup>76</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 154.

Lo que se pretende por medio del art. 9.2 CC es "la unidad de Ley aplicable a todos los efectos del matrimonio", esto es, que sólo exista una única Ley que los regule independientemente del tipo que sean<sup>77</sup>. Unos se consideran **efectos patrimoniales**, pues enteramente se refieren a aspectos económicos, y otros son **efectos personales**, de los cuales algunos tienen un matiz patrimonial pero una esencia más ética o moral.

### 3.4.2.2.I Régimen económico

En DIPr español la Ley aplicable al régimen económico matrimonial se determina según el artículo 9.2 CC<sup>78</sup>; y si los contrayentes no tuvieran la misma nacionalidad podrían, como estipula este artículo también, elegir la Ley, por medio de la cual se regularán todos los efectos matrimoniales (personales y patrimoniales); así, podrán elegir: La Ley personal de cualquiera de los dos, o La Ley de residencia habitual de cualquiera de los dos en el momento de la celebración<sup>79</sup>. Por lo tanto, en primer lugar se aplicará la Ley personal común de los cónyuges en el momento en el que se contrae el matrimonio; si no tuvieran una Ley personal común, en segundo lugar se aplicará lo que las partes matrimoniales hubieran acordado en "documento auténtico" de forma previa a la celebración y en el cual pueden optar por la Ley personal o de residencia habitual de uno de ellos; si tal acuerdo no existiese, se aplicará la Ley de residencia habitual común de los cónyuges tras celebración; en caso de no haberse producido tal residencia común, la última solución para determinar la Ley aplicable al régimen económico será aplicar la Ley del lugar de celebración del matrimonio. A través del art. 9.2 se resolverá si debido al matrimonio va a surgir una sociedad conyugal, como en España, o un régimen económico específico o si no va a producirse ninguna consecuencia jurídica entre los cónyuges (como en el Derecho inglés)<sup>80</sup>.

---

<sup>77</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 154.

<sup>78</sup> M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 124.

<sup>79</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 160.

<sup>80</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.

Las partes matrimoniales, en algunos ordenamientos, pueden elegir qué sistema económico va a funcionar en su vínculo. La validez de estas capitulaciones matrimoniales está sujeta al contenido del art. 9.3 CC, por el cual se dispone que así será siempre que “*sean conformes bien a la ley que rija los efectos del matrimonio, bien a la ley de la nacionalidad o de la residencia habitual de cualquiera de las partes al tiempo del otorgamiento*”. En Derecho civil común español, a falta de acuerdo en las capitulaciones matrimoniales, el régimen que opera, por defecto y según el artículo 1316 CC, es la sociedad de gananciales. No sucede lo mismo en Comunidades Autónomas como Cataluña o Baleares, donde se aplica el sistema de radical separación de bienes<sup>81</sup>.

### 3.4.2.2.II Efectos personales

Por otro lado, existen una serie de efectos personales, que según los ordenamientos jurídicos cobran una relevancia u otra. Como puede desprenderse de lo citado al comienzo, la Ley aplicable a los efectos personales se determina según el art. 9.2 CC, y en DIPr español ostentan una escasa relevancia legal, en tanto de ser reprochables jurídicamente contra el cónyuge que los incumpliera. Son, más bien, preceptos morales que, evidentemente, deben cumplir las partes matrimoniales, pero que forman parte más de su esfera privada que de la normativa, es decir, se trata de unos efectos que nacen *ex lege* del matrimonio sin carácter ni contenido económico<sup>82</sup>. En Derecho interno español se regulan en los artículos 66-71 CC bajo el nombre de “Derechos y deberes de los cónyuges”. Estos efectos, tales como el deber de convivencia, de fidelidad y respeto, de ayuda y socorro, de compartir responsabilidades domésticas... No puede el legislador, por tanto, invadir y pretender controlar la forma de entenderse y colaborar en la pareja, de modo que se convirtiera en exigible una responsabilidad por la vía judicial. Sin embargo, en otros Derechos, como los vinculados a la cultura musulmana, los efectos personales tienen suficiente entidad como para ser objeto de una responsabilidad patrimonial o causa de divorcio<sup>83</sup>; a través de ellos, por ejemplo, el marido podría obligar a su

---

<sup>81</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 151.

<sup>82</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.

<sup>83</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Efectos del matrimonio”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 150.

esposa a quedarse en casa o a mantener relaciones sexuales con él, preceptos que vulneran el Orden Internacional Público español, en relación al principio de no discriminación por razón de sexo del art. 12.3 CC, y que no resultarían de aplicación en España<sup>84</sup>.

### **3.4.2.2.III Filiación de los hijos comunes**

La Ley de la residencia habitual del hijo en el momento del establecimiento de la filiación será la aplicable a la filiación y su carácter, según el artículo 9.4 CC. Este es, por tanto, el primer punto de conexión para determinar la filiación, la cual puede ser "matrimonial" o "no matrimonial". Además de este primer punto, existen otros que también sirven de conexión, en caso de que no sea posible desentrañar cuál es la residencia habitual o si la Ley de dicho país no permitiese la filiación, será de aplicación la Ley nacional del hijo; si a través de ésta tampoco se pudiera establecer la filiación, será de aplicación la Ley española. Siguiendo el art. 9.4 CC en su segundo párrafo "*la Ley aplicable al contenido de la filiación, por naturaleza o por adopción, y al ejercicio de la responsabilidad parental, se determinará con arreglo al Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños*". En lo referente a los hijos adoptados habrá que atenerse a lo dispuesto en la Ley de Adopción Internacional, según el art. 9.5 CC.

En España, la filiación de los hijos debe inscribirse en el Registro Civil, junto con la inscripción matrimonial de los progenitores. Presenta ciertas peculiaridades en el caso de parejas del mismo sexo, pues, como es biológicamente evidente, no pueden procrear. A este respecto se pronunció el TS a través de la Sentencia de 5 de Diciembre de 2013<sup>85</sup>, sobre atribución de filiación para una madre no biológica que había sido cónyuge de la madre biológica, a través de la cual consideró que "*se posibilita, por tanto, la coexistencia de dos filiaciones a favor de personas del mismo sexo: una filiación materna biológica y una filiación no basada en la realidad biológica, sino en una pura ficción legal, ambas con los mismos efectos jurídicos que la filiación por naturaleza*". Aunque

---

<sup>84</sup> A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Efectos del matrimonio", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 155.

<sup>85</sup> Vid. a este respecto Sentencia del TS 740/2013 de 5 de Diciembre. Disponible en: <http://codigo-civil.info/2013/12/sts-05-12-2013-maternidad-biologica-y-maternidad-por-ficcion-legal-concurrencia-y-simultaneidad/> (Consulta: 2 de Diciembre de 2015).

el CC no se había pronunciado al respecto para el caso de personas del mismo sexo, el TS entendió que esta cuestión estaba ligada a la Ley 14/2006, de Técnicas de Reproducción Humana Asistida<sup>86</sup>, concretamente en su artículo 7.1 donde se dispone que *“la filiación de los nacidos con las técnicas de reproducción asistida se regulará por las Leyes civiles”*, de forma que acaba resolviendo que el consentimiento se configura como *“título de atribución de la filiación, reforzado en el caso por la posesión de estado, por el interés de los menores y por la estabilidad de la unidad familiar”*.

#### **3.4.2.2.IV Derecho de alimentos y pensión compensatoria**

Anotar, en primer lugar, que estas obligaciones de alimentos son consecuencia de la relación familiar, filiación, matrimonio o afinidad. El Reglamento 4/2009<sup>87</sup> es el que se utiliza para discernir la competencia, Ley aplicable, reconocimiento y ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de alimentos, de tal modo que éste va a ser el instrumento empleado para resolver conflictos internacionales privados en esta materia. Curiosamente, este Reglamento remite, en su artículo 15, al contenido del Protocolo de la Haya de 2007 (PLH) para determinar la Ley aplicable<sup>88</sup>. Además, el art. 9.7 CC dispone que *“de acuerdo con el Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007 (...) o por el texto legal que lo sustituya”*. Por su parte, el PLH tiene un carácter *erga omnes*, lo que provoca que sea el utilizado incluso si la Ley aplicable es la de un Estado que no está vinculado a él<sup>89</sup>. De acuerdo con el contenido del PLH, la Ley aplicable será la que hayan designado tanto el acreedor de alimentos como el deudor, para un procedimiento específico, según los arts. 7 y 8 de dicho Protocolo; o, en segundo término, será de aplicación la Ley del Estado en la que el acreedor de los

---

<sup>86</sup> Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>87</sup> REGLAMENTO (CE) No 4/2009 del Consejo de 18 de Diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:007:0001:0079:ES:PDF> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>88</sup> Decisión del Consejo de 30 de Noviembre de 2009 relativa a la adhesión de la Comunidad Europea al Protocolo de La Haya, de 23 de noviembre de 2007, sobre la Ley aplicable a las obligaciones alimenticias. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2009/331/L00017-00023.pdf> (Consulta: 8 de Diciembre de 2015).

<sup>89</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Alimentos”, en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 503.

alimentos resida, tal y como dispone el art. 3, a no ser que en el Protocolo se dispusiera algo diferente.

Existe una norma específica que rige entre los cónyuges y ex cónyuges, establecida en el art. 5 PLH, y por medio de la cual la Ley aplicable va a ser, en primer término, la que hayan decidido dichos cónyuges ateniéndose al contenido del art. 8 PLH. En defecto de elección, será la Ley de residencia habitual del acreedor de alimentos, precepto que no resultará de aplicación si una de las partes se opone y si la Ley de otro Estado, particularmente la del Estado donde se fijó la última residencia común, está más vinculada con el caso, algo que legitima al juez de cada caso a tener cierto espacio para resolver en qué casos se produce una injusticia con uno u otro movimiento espacial<sup>90</sup>.

Asimismo, el derecho de alimentos debe interpretarse de forma amplia, por lo que incluye no sólo la alimentación y nutrición, sino también otros elementos básicos y de primera necesidad, como el alojamiento, la asistencia sanitaria o la educación. Además, el concepto también incluye la pensión compensatoria<sup>91</sup>.

#### **3.4.2.2.V Derechos sucesorios**

Al igual que sucede con el derecho de alimentos, también hay un reglamento que es de aplicación en las sucesiones internacionales: el Reglamento de la Unión Europea 650/2012<sup>92</sup>, excluyendo únicamente a Irlanda, Reino Unido y Dinamarca<sup>93</sup>. Es el encargado de determinar la competencia judicial internacional, la ley aplicable, y el reconocimiento y ejecución de resoluciones y documentos públicos. Este Reglamento va a ser de aplicación cuando la sucesión *mortis causa* tenga una "repercusión transfronteriza", entendiendo como dicha sucesión

---

<sup>90</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, pp. 507-508.

<sup>91</sup> J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Alimentos", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p. 503.

<sup>92</sup> REGLAMENTO (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de Julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa* y a la creación de un certificado sucesorio europeo. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:201:0107:0134:ES:PDF> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>93</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.531.

cualquier método de transmisión de bienes, derechos y obligaciones. La aplicación del Reglamento ha cobrado sentido en referencia a las personas fallecidas tras el 17 de Agosto de 2015, siendo de aplicación su Capítulo III; mientras que las que falleciesen con anterioridad se van a regir por lo establecido en el art. 9.8 CC, además de permanecer la vigencia de este artículo para ser de aplicación a los casos propios de muerte del causante en "Derecho interregional"<sup>94</sup>. De esta forma, aunque no se derogue el citado artículo, las normas de elaboración interna relativas a sucesiones internacionales se van a reducir al mínimo<sup>95</sup>, en favor de una normativa internacional que se propone encontrar la unidad de regulación.

### 3.5 Tratamiento jurisprudencial

En varias ocasiones, la jurisprudencia se ha pronunciado por cuestiones controvertidas que tenían lugar tanto dentro del matrimonio entre personas del mismo sexo, como en torno a él. La expresión más relevante fue, como indicamos al principio para aclarar el concepto de matrimonio, la del TC sobre la constitucionalidad de la Ley 13/2005, que permitía contraer matrimonio a las parejas del mismo sexo, con plena igualdad jurídica que las parejas de distinto. No sólo se debatió el derecho a casarse, sino también el derecho de adopción, pues el recurso consideraba que también se vulneraba el art.39.2 CE, pues no se protegía integralmente a los hijos con la nueva regulación. A este respecto, J. J. Bonilla Sánchez, considera que *"el Tribunal Constitucional, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, que deja un margen amplio de apreciación a las autoridades de los Estados miembros, señala que la adopción es 'dar una familia a un niño, y no un niño a una familia' y que el Estado debe asegurarse de que las personas elegidas como adoptantes sean las que puedan ofrecerle, desde todos los puntos de vista, las condiciones de acogida más favorables". A este respecto, no existe certeza que permita afirmar actualmente que esas condiciones no puedan ser proporcionadas por una pareja homosexual. El interés del menor adoptado por un matrimonio entre personas del mismo sexo, o por un matrimonio entre personas de distinto sexo, ha de ser preservado en cada caso concreto en función del escrutinio al que el Juez somete a los eventuales*

<sup>94</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.534.

<sup>95</sup>E. CASTELLANOS RUIZ, "Sucesión hereditaria: Reglamento 650/2012 sobre Sucesión Internacional", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.535.

*adoptantes, con independencia de su orientación sexual, de modo que el deber de protección integral de los hijos que se deriva del artículo 39.2 de la Carta Magna no queda afectado por el hecho de que se permita o se prohíba a las personas homosexuales adoptar, bien de forma individual, bien conjuntamente con su cónyuge*<sup>96</sup>. Así, lo que se pretendió aclarar es que la adopción no implica para el menor el derecho a un padre y a una madre, sino que la protección de éste tiene lugar en tanto se le proporcionen las condiciones necesarias para su desarrollo, para lo cual un individuo no deja de ser apto por tener una orientación sexual u otra.

Esta reforma matrimonial, que no dejó indiferente a nadie, fue puesta en tela de juicio incluso por los propios jueces que debían elaborar el expediente matrimonial para aquellas del mismo sexo que quisieran acceder a la institución, lo que llevó a algunos de ellos a interponer también un recurso de inconstitucionalidad, legitimados para hacerlo según el contenido del art.35.1 de la LOTC: *“cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional”*. Sin embargo, el TC no los admitió a trámite, porque consideró que la legitimación de los jueces para interponer recursos de inconstitucionalidad está declarada para los momentos en los que ejerce la función jurisdiccional y debe dictar resolución, de forma que instruyendo un expediente matrimonial no está llevando a cabo tal función. En ese caso, el juez encargado del Registro Civil está realizando una actividad administrativa, por lo que, aunque tome una decisión en forma de auto, no puede decirse que esté legitimado para interponer el recurso citado.

Como puede observarse, la línea jurisprudencial es tendente no sólo a constatar la constitucionalidad de la Ley 13/2005 que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo, sino también a evitar cualquier tipo de discriminación que pueda surgir en torno a él, ya sea por lo que implica la propia inscripción de éste o por los efectos que derivan de él, como sucede con la filiación. De este modo, los tribunales españoles procuran velar por el cumplimiento del artículo 14 CE, que prohíbe la discriminación, así como que la igualdad de los ciudadanos sea efectiva y se proteja el libre desarrollo de la personalidad de los individuos, algo totalmente vinculado a la dignidad humana.

---

<sup>96</sup>J. J. BONILLA SÁNCHEZ, “Sobre la declaración de constitucionalidad del matrimonio entre personas del mismo sexo, homosexual o igualitario”, *Espacio y tiempo: revista de ciencias humanas*, N°27, 2013, p. 43.

#### 4. EL MATRIMONIO ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO FUERA DE ESPAÑA

La situación internacional para las personas homosexuales, en lo relativo a sus derechos y a la posibilidad de establecer relaciones jurídicas con personas de su mismo sexo, varía en función del punto geográfico en el que nos encontremos. En ese sentido, y en consonancia también con la ilustración siguiente del CUADRO 1<sup>97</sup>, se puede elaborar una clasificación de los diferentes países según la postura que toman para legislar las relaciones entre personas del mismo sexo, esto es: aquellos que permiten el vínculo matrimonial, en condiciones de igualdad con las parejas heterosexuales; los que contemplan en su regulación figuras análogas al matrimonio para las parejas del mismo sexo, en muchos casos con derechos y obligaciones similares; después, aquellos que introducen alguna figura jurídica a la que es posible acceder en parejas homosexuales, pero con efectos más limitados; y, por último, aquellos Estados donde estas uniones no se regulan, simplemente, porque estas relaciones penalizadas, incluso en algún territorio con pena de muerte<sup>98</sup>.

No es de extrañar, así, que el DIPr se enfrente, cada vez con mayor frecuencia, a retos difícilmente salvables. Sin embargo, esta disciplina debe asumir la tarea de solventar los desacuerdos que puedan tener lugar en el ámbito jurídico, con el fin de evitar que los efectos que se desprenden de ciertos actos jurídicos sean nulos, o se modifique su dimensión, al cambiar de coordenadas geográficas. Esa, en esencia, es la función del DIPr, lidiar con las diferencias que existan entre los diferentes ordenamientos y lograr un equilibrio, tal y como describe H. Gaudement-Tallon: “*el DIPr es, ante todo, un Derecho que debe permitir la coordinación armoniosa entre sistemas jurídicos sustancialmente diferentes*”<sup>99</sup>. Encontrar ese equilibrio será de inmensa utilidad para proteger la esfera personal del individuo, así como para garantizar sus derechos en cualquier lugar, para lo cual es necesario la convergencia

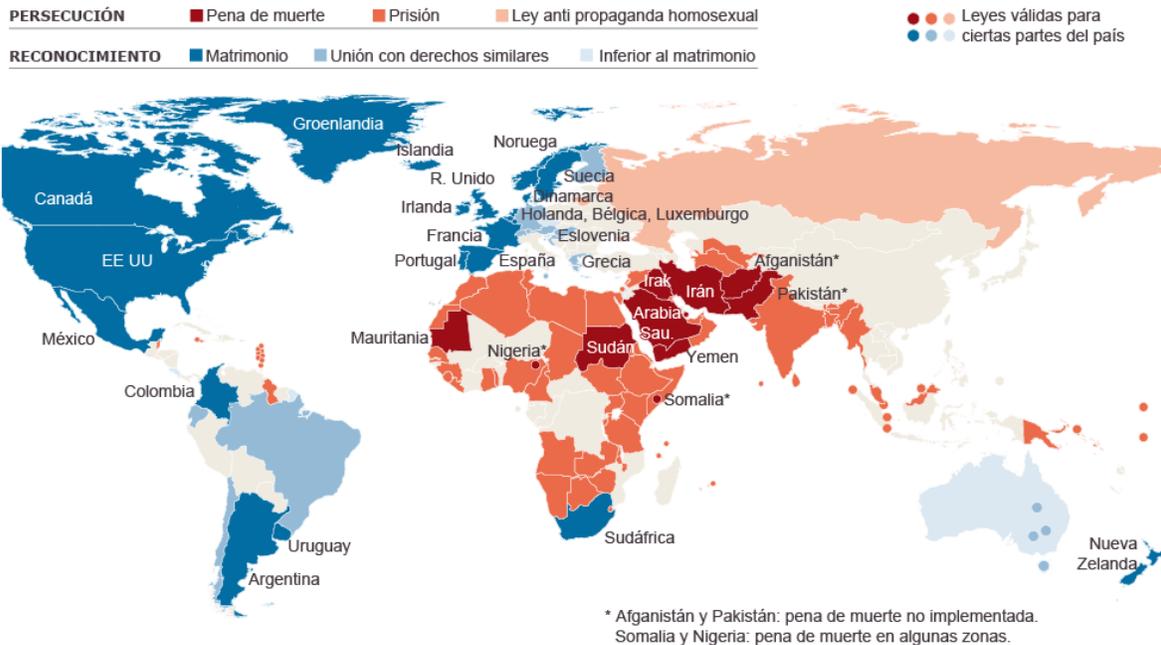
---

<sup>97</sup> Imagen perteneciente al periódico El País, en “La Corte Constitucional de Colombia avala el matrimonio igualitario”, de 8 de Abril de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/07/colombia/1460039385\\_8374\\_14.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/04/07/colombia/1460039385_8374_14.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>98</sup> M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta 7 de Octubre de 2015).

<sup>99</sup> Traducción de M. SOTO MOYA en *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.

de las diferentes culturas, y para lo que E. Jayme determina como que "El DIPr está destinado a ser una de las materias clave para la protección de la persona humana, porque siendo este el fin del Derecho privado, lo es con mayor razón el DIPr en tanto que las soluciones a los conflictos de leyes presuponen un diálogo intercultural que respeta la diversidad de los individuos"<sup>100</sup>. Por lo tanto, conviene realizar un análisis de cada ordenamiento jurídico para conocer cuál va a ser a regulación que van a otorgar a las parejas del mismo sexo, y cómo va a actuar el DIPr para resolver las controversias.



CUADRO 1

#### 4.1 Otros países de la Unión Europea

La Unión Europea ha sido el foco de iniciación de derechos y reconocimientos para parejas del mismo sexo. El primer país del mundo que eliminó toda regulación que implicase una discriminación por razón de orientación sexual fue Dinamarca, en el año 1934. Le siguieron Finlandia en 1971 y Noruega en 1972. Asimismo, los países

<sup>100</sup>Traducción de M. SOTO MOYA en *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 28.

escandinavos también fueron pioneros en regular la unión para parejas de hecho del mismo sexo: Dinamarca, en junio de 1989, Noruega en 1993 y Suecia en 1995<sup>101</sup>. Aunque los derechos que podían ofrecer estaban bastante restringidos, pues tendían a excluir, por ejemplo, facultades como la de la adopción o limitarla, estos reconocimientos supusieron a nivel mundial una muestra de evolución en materia social.

Francia también quiso avanzar en la extensión de derechos a los homosexuales y en 1999 vieron la luz las PACS, o Pacto Civil de Solidaridad, que, aunque también excluyó el derecho de adopción, era un contrato al que podían acceder tanto parejas heterosexuales como homosexuales y, además, desplegaba los mismos efectos que el matrimonio<sup>102</sup>. En definitiva, la Unión Europea ha contado siempre con países de referencia en cuanto al reconocimiento de derechos y libertades civiles, ya que, como se va a ver a continuación, sus legisladores han intentado modificar sus ordenamientos jurídicos a la vez que se producían los cambios sociales.

#### **4.1.1 Normativa relativa a la homosexualidad**

La primera vez que en el seno de la Unión Europea se contempló la necesidad de acabar con la discriminación por razón de orientación sexual fue a través del Parlamento, el cual en 1994, a través de la Resolución A-0028/94, pidió a los Estados Miembros: "(...) *que se ponga fin al trato desigual de las personas con orientación sexual en las disposiciones jurídicas y administrativas*"; añadiendo, además, que la recomendación "*debería, como mínimo, tratar de poner fin (...) a la prohibición de contraer matrimonio o de acceder a regímenes jurídicos equivalentes a las parejas de lesbianas o de homosexuales; la recomendación debería garantizar los plenos derechos y beneficios del matrimonio, permitiendo la inscripción de la convivencia (...)*"<sup>103</sup>.

Esta cuestión, la de tomar medidas contra la discriminación por razón de la orientación sexual, no fue ignorada en el Tratado

---

<sup>101</sup>M. FLORES / T. GROPP/ R. PISILLO MAZZESCHI, *Diccionario básico de derechos humanos: Cultura de los derechos en la era de la globalización*, México, Flasco, 2009, pp. 128-132.

<sup>102</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 5.

<sup>103</sup> Comunicación 038 en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, de 8 de Febrero de 1994, sobre documentos transmitidos por la Comisión del Consejo durante el período del 24 al 28 de Enero de 1994, p. 42. Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C:1994:061:FULL&from=ES> (Consulta: 2 de Diciembre de 2015).

Constitutivo de la Comunidad Europea, en vigor desde 1991, donde se reguló en su artículo 13<sup>104</sup>. Este Tratado se derogó en 2009 por uno posterior, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor desde 2010, donde se incluyó el mismo asunto en el artículo 19<sup>105</sup>. Así, se dispuso que, en el primer apartado del citado artículo 19, *“sin perjuicio de las demás disposiciones de los Tratados y dentro de los límites de las competencias atribuidas a la Unión por los mismos, el Consejo, por unanimidad con arreglo a un procedimiento legislativo especial, y previa aprobación del Parlamento Europeo, podrá adoptar acciones adecuadas para luchar contra la discriminación por motivos de sexo, de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual”*.

Si acudimos al contenido de la legislación europea, concretamente al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en su artículo 14 se encuentra la prohibición de la discriminación. Aunque este precepto no recoge de forma directa la “orientación sexual” como característica protegida<sup>106</sup>, sí es cierto que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha interpretado que tal condición puede incluirse dentro de “cualquier otra situación”, porque no se trata de un “*numerus clausus*”. Numerosas sentencias del TEDH avalan esta interpretación, cuando han existido casos de discriminación por razón de orientación sexual<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> Disponible en: [https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat\\_EC\\_consol.pdf](https://www.boe.es/legislacion/enlaces/documentos/ue/Trat_EC_consol.pdf) (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>105</sup> Disponible en: <https://www.boe.es/doue/2010/083/Z00047-00199.pdf> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>106</sup> LUXEMBURGO, 2011. Manual de legislación europea contra la discriminación, de 26 de Julio, del Consejo de Europa. Disponible en: [http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra\\_uploads/1510-FRA\\_CASE\\_LAW\\_HANDBOOK\\_ES.pdf](http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/1510-FRA_CASE_LAW_HANDBOOK_ES.pdf) (Consulta: 6 de Octubre de 2015).

<sup>107</sup> En P.B. y J.S. (nº 18984/02) contra Austria, se había denegado la cobertura de un seguro de salud a la pareja homosexual del que contrató el seguro, algo que no ocurría entre parejas de heterosexuales porque hasta 2007 contaba con una cláusula que permitía la extensión del seguro a “persona del sexo opuesto que cohabitara con el asegurado”, por lo que el TEDH lo declaró contrario al contenido del artículo 14 CEDH. También en el ámbito de la adopción, como en E.B. contra Francia (nº 43546/02) en el que el TEDH constató que se había violado el artículo 14 al desestimar la demanda de acuerdo previo de una mujer soltera sobre una adopción de un niño, por el mero hecho de mantener relación contra mujer; también en paternidad, en Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal (nº 33290/96) el TEDH falló que se había producido discriminación al retirar a un padre la custodia compartida de sus hijos por ser homosexual; por último, también en la esfera laboral se han producido discriminaciones y el Tribunal, en Perkins y R. contra Reino Unido (nº 43208/98 y nº 44875/98), tuvo que pronunciarse puesto que se había violado el artículo 14 al expulsar del ejército a los demandantes debido a su homosexualidad.

Como hecho más reciente y notorio, el Informe Anual de Derechos Humanos que realiza el Parlamento Europeo, y aprobado el 12 de marzo de 2015, presenta un interés en regularizar la situación de las parejas homosexuales, recogiendo en el Informe un capítulo dedicado a "Derechos de las personas LGBTI", y exponiendo en uno de los puntos que *"toma nota de la legalización del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo en un creciente número de países — diecisiete en la actualidad— en todo el mundo; alienta a las instituciones y a los Estados miembros de la UE a que contribuyan en mayor medida a la reflexión sobre el reconocimiento del matrimonio o las uniones civiles entre personas del mismo sexo como cuestión política, social y de derechos humanos y civiles"*, así como que *"considera que es más probable que los derechos fundamentales de las personas LGTB se vean protegidos si tienen acceso a instituciones jurídicas como la convivencia, la unión registrada o el matrimonio"*<sup>108</sup>. Estos preceptos invitan, cuando menos, a los países de la Unión Europea a legislar este tipo de relaciones, ya que garantizar los derechos fundamentales debe ser prioritario para los Estados democráticos. Ello probablemente sea más factible si se regula, con naturalidad y en igualdad de condiciones, la situación de aquellas minorías que tradicionalmente han estado discriminadas.

#### **4.1.2 La regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo**

Imprescindible comenzar con el caso de **Países Bajos**, el primer país del mundo en legalizar el matrimonio entre personas del mismo sexo. Se mantuvieron los mismos derechos y obligaciones para los contrayentes que si se tratase de un matrimonio entre personas de sexo diverso, pues no se modificó el contenido del derecho, pero se limitó el caso de la adopción, acto jurídico que se mantuvo sólo para parejas de distinto sexo. Además, en lo que respecta a su derecho internacional privado, esta reforma del Código Civil holandés, a través de la ley de 21 de Diciembre del 2000, exige que, para la celebración de esta modalidad

---

<sup>108</sup> FRANCIA, 2015. Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo y la política de la Unión Europea al respecto, elaborado el 20 de Febrero, del Parlamento Europeo. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0023+0+DOC+XML+V0//ES> (Consulta: 18 de Octubre de 2015).

matrimonial, como mínimo, uno de los futuros cónyuges sea nacional del país o, al menos, resida en territorio holandés<sup>109</sup>.

Le siguió los pasos, también en la esfera internacional, **Bélgica** en el año 2003. Aunque en un primer momento mostró la misma postura que los holandeses con respecto a la adopción, posteriormente la ley se reformó para incluir a las parejas del mismo sexo como partes potenciales de este acto jurídico. Así, la única divergencia entre ambas leyes se encontraba dentro de su derecho internacional privado, pues la normativa belga permitía contraer matrimonio siempre que alguno de los cónyuges hubiera vivido, un concepto menos restrictivo que el de la residencia, al menos, 3 meses en el territorio nacional<sup>110</sup>.

Tras la aprobación en **España** en 2005, el siguiente en dar el paso fue **Suecia** en 2009. Desaparece la regulación de 1995 sobre parejas de hecho, y se aprobó la Ley sin prácticamente oposición. Gran parte de la Iglesia protestante sueca, además, anunció no tener inconveniente en celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, puesto que la ley estatal aprobada no les afectaba, en tanto que Estado e Iglesia se separaron en el año 2000<sup>111</sup>.

El quinto país en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo fue **Portugal**, en el año 2010, aunque, aquí sí, con bastante controversia y además excluyendo la posibilidad de adoptar. Un sector político conservador y apoyado por la Iglesia Católica quiso someter, a posteriori, este cambio legislativo a referéndum, a lo que la izquierda votó en contra "*por considerar que pone en duda la legitimidad del Parlamento*"<sup>112</sup>. El 20 de Noviembre de 2015 se aprueba en el Parlamento el proyecto que concede el derecho de adopción para las

---

<sup>109</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 3.

<sup>110</sup>M. R. ACEBAL PÉREZ/ M. A. SERRANO, *El matrimonio entre personas del mismo sexo en la legislación española y en el derecho internacional privado*, Artículos doctrinales: Civil. Noticias Jurídicas, Octubre de 2014. Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4934-el-matrimonio-entre-personas-del-mismo-sexo-en-la-legislacion-espanola-y-en-el-derecho-internacional-privado/> (Consulta: 8 de Septiembre de 2015).

<sup>111</sup> Disponible en: <http://www.20minutos.es/noticia/460734/0/suecia/matrimonio/homosexual/> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>112</sup> F. RELEA, *Portugal aprueba el matrimonio homosexual tras un intenso debate*, 8 de Enero de 2010. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/08/actualidad/1262905216\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2010/01/08/actualidad/1262905216_850215.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

parejas homosexuales<sup>113</sup>, en aras de favorecer la integración familiar de aquellos niños de parejas homoparentales que ya se habían formado pese a no contemplarse la posibilidad de la adopción, proyecto que ha sido vetado el 25 de Enero de 2016 por el Presidente, a lo que el Partido Socialista de Portugal contestó que votaría con mayoría absoluta para confirmar la Ley, suficiente para eludir el veto del Presidente según su Constitución<sup>114</sup>.

**Dinamarca**, que ya fue el primer país del mundo en regular las uniones civiles, se unió al matrimonio en el año 2012. Aunque en principio parecía que se había paralizado en el territorio danés la evolución de los derechos de los homosexuales, la ley que permitió el matrimonio incluía, también, la celebración a través de la Iglesia estatal luterana. Groenlandia, territorio autónomo desde 2009 pero formando parte de Dinamarca, decidió adaptar esta regulación danesa en mayo de 2015<sup>115</sup>.

Aunque siempre fue un país revolucionario en lo referente a derechos civiles, una sociedad un poco más conservadora, en lo que a las relaciones personales se refiere, hizo que **Francia** tardase hasta 2013 en regular el matrimonio entre personas del mismo sexo. Hubo bastante tensión dentro del país, así como numerosas manifestaciones "a favor de la familia", que más bien defendía un modelo familiar tradicional. Esta ley otorgó la posibilidad a las parejas homosexuales de acceder a la institución matrimonial, incluyendo la adopción, así como la de poder realizar una petición de reconocimiento del matrimonio, si antes éste se había celebrado en otro país donde sí estuviera reconocido, como los Estados de la UE anteriormente citados<sup>116</sup>.

Por su parte, **Reino Unido** permitió ya en 2005 la posibilidad de celebración de uniones civiles, sin distinción de sexo de las partes, con unos efectos jurídicos similares a los que pudiera desplegar el matrimonio, destacando especialmente la equivalencia en los derechos sucesorios. Aun contando con la disconformidad de la Iglesia Anglicana, así como de los partidos políticos más conservadores, la Ley del

---

<sup>113</sup> Información disponible en: <http://www.ilga-europe.org/resources/news/latest-news/portuguese-same-sex-couples-granted-full-adoption-rights> (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>114</sup> Disponible en: <http://www.afp.com/en/news/portugals-outgoing-president-vetoes-gay-adoption-bill> (Consulta: 27 de Enero de 2015).

<sup>115</sup> Disponible en: <http://www.elmundo.es/elmundo/2011/11/23/internacional/1322062675.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>116</sup>A. TERUEL, *Francia aprueba el matrimonio gay*, 23 de Abril de 2013. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674\\_990979.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/04/23/actualidad/1366713674_990979.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

matrimonio entre personas del mismo sexo fue sancionada por la reina Isabel II y entró en vigor en 2013, incluyendo también los territorios de Gales y Escocia, no así la parte de Irlanda del Norte<sup>117</sup>.

Menos obstáculos encontró **Luxemburgo** para regular el matrimonio entre personas del mismo sexo, y lo hizo a través del precepto "dos personas de sexos diferentes o del mismo sexo pueden contraer matrimonio", lo que igualaba la institución en ambos casos y, por tanto, comprendiendo también la adopción. Aunque se debatió en 2014, la ley entró en vigor a principios de 2015<sup>118</sup>.

**Irlanda**, para evitar el debate que pudiera suscitar, decidió convocar un referéndum sobre la cuestión en 2015. La población irlandesa deliberó, con un 62% de los votos, que aceptaba este enlace, pese a que previamente todo apuntase a lo contrario, pues la sociedad irlandesa siempre fue considerada como una de las más católicas de la UE y, por ende, de las más conservadoras, sobre todo teniendo en cuenta que las relaciones homosexuales estuvieron penalizadas en Irlanda hasta el año 1993<sup>119</sup>. La Ley que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo entró en vigor el 16 de Noviembre de 2015<sup>120</sup>.

Del mismo modo, en **Finlandia**, la reforma sobre el matrimonio tuvo lugar gracias a una recogida de firmas de los ciudadanos que demandaban este cambio con más de 160.000 firmas. Teniendo en cuenta que el resto de sus países vecinos ya lo habían aprobado, ha sido un país que ha tardado bastante en transformar su regulación, a pesar de tener acceso a las parejas de hecho desde 2002. La normativa reformada entrará en vigor en 2017<sup>121</sup>.

El último país en pronunciarse al respecto ha sido **Italia**, que en febrero de 2016 ha visto aprobada la unión civil para parejas del mismo

---

<sup>117</sup>Disponible en: [http://www.huffingtonpost.es/2013/07/17/matrimonio-gay-en-reino-unido\\_n\\_3610756.html](http://www.huffingtonpost.es/2013/07/17/matrimonio-gay-en-reino-unido_n_3610756.html) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>118</sup> Disponible en: <http://www.eluniversal.com/internacional/140618/en-luxemburgo-aprueban-matrimonio-homosexual> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>119</sup>C. MAZA, *Irlanda aprueba el matrimonio homosexual en un referéndum histórico*, 23 de Mayo de 2015. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-05-23/irlanda-se-inclina-a-favor-del-matrimonio-homosexual-en-un-referendum-historico\\_853481/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-05-23/irlanda-se-inclina-a-favor-del-matrimonio-homosexual-en-un-referendum-historico_853481/)

(Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>120</sup> T. BROOKS-POLLOCK, *Ireland gay marriage: Same-sex couples can officially get hitched from today*, 16 de Noviembre de 2015. Disponible en: <http://www.independent.co.uk/news/world/europe/ireland-gay-marriage-same-sex-couples-can-officially-get-hitched-from-today-a6736476.html> (Consulta: 8 de Diciembre de 2015).

<sup>121</sup>Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2014/11/28/5478704322601d7c378b4581.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

sexo<sup>122</sup>. Hasta entonces, era un Estado donde no había regulación de instituciones jurídicas en algunas zonas, pero la mayoría de regiones contemplaba el “registro cohabitacional”, es decir, una inscripción administrativa de declaración de convivencia. Ello no debía ser óbice para el reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en otros países de la UE, ni de formas análogas, por mucho que el Tribunal de Justicia como la Corte de Apelación de Roma interpretan el derecho al matrimonio de su Constitución como el vínculo entre dos personas de diferente sexo<sup>123</sup>. La diversidad de sexos para contraer matrimonio supone no sólo la negativa a la inscripción en su Registro Civil, sino todo lo que conlleva la no inscripción en tal Registro: la inobservancia de los diferentes derechos y obligaciones que tienen lugar con el matrimonio. Así lo ha ratificado el TEDH en la sentencia citada de 21 de Julio de 2015, por lo que Italia se comprometió a presentar un proyecto de Ley sobre uniones civiles antes de que finalizase el mismo año<sup>124</sup>. Con base en lo expuesto, la Cámara Alta italiana (Senado) comenzó a debatir el proyecto de uniones civiles el jueves 28 de Enero de 2016, que se ha abierto finalmente tanto a parejas de diferente como del mismo sexo.

#### 4.1.2.1 Concepto de cónyuge según la jurisprudencia

Hasta ahora, la línea seguida a la hora de valorar lo que se concibe por modelo familiar ha sido muy moderada, seguramente por la diversidad de regulación en lo referente al Derecho de Familia en los Estados que conforman la UE. Es por ello, que es muy probable que la interpretación de la noción de cónyuge ha sido restrictiva en tanto que no se asemejaba a la evolución social en los esquemas familiares, ya que, como se ha reseñado en más de una ocasión, éstos actualmente son más amplios que el que puede nacer a partir del matrimonio entre un hombre y una mujer. A pesar de ello, no existe Derecho derivado ni tampoco preceptos de la jurisprudencia perteneciente al TCE que aborden la cuestión y esclarezcan, de todas, el significado que debe

---

<sup>122</sup> P. ORDAZ, *El Senado italiano aprueba las uniones civiles entre homosexuales*, 26 de Febrero de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/25/actualidad/1456425965\\_498464.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/02/25/actualidad/1456425965_498464.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>123</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 162.

<sup>124</sup> Información disponible en: [http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-10-14/proyecto-de-ley-sobre-uniones-civiles-homosexuales-llega-al-senado-italiano\\_714842/](http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-10-14/proyecto-de-ley-sobre-uniones-civiles-homosexuales-llega-al-senado-italiano_714842/) (Consulta: 26 de Noviembre de 2015).

aplicarse al concepto de cónyuge para los ciudadanos de la UE y dentro del Derecho de familia<sup>125</sup>.

Teniendo en cuenta que actualmente casi la mitad de países de la UE ya contemplan el matrimonio igualitario, resulta muy importante definir esta cuestión en relación al derecho de reagrupación del cónyuge, contemplado en el art. 10 del Reglamento 1612/68 sobre libre circulación de trabajadores<sup>126</sup>. Aunque el TJCE no puede interpretar de forma amplia el concepto, debido a que no se puede dilucidar su sentido según la regulación de un solo Estado sino en el seno de toda la Comunidad, sí que afirmó que el artículo 10 "*contempla exclusivamente una relación fundada en el matrimonio*"<sup>127</sup>. Esta consideración implica la celebración de un matrimonio válido dentro de un Estado miembro, para que se pueda considerar a un individuo cónyuge de otro a la luz del Derecho comunitario, a lo que el Parlamento Europeo quiso añadir una puntualización para que no cupiera ninguna duda al respecto, en una Propuesta de Directiva<sup>128</sup>, sumando al contenido del Reglamento la consideración de "*el cónyuge, independientemente de su sexo, conforme a la correspondiente legislación nacional*".

#### 4.1.2.2 Figuras afines en algunos países: las parejas registradas

Si se observa el significado amplio de unión registrada, se entiende que es "*la convivencia de dos personas como pareja y el registro de esa situación ante una autoridad pública de su Estado de residencia*"<sup>129</sup>. Siguiendo el modelo del PACS francés, **Alemania** decidió, en 2001, regular la misma cuestión a través de *Eingetragene Lebenspartnerschaftsgesetz*, cuyo contenido es cercano al del matrimonio<sup>130</sup>. Dentro del DIPr alemán, el punto general de conexión en

---

<sup>125</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 138.

<sup>126</sup> Disponible en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:31968R1612> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>127</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 140.

<sup>128</sup> Enmienda 14, de 23 de Enero de 2003, PE 319.238, Documento de sesión A5-0009/2003. Disponible en: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A5-2003-0009+0+DOC+XML+V0//ES> (Consulta: 12 de Noviembre de 2015).

<sup>129</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 127.

<sup>130</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 6.

el Derecho de familia es la nacionalidad, también para el matrimonio, algo que no sucede en la pareja registrada: la clave aquí es el lugar donde ésta se ha registrado<sup>131</sup>. Sin embargo, la norma de conflicto aplicable al matrimonio (la cual determina que hay que acudir al derecho del país cuya nacionalidad ostenten los cónyuges) no es de uso en caso de matrimonios entre personas del mismo sexo, puesto que en el Derecho alemán existe una figura similar, la pareja registrada, y no abogan por la equiparación de ambas instituciones<sup>132</sup>. Además, para constituir una pareja registrada en Alemania no es necesaria la residencia ni ostentar la nacionalidad alemana, puesto que la normativa aplica la *Lex Fori*<sup>133</sup> (Ley del país de registro y constitución de la pareja), por lo que cualquiera puede formalizarla.

También existe esta figura en **Austria, República Checa, Estonia, Malta, Hungría y Croacia**. Estos dos últimos países, a pesar de contar con las uniones registradas, no abren la puerta al matrimonio entre personas del mismo sexo ya que, constitucionalmente, está prohibido y sólo es accesible para unir a un hombre y una mujer. Estas uniones civiles no dan acceso a la adopción ni tampoco son equiparables en su totalidad al matrimonio, pues hay derechos que sólo atañen a éste y son disfrutados por las parejas heterosexuales que deciden establecer este vínculo. En **Chipre**, donde las relaciones entre personas del mismo sexo estuvieron penalizadas hasta 1998, se ha aprobado en Noviembre de 2015 una Ley sobre parejas de hecho, la cual incluye a parejas homosexuales y heterosexuales, excluyendo el derecho de adopción pero reconociendo otros como la seguridad social o la custodia de hijos, la obligación de pasar una pensión alimenticia en caso de separación o compartir bienes<sup>134</sup>. De forma reciente, se ha sumado a este grupo **Grecia**, país que ha aprobado las uniones civiles pero sin el derecho de adopción ni tampoco el de otorgamiento de custodia de los hijos de la pareja<sup>135</sup>.

---

<sup>131</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 167-168.

<sup>132</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 168.

<sup>133</sup>J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, "Matrimonio y parejas de hecho", en A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ (dirs.), *Derecho Internacional Privado*, Volumen II, Granada, Comares, 15ª edición, 2014, p.144.

<sup>134</sup>Información disponible en: <http://www.elconfidencial.com/ultima-hora-en-vivo/2015-11-26/el-parlamento-de-chipre-aprueba-la-ley-sobre-parejas-de-hecho-755916/> (Consulta: 28 de Noviembre de 2015).

<sup>135</sup> M. A. SÁNCHEZ-VALLEJO, *Grecia legaliza las uniones gais pese a la firme oposición de la Iglesia*, 23 de Diciembre de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/22/actualidad/1450821386\\_657140.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/22/actualidad/1450821386_657140.html) (Consulta: 24 de Diciembre de 2015).

Cabe destacar, por último, el caso de **Eslovenia**, un país que aprobó ya en 2005 las uniones civiles, pero con demasiadas limitaciones en lo que a derechos se refería: excluía adopción, ser considerado miembro de la familia... El Tribunal Constitucional esloveno, en 2009, consideró que la ley que aprobaba estas uniones incurría en discriminación en tanto que había marcadas diferencias entre las parejas homosexuales y las heterosexuales. El poder legislativo se vio obligado a resolver la desigualdad y, tras seis años, ha sido en 2015 cuando ha regularizado el matrimonio igualitario, de tal forma que cualquier pareja, sin importar el sexo de los contrayentes, puede acceder a la institución, con los mismos derechos y obligaciones, incluyendo también la adopción<sup>136</sup>. Sin embargo, un referéndum convocado para consultar la cuestión a los ciudadanos eslovenos ha tenido una respuesta negativa por parte de éstos, lo cual implica que la Ley aprobada del matrimonio igualitario al principio de año no va a poder entrar en vigor<sup>137</sup>.

#### **4.1.3 Denegación del reconocimiento en algunos países de la UE de las parejas registradas y matrimonios válidamente celebrados en otros Estados miembros**

Existen diversos países en la Unión Europea cuyo ordenamiento jurídico no contempla regulación alguna sobre instituciones jurídicas abiertas a parejas del mismo sexo. Otros, en cambio, pueden regular alguna figura pero no con la suficiente entidad como para desplegar efectos jurídicos, ni tampoco con la relevancia necesaria para justificar el reconocimiento de instituciones de mayor amplitud. Hablamos, en primera instancia, de **Rumanía**, el cual no se ha pronunciado en su legislación sobre ningún aspecto. A pesar de ello, el gobierno rumano estudia blindar el concepto de matrimonio en su Constitución, tal y como sucede en otros países de la UE, que se comentarán después del caso italiano.

Por otro lado, podemos encontrarnos con países que, si bien tampoco contemplan ninguna figura jurídica en su ordenamiento para este caso, además han considerado necesario "blindar" el concepto de matrimonio constitucionalmente, y restringirlo a una unión entre hombre y mujer, lo cual sucede en **Polonia, Eslovaquia, Bulgaria** y

<sup>136</sup> Disponible en: <http://www.abc.es/sociedad/20150304/abci-eslovenia-matrimonio-homosexual-adopcion-201503040923.html> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>137</sup> M. R. SAHUQUILLO, *Eslovenia rechaza en referéndum el matrimonio homosexual*, 21 de Diciembre de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/20/actualidad/1450648264\\_614707.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/12/20/actualidad/1450648264_614707.html) (Consulta: 24 de Diciembre de 2015).

**Letonia.** Para finalizar con esta lista de países, resulta chocante que dentro de la Unión Europea se encuadre el caso de **Lituania**, un Estado en el que no sólo se prohíbe constitucionalmente el matrimonio igualitario, sino en el que además existe una legislación que restringe la expresión y asociación para la comunidad LGTBI.

## 4.2 Regulación en otros Estados de la Comunidad Internacional

### 4.2.1 Países que permiten la celebración del matrimonio entre personas del mismo sexo u ofrecen la posibilidad de acceso a uniones diferentes a la del matrimonio

Para iniciar este apartado, es necesario comentar el caso de **Canadá**. Fue el primer país fuera de las fronteras de la UE en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo, en Julio del 2005. Fue una cuestión curiosa teniendo en cuenta que la iniciativa legislativa partió del poder judicial, el cual consideró que exigir una diversidad de sexos para el derecho a contraer matrimonio no entraba dentro del contenido de la Carta de Derechos canadiense, *Charter of Rights*. De esta manera, el propio Tribunal Constitucional de Canadá, sin entrar en la constitucionalidad de una ley que permitiera el matrimonio entre personas del mismo sexo, avaló el contenido de la normativa sin entrar en debates constitucionales<sup>138</sup>.

Algo similar ocurrió en **Sudáfrica**, cuando desde el poder judicial, en 2004, se interpretó ampliamente el *Common Law* y, en la sentencia *Fourie v. Minister of Home Affairs*, el órgano superior en el ámbito civil declaró que en la definición de matrimonio no había nada que impidiera incluir a las parejas del mismo sexo<sup>139</sup>. Este contenido fue confirmado después por el Tribunal Constitucional, en 2005, y se instó al Parlamento sudafricano a modificar la regulación, que lo hizo a través de la reformada *Civil Union Act* en el año 2006.

**Noruega**, que fue uno de los primeros países en regular uniones civiles para parejas del mismo sexo, pasó a aprobar el matrimonio igualitario en 2009, incluso permitiendo la celebración por medio de la Iglesia Luterana estatal, que no iba a estar obligada por la reforma normativa, sino que dejaba en manos de cada órgano de nombramiento

---

<sup>138</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 3.

<sup>139</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, Nº 2, 2007, p. 5.

la decisión de celebrarlas o no<sup>140</sup>. **Islandia** y **Argentina** fueron los dos países que aprobaron el matrimonio en 2010: en el primer caso, se permitió en una votación unánime y la reforma derogaba la normativa sobre uniones civiles de 1996, y su Iglesia Luterana estatal, como en el caso anterior, puede decidir si celebrarlos o no<sup>141</sup>; en el segundo caso, hablamos de un país cuya capital – Buenos Aires- ya regulaba el matrimonio entre personas del mismo sexo con anterioridad, y pasa después a ser de ámbito nacional la regulación que otorga derechos equivalentes a parejas homosexuales y heterosexuales<sup>142</sup>. Merece la pena profundizar algo más en el caso argentino, el cual se presentó como *amicus curiae* (más concretamente se comentan sus antecedentes con informes de la Federación Argentina LGBT y el Centro de Estudios Legales y Sociales, así como su Ley 26.618 de Matrimonio Civil) ante la Corte de Estados Unidos para conseguir allí la aprobación (país que se comenta a continuación), y además fue el primero en Latinoamérica en aprobar el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>143</sup>. Este país modificó su Código Civil consiguiendo un artículo redactado para el matrimonio de la siguiente forma: “Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio, y los efectos que éste produce, sea constituido por dos personas de distinto o igual sexo”<sup>144</sup>. Así, esta redacción se convertía en un referente para todos los países sudamericanos y lo sería también para Estados Unidos.

Igual que sucedió con Canadá y Sudáfrica, la iniciativa judicial fue la encargada de conseguir la aprobación del matrimonio para parejas homosexuales en **Brasil** en mayo de 2013<sup>145</sup>. En **Nueva Zelanda**,

---

<sup>140</sup> Información disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/12/actualidad/1213221613\\_850215.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2008/06/12/actualidad/1213221613_850215.html) (Consulta: 21 de Noviembre).

<sup>141</sup> Información disponible en: <http://www.abc.es/20100611/internacional/matrimonio-homosexual-201006111757.html> (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>142</sup> Información disponible en: [http://www.bbc.com/mundo/america\\_latina/2010/07/100715\\_senado\\_argentina\\_matrimonio\\_homosexual\\_jueves\\_rg.shtml](http://www.bbc.com/mundo/america_latina/2010/07/100715_senado_argentina_matrimonio_homosexual_jueves_rg.shtml) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>143</sup> M. BELGRANO RAWSON, “Ley de matrimonio igualitario y aborto en Argentina: notas sobre una revolución incompleta”, *Revista de Estudios Feministas*, Vol. 20, Nº1, 2012.

<sup>144</sup> Artículo 402 del Código Civil y Comercial unificado de la Nación de Argentina. Disponible en: <http://www.notarfor.com.ar/codigo-civil-comercial-unificado/> (Consulta: 14 de junio de 2016).

<sup>145</sup> J. ARIAS, *Brasil legaliza el matrimonio homosexual por la vía judicial*, Mayo de 2013. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045\\_328434.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2013/05/14/actualidad/1368546045_328434.html) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

donde ya se habían reconocido las uniones civiles a parejas del mismo sexo en 2005, en Agosto de 2013 entró en vigor la norma que establecía el matrimonio igualitario<sup>146</sup>, convirtiéndose en el primer país de Oceanía en aprobarlo.

Asimismo, **Uruguay** reconocía desde 2007 ciertos efectos a las uniones que hayan tenido una duración superior a cinco años. En su normativa, se define el concepto de unión como *"la situación de hecho derivada de la comunidad de vida de dos personas- cualquiera sea su sexo, identidad, orientación u opción sexual- que mantienen una relación afectiva de índole sexual, de carácter exclusiva, singular, estable y permanente, sin estar unidas por matrimonio entre sí y que no resulta alcanzada por los impedimentos dirimentes establecidos en los numerales 1º, 2º, 4º y 5º del art. 9.1 del código civil"*, estos impedimentos referidos a la edad, el consentimiento y parentesco<sup>147</sup>. En Mayo de 2013, bajo la presidencia de José Mujica, la institución matrimonial se abría en este país también a parejas del mismo sexo, reformando su normativa y señalando que el matrimonio *"implicará la unión de dos contrayentes, cualquiera sea la identidad de género u orientación sexual de éstos, en los mismos términos, con iguales efectos y formas de disolución que establece hasta el presente el Código Civil"*<sup>148</sup>.

Mención especial merece **Estados Unidos** por su repercusión internacional a la hora de tomar decisiones que afectan a los derechos de las personas, de tal modo que se debe profundizar en los pasos que ha seguido hasta llegar a establecerse para todos los estados federales, en el verano del 2015, tras muchos años de controversia al respecto entre las distintas normativas federales. El Estado de Massachusetts lo aprobó en 2003, y desde entonces lo hicieron varios Estados siguiendo su ejemplo, pero había otros que no sólo se negaban a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, sino que tampoco querían reconocer los que válidamente se habían instruido en otros Estados federales. Hasta el año 2014, todavía había muchos de ellos (14 estados) donde no estaba permitido el matrimonio para los

146

Disponible

en:

<http://www.elmundo.es/elmundo/2013/08/19/internacional/1376895876.html>

(Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

<sup>147</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 166.

148

Información

disponible

en:

[http://www.bbc.com/mundo/ultimas\\_noticias/2013/08/130804\\_ultnot\\_uruguay\\_inician\\_matrimonios\\_homosexuales\\_jrg](http://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2013/08/130804_ultnot_uruguay_inician_matrimonios_homosexuales_jrg) (Consulta: 21 de Noviembre de 2015).

homosexuales<sup>149</sup>, pero, sin embargo, la opinión pública había cambiado bastante más que las legislaciones: cada vez había más gente a favor y menos en contra<sup>150</sup>. Si se acude al contenido de la propia resolución que lo autoriza en todo el país<sup>151</sup>, se puede ver que cada Estado está obligado a expedir la licencia matrimonial a una pareja del mismo sexo por el contenido de la decimocuarta enmienda de su Constitución (relativa a la igualdad), lo cual se sostiene a través de su argumento "*The fundamental liberties protected by the Fourteenth Amendment's Due Process Clause extend to certain personal choices central to individual dignity and autonomy, including intimate choices defining personal identity and beliefs*"<sup>152</sup>. Por eso, la Corte Suprema falló a favor del matrimonio igualitario con 5 votos a favor frente a 4 en contra<sup>153</sup>. A propósito de esta sentencia, el magistrado Anthony Kennedy, quien la redactó, afirmó que "*el deseo de estas parejas no es que les condenen a vivir excluidos de una de las instituciones más antiguas de la civilización. Exigen la igualdad de derechos ante la ley. Y la Constitución les concede ese derecho*", declarándolo constitucional, y con respecto a sus hijos que "*muchas parejas homosexuales han proporcionado el cariño y la protección de un hogar a sus hijos, ya sean biológicos o adoptados. Sin el reconocimiento y la estabilidad que ofrece el matrimonio, esos niños sufren el estigma de saber que sus familias son de alguna manera inferiores. Las leyes vigentes a este respecto dañan y humillan a los niños de parejas del mismo sexo*"<sup>154</sup>. Esta normativa es

---

<sup>149</sup> Tal y como puede verse en el siguiente mapa: <http://www.pewforum.org/2015/06/26/same-sex-marriage-state-by-state/> (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>150</sup> Así se muestra en el primer gráfico que se ofrece en: <http://www.pewforum.org/2016/05/12/changing-attitudes-on-gay-marriage/> (Consulta: 13 de junio de 2016).

<sup>151</sup> Vid. a este respecto Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos No. 14-556. Caso Obergefell et al. *contra* Hodges, director, Ohio department of health, et al. 26 de junio de 2015.

<sup>152</sup> Lo que traducido significa: "las libertades fundamentales protegidas por la cláusula del Debido Proceso de la Decimocuarta Enmienda se extienden a elecciones personales centrales de dignidad y autonomía, incluyendo las opciones íntimas que definen la identidad personal y las creencias".

<sup>153</sup> D. FRANCIS, *Supreme Court ruling allowing same-sex marriage puts the U.S. in line with international peers*, 26 de Junio de 2015. Disponible en: <http://foreignpolicy.com/2015/06/26/supreme-court-ruling-allowing-same-sex-marriage-puts-the-u-s-in-line-with-international-peers/> (Consulta: 27 de Noviembre de 2015).

<sup>154</sup> C. FERNÁNDEZ PEREDA, *Las frases de la sentencia del Tribunal Supremo a favor del matrimonio gay*, 26 de Junio de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435337879\\_639619.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/06/26/actualidad/1435337879_639619.html) (Consulta: 27 de Noviembre de 2015).

de aplicación en **Puerto Rico** que, aunque es un Estado libre y cuenta con el autogobierno, es un territorio no incorporado de Estados Unidos y, por ello, adapta la legislación que éste aprueba.

El último país hasta el momento en aprobarlo ha sido **Colombia** que, en abril de 2016, ha sacado adelante la regulación con el voto favorable de seis magistrados frente a tres en contra, y donde la adopción ha sido un tema controvertido<sup>155</sup>.

**México D.F.**, a partir de 2010, estableció en el artículo 146 de su Código Civil que “*el matrimonio es la unión libre de dos personas para realizar la comunidad de vida, en donde ambos se procuran respeto, igualdad y ayuda mutua. Debe celebrarse ante el Juez del Registro Civil y con las formalidades que estipule el presente código*”<sup>156</sup>. Algún otro distrito ha seguido sus pasos y lo contempla, y algún otro regula las parejas de hecho. En el resto del país se deben reconocer los matrimonios celebrados en los estados que lo permiten y buena parte del poder judicial se posiciona a favor de la regulación, ya que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió, en Agosto de 2010, que la reforma realizada por la capital mexicana no era inconstitucional y, por ello, debían reconocerse en las demás entidades federativas todos los actos del estado civil<sup>157</sup>.

En **Suiza**, la *Loi sur le partenariat*, vigente desde 2007, añadió a su DIPr un precepto en el artículo 45 de la Ley Federal que disponía que los matrimonios entre personas del mismo sexo que se estableciesen en territorio extranjero serían reconocidos en Suiza como “*partenariat enregistré*”<sup>158</sup>. Así, la pareja registrada se configura como la única institución accesible para parejas del mismo sexo, bien formen parte de una pareja registrada –constituida dentro o fuera de Suiza–, bien hayan celebrado en el extranjero un matrimonio. Además, el Estado suizo se

---

<sup>155</sup> J. FAJARDO, *Colombia aprueba el matrimonio homosexual*, 7 de Abril de 2016. Disponible en: <http://www.elmundo.es/sociedad/2016/04/07/5706c748268e3ea82c8b45a2.html> (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>156</sup> E. RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Los matrimonios homosexuales en el Distrito Federal. Algunas consideraciones en torno a la reforma a los Código Civil y de Procedimientos Civiles, *Revista Jurídica: Boletín Mexicano de Derecho comparado*. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/128/el/el12.htm> (Consulta: 23 de Noviembre de 2015).

<sup>157</sup>A. DÍAZ SAN VICENTE, *Crónicas del Pleno y de las Salas: reforma a los artículos 146 y 391 del Código Civil para el Distrito Federal. Reformas que facultan el matrimonio entre personas del mismo sexo y su derecho a la adopción de menores en el D.F.*, 2010, p.3. Disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/Cronicas/Sinopsis%20Pleno/TP-160810-SAVH-02.pdf> (Consulta: 23 de Noviembre de 2015).

<sup>158</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 168-169.

plantea si "blindar" su concepto de matrimonio en la Constitución y limitarlo sólo a personas de diferente sexo<sup>159</sup>.

**Ecuador**, aun reservando el matrimonio a la unión de hombre y mujer, contempla la figura de uniones estables para que accedan parejas del mismo sexo, con los mismos efectos que el matrimonio excepto el derecho de adopción<sup>160</sup>. **Chile** también se une a los países latinoamericanos con uniones civiles en el año 2015, pese a contar con normativa que establece el reconocimiento de matrimonios entre hombre y mujer celebrados en el extranjero, pero no entre personas del mismo sexo, vigente desde 2004<sup>161</sup>. Mérida, de Venezuela, también regula las parejas de hecho; y **Costa Rica** desde 2015, pese a que no contemple el matrimonio entre personas del mismo sexo, ya que, según afirmó su Tribunal Constitucional en 2006, la diversidad de sexos es un requisito que no vulnera el principio de igualdad ante la ley ni el de autonomía de la voluntad<sup>162</sup>. En **Australia**, la mitad oeste del país reconoce las parejas "de facto" no registrables, y la otra mitad reconoce la unión registrada.

En Asia, destaca **Taiwán**, que permite el registro civil a parejas del mismo sexo en algunas zonas del país y que, a marzo de 2016, está avanzando para que haya un cambio de normativa que también permita el matrimonio en todo el Estado<sup>163</sup>.

Por último, un caso curioso es el de **Israel**. Pese a no permitir en su normativa el matrimonio entre personas del mismo sexo en su territorio, no fue suficiente para impedir el acceso a su Registro Civil a varios matrimonios entre varones que los habían celebrado en Canadá, algo que se admitió desde su Tribunal Supremo y les otorgaban, así, tanto ciertos derechos sucesorios como el de adoptar a los hijos del otro cónyuge<sup>164</sup>.

---

<sup>159</sup> Información disponible en: <http://www.cristianosgays.com/tags/hungria/> (Consulta: 19 de Noviembre de 2015).

<sup>160</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

<sup>161</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

<sup>162</sup>L. M. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, "En torno al matrimonio entre personas del mismo sexo", *InDret: Revista para el análisis del derecho*, N° 2, 2007, p. 5.

<sup>163</sup> D. GARCÍA, *Taiwán avanza hacia el matrimonio homosexual*, 15 de Marzo de 2016. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/15/actualidad/1458045401\\_967144.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2016/03/15/actualidad/1458045401_967144.html) (Consulta: 14 de Abril de 2016).

<sup>164</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 167.

## 4.2.2 Restricciones a las relaciones entre personas del mismo sexo

### 4.2.2.1 Práctica no regulada o restringida

En aquellos países en los que no hay regulación jurídica para las relaciones entre personas del mismo sexo, podemos encontrarnos con dos situaciones: bien que el Estado proteja los derechos del individuo proclamando que no cabe la discriminación por razón de orientación sexual, pero no abriendo instituciones jurídicas a estas parejas; o bien que el Estado no se haya pronunciado al respecto, y no favorezca ni limite estos vínculos. Existe una tercera postura, en la que no se criminaliza directamente las relaciones homosexuales pero se limita su práctica y difusión.

No existe ninguna regulación de figuras jurídicas a las que puedan acceder parejas homosexuales en Europa en: **Bosnia, Macedonia, Albania, Bielorrusia, Azerbaiyán**; además, **Ucrania, Serbia, Montenegro y Moldavia** prohíben constitucionalmente el matrimonio igualitario. La ausencia de regulación también se da en países que no se han pronunciado al respecto, como **Armenia, Georgia, Turquía, Mongolia, China, India, Japón, Timor Oriental, Filipinas, Camboya, Vietnam, Tailandia, Laos**, algunas zonas de **Singapur, Taiwán, Kirguistán y Tayikistán, Corea del Norte y Corea del Sur**, en Asia; **República Dominicana, Bolivia, Paraguay, Perú, Surinam, Venezuela y Cuba**, en América; **Benín, Costa de Marfil, República centroafricana, República del Congo, Mali, Santo Tomé y Príncipe, Yibuti, Burkina Faso, Chad, Guinea ecuatorial, Gabón, Madagascar y Níger**, en África; **Indonesia** (excepto Aceh y Sumatra meridional, donde hay represión policial), en Oceanía.

No hay que olvidar que en la mayoría de países asiáticos y africanos citados anteriormente, aunque no penalicen jurídicamente las relaciones homosexuales, no cuentan con una aceptación social de las mismas. **Nicaragua y Panamá** tampoco contemplan normativamente figuras legales, pero desde 2008, al menos, las relaciones homosexuales fueron despenalizadas en sus ordenamientos jurídicos<sup>165</sup>. Por su parte **Honduras**, desde 2005, añadió a su DIPr disposiciones que establecían el no reconocimiento de matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero<sup>166</sup>. **Mozambique**, que tampoco contempla

---

<sup>165</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 164.

<sup>166</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 163.

instituciones jurídicas, destaca por haber despenalizado, en Junio de 2015, las relaciones homosexuales, además de prohibir la persecución al colectivo, convirtiéndose en uno de los primeros países africanos en despenalizarlas y en mostrarse a favor de la protección de derechos de los homosexuales<sup>167</sup>. **Nepal**, que tampoco ofrece ninguna regulación en este momento, también parece avanzar y su poder legislativo ha planteado la cuestión de aprobar o no el matrimonio para personas del mismo sexo<sup>168</sup>.

También existen otros países que, sin regular jurídicamente las relaciones entre personas del mismo sexo y aunque no impongan una pena específica por esta condición, sí que muestran una postura contraria a que ésta se desarrolle con naturalidad en el seno de la sociedad que habita en su territorio. Muy sonado, para Europa, el caso de **Rusia**. En el año 2013 decidió instaurar una ley llamada "anti-propaganda homosexual" en la que se prohibía hacer declaraciones en público de la pluralidad sexual en el país. Algo parecido se ha desarrollado en **Kazajistán**, donde a principios de 2015 se elaboró una Ley de Protección de Infancia, en la cual se prohíbe hacer propaganda de "la orientación sexual no tradicional" –tal y como aparece en la Ley– y los medios de comunicación que quieran emitir información sobre la homosexualidad, deben registrarse ante las autoridades estatales. Murat Akhmadiyev, diputado de Kazajistán, afirmó al respecto que *"idealmente, no debería siquiera haber cualquier discusión al respecto, ya que la homosexualidad es un comportamiento claramente inaceptable. Siempre hemos dicho que nuestro país es diferente, no como en Europa"*<sup>169</sup>.

**Guatemala**, por ejemplo, que despenalizó la homosexualidad en 1871, es un país donde el colectivo LGTB sigue sufriendo violencia<sup>170</sup>. Por otro lado, en la **República Democrática del Congo**, donde no existe una regulación expresa sobre criminalización de relaciones

---

<sup>167</sup> C. VALDEHÍTA, *Mozambique despenaliza la homosexualidad*, 29 de Junio de 2015. Disponible en: <http://www.elmundo.es/internacional/2015/06/29/55914a8422601d634e8b4588.html> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>168</sup> G. SHARMA, *Nepal's push for gay marriage gives hope to other minorities*, 17 de Febrero de 2015. Disponible en: <http://www.huffingtonpost.com/2015/02/17/nepal-same-sex-marriage-n-6697210.html> (Consulta: 25 de Noviembre de 2015).

<sup>169</sup> C. GARCÍA HERVÁS, *Kazajistán: nueva Ley para prohibir la propaganda LGTB*, 6 de Mayo de 2015. Disponible en: <http://www.unitedexplanations.org/2015/05/06/kazajistan-atenta-contra-los-derechos-humanos-de-los-homosexuales/#> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>170</sup> Información disponible en: <http://www.cristianosgays.com/2015/10/29/jimmy-morales-el-humorista-y-teologo-evangelista-antigay-que-gobernara-guatemala/> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

homosexuales, sí que se asocian a la indecencia pública. En 2013 quiso redactarse una "Ley Anti-LGTB", de tinte similar a la que opera en Uganda, que al final no salió adelante<sup>171</sup>.

#### 4.2.2.2 Pena de prisión o cadena perpetua

Existen numerosos ordenamientos donde la manifestación de actos homosexuales es un delito. Por ello, muchos Estados contemplan la pena de prisión para tal delito, e incluso puede llegar a tener tal entidad como para ser castigado con cadena perpetua. La mayoría de los países donde existe dicha regulación, por lo general, pertenecen a África y a Asia, donde por motivos histórico-culturales y también religiosos, generalmente provenientes del islam, no se conciben las relaciones entre personas del mismo sexo. De este modo, la homosexualidad está penada en todos los países árabes excepto en **Jordania**<sup>172</sup>.

Así, se va a aplicar la pena de cárcel en: **Uzbekistán, Turkmenistán**, algunas zonas de **Singapur** y **Kuwait**, en Asia; **Marruecos** (y **Sahara occidental**), **Argelia, Túnez, Libia, Egipto, Eritrea, Ghana**, el sur de **Nigeria**, algunas regiones de **Somalia, Zimbabue, Etiopía, Togo, Sudán del sur** y **Zambia**, en África; **Jamaica** (prohibido solamente para los hombres con penas de hasta 10 años) y **Trinidad y Tobago, Belice** (desde 2003, y donde no están prohibidas en caso de ser mujeres y ninguna extranjera), **Antigua y Barbuda, Barbados, Dominica, Granada, San Cristóbal y Nieves, San Vicente y las Granadinas** y **Santa Lucía**, en América; **Islas Cook, Islas Salomón, Kiribati, Nauru, Papúa Nueva Guinea, Samoa, Tonga, Tuvalu**, en Oceanía.<sup>173</sup> Los países donde existe cadena perpetua son: **Pakistán, Myanmar** y **Bangladesh**, en Asia; **Sierra Leona, Uganda, Tanzania**, en África; **Guyana**, en América.

Por último existen una serie de países donde su normativa penaliza con la cárcel pero después no suele aplicarse: **Omán, Bután**,

<sup>171</sup> M. GARCÍA, *Activismo y realidades LGTB africanas: República Democrática del Congo*, Julio de 2015. Disponible en: <http://africagbt.org/index.php/es/república-democrática-del-congo> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>172</sup> L. FERNÁNDEZ-PALOMO, *Homosexuales en Oriente Medio*, 23 de Noviembre de 2015. Disponible en: [http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-11-23/gay-arabe-y-combativo-ahora-han-descubierto-que-existimos\\_1076418/](http://www.elconfidencial.com/mundo/2015-11-23/gay-arabe-y-combativo-ahora-han-descubierto-que-existimos_1076418/) (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

<sup>173</sup> CALIBAN, *Las relaciones homosexuales aún siguen penadas en 79 países y territorios de todo el mundo*, 26 de Mayo de 2015. Disponible en: <http://www.dosmanzanas.com/2015/05/las-relaciones-homosexuales-aun-siguen-penadas-en-79-paises-y-territorios-de-todo-el-mundo.html> (Consulta: 24 de Noviembre de 2015).

**Maldivas, Sri Lanka, Líbano**, en Asia; **Botsuana, Namibia, Malawi y Angola**, en África.

#### 4.2.2.3 Pena de muerte

Lamentablemente, y lo es en tanto que afecta a un derecho humano y fundamental tan esencial como es el derecho a la vida, hoy en día existen varios países que contemplan la pena de muerte para las relaciones entre personas del mismo sexo. De un lado, se encuentran aquellos países musulmanes que clásicamente las han castigado: **Arabia Saudí, Irán, Yemen, Mauritania y Sudán**, así como ciertas zonas de **Somalia y Nigeria** (en el norte). Además, se puede considerar también en este sentido a **Irak**, que aunque no se regule la pena de muerte, en la práctica existe personal dentro del país que la aplica, ya sea de la Administración Pública (como algunos jueces) o civiles, como algunas milicias<sup>174</sup>. Por último, citar a **Emiratos Árabes Unidos**, que, pese a su ambigüedad y tras controvertidas traducciones del árabe, la mayoría apuesta porque se equipara en su Código Penal Federal, en el artículo 354, al individuo responsable de cometer una violación de una mujer con aquel que practique sodomía con un hombre, siendo castigado en ambos casos con la pena de muerte<sup>175</sup>.

De otro lado, se hallan esos países cuya normativa contempla la pena de muerte pero realmente no la ejecutan después, como son **Afganistán, Pakistán y Catar**. Se une **Brunéi**, que en 2016 incluye en su regulación la lapidación para las relaciones entre personas del mismo sexo, pero con suerte podría seguir la evolución de los anteriores y no lo aplica.

### 5. ALTERNATIVAS PARA EVITAR LA ALTERACIÓN DEL ESTATUS EN EL ESPACIO

Después de analizar las diferencias entre los distintos ordenamientos jurídicos de todos los Estados, conviene reseñar los métodos para la resolución de la disyuntiva que pudiera existir entre ellos, de forma que no los haga incompatibles y se protejan las instituciones establecidas

---

<sup>174</sup> E. DE BENITO, *Dieciséis países despenalizan la homosexualidad en nueve años*. Mayo de 2015. Disponible en: [http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/15/actualidad/1431699610\\_221573.html](http://internacional.elpais.com/internacional/2015/05/15/actualidad/1431699610_221573.html) (Consulta: 9 de Noviembre de 2015).

<sup>175</sup> Información obtenida a través de International Lesbian and Gay Association (ILGA). Disponible en: <http://ilga.org/country/united-arab-emirates/law/> (Consulta: 20 de Noviembre de 2015).

por los ciudadanos, así como que se garanticen sus derechos. Estas herramientas, en general, van a encontrar mayor sentido de uso dentro de la UE, por tratarse de una comunidad con normativa común, además de contar con ordenamientos jurídicos que establecen una regulación similar en la mayoría de ámbitos.

## 5.1 Reconocimiento mutuo

Es un mecanismo de origen jurisprudencial y su funcionamiento se puede definir como *“todo producto o servicio que cumpla los requisitos establecidos por el Derecho del Estado miembro del que es originario debe poder ser comercializado en cualquier otro Estado miembro siempre que la legislación del primer Estado garantice un nivel de protección equivalente al ofrecido por la ley del Estado de destino”*<sup>176</sup>. Como puede verse, se trata de un principio establecido en aras de favorecer la efectividad de la libre circulación de mercancías en la UE, el cual también puede servir de apoyo en lo que al derecho de familia se refiere, también como apoyo al derecho de libre circulación de personas y trabajadores. Aunque no fuera un caso sobre parejas del mismo sexo, el TJCE también se pronunció a propósito del reconocimiento del Estado civil de las personas dentro de la UE, resolviendo que *“las instituciones nacionales competentes en materia de Seguridad Social y los órganos jurisdiccionales nacionales de un Estado miembro están obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso de que se trate, que hagan dudar seriamente de su exactitud”*<sup>177</sup>.

Tomando como referencia el respeto a los derechos fundamentales, este instrumento también podría ser utilizado por los distintos países<sup>178</sup>, no sólo en el seno de la UE, pues aunque no exista el derecho a la libre circulación por todos los países del mundo, sí existe el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

## 5.2 Transposición automática

---

<sup>176</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 172.

<sup>177</sup>*Vid.* a este respecto: Sentencia de TJCE 1997\251. Caso Eftalia Dafeki contra Landesversicherungsanstalt Württemberg. 2 de Diciembre de 1997.

<sup>178</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 174.

Otra herramienta que sirve para garantizar la continuidad de las instituciones jurídicas en el espacio es la transposición automática. Su funcionamiento, relativamente frecuente en Derecho comparado, consiste en la confianza que mantiene un Estado con respecto a otro de reconocer una situación jurídica, la cual se presume válida, aunque ambos no cuenten con una normativa equivalente. Como se ha visto a lo largo de esta investigación, no hay una uniformidad en el Derecho de familia de la UE, mucho menos en lo que atañe a las parejas del mismo sexo, pese a contar con normativa que intenta solventar controversias en el ámbito comunitario, tales como el Reglamento 2201/2003<sup>179</sup>. Resulta complicado, así, que exista en la UE esta transposición automática como instrumento jurídico que resuelva las divergencias entre ordenamientos de los Estados miembros, debido a que es necesario el establecimiento de un sistema de principios comunes<sup>180</sup>. A pesar de la inexistencia de dicho sistema, sí que es posible identificar algunos, como base de un Estado democrático y de Derecho, como se definen los que forman parte de la UE, y los cuales comparten normativa en lo referente a derechos humanos, declarados, por ejemplo, en el CEDH o la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>181</sup>. Además, ello es reforzado por la jurisprudencia del TJCE, el cual afirmó que *"sus respectivos ordenamientos jurídicos nacionales están en condiciones de proporcionar una protección equivalente y efectiva de los derechos fundamentales, reconocidos en el ámbito de la Unión, en especial, en la Carta de Derechos Fundamentales"*<sup>182</sup>.

Por lo tanto, ello debería servir para establecer un camino hacia la constitución de un sistema de principios comunes, a través de la cual se pudiera trabajar con la transposición automática, para evitar que se alterasen las instituciones jurídicas al viajar de un Estado a otro, sin olvidar que el contenido del Reglamento 2201/2003 dispone que *"el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales dictadas en un*

---

<sup>179</sup> REGLAMENTO (CE) Nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de Noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) Nº 1347/2000. Disponible en: <http://www.boe.es/doue/2003/338/L00001-00029.pdf> (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>180</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 176.

<sup>181</sup> Disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text\\_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_es.pdf) (Consulta: 18 de Noviembre de 2015).

<sup>182</sup>*Vid.* a este respecto: Sentencia de TJCE 2010\410. Caso Joseba Andoni Aguirre Zarraga contra Simone Pelz. 22 de Diciembre de 2010.

*Estado miembro deben basarse en el principio de confianza mutua, y los motivos del no reconocimiento deben limitarse al mínimo necesario”.*

### **5.3 Aplicación del Orden Público Internacional de forma atenuada**

Es un mecanismo que busca la coherencia entre el vínculo existente con el Estado de acogida y el objetivo que se pretende alcanzar con el reconocimiento de la relación jurídica. Si se acepta esta tesis en un tercer Estado, que no regula el matrimonio entre personas del mismo sexo ni figuras análogas, no verá afectado su Orden Público Internacional, en tanto que admita el reconocimiento de “efectos periféricos”<sup>183</sup>, es decir, aunque no reconozcan como tal la institución, impidiendo su registro, se puede lograr que las partes implicadas sigan manteniendo una serie de derechos y obligaciones entre sí, conservando así la continuidad espacial de las situaciones privadas internacionales<sup>184</sup>.

Se trata de una técnica utilizada con respecto a los matrimonios poligámicos, para que la primera mujer no sea la única que goce de los derechos que otorga la institución. Si es posible reconocer efectos periféricos en el seno de la UE, teniendo en cuenta que la poligamia transgrede principios fundamentales de la legislación de los Estados miembros – como la igualdad entre hombres y mujeres, matrimonio monogámico...-<sup>185</sup>, resulta aún más coherente aplicar este argumento para los matrimonios entre personas del mismo sexo, el cual no los conculca y además existe normativa común sobre no discriminación por razón de orientación sexual.

### **5.4 Elaboración de normas de conflicto que respeten el derecho a la libre circulación**

Este mecanismo se concibe como la última solución para resolver el problema de la continuidad en el espacio de las relaciones jurídicas, el cual persigue dos objetivos: la integración de normativas y la unidad en la futura elaboración de normas<sup>186</sup>. Además de que para el ciudadano se

---

<sup>183</sup>A. L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, Derecho Internacional Privado y matrimonios entre personas del mismo sexo, *Anales de derecho*, Universidad de Murcia, Nº 23, 2 de Julio de 2006, p. 69.

<sup>184</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 179.

<sup>185</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 186.

<sup>186</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 188.

conserva intacto su derecho a la libre circulación (algo muy relevante en el plano de circulación de trabajadores), también es una apuesta por el mantenimiento de la cultura del país de la UE. La problemática surge teniendo en cuenta que dentro del Derecho matrimonial la nacionalidad de los cónyuges suele ser el nexo formal, mientras que en algunos casos la residencia habitual es el vínculo más estrecho y menos discriminatorio<sup>187</sup>, sin perjuicio de que a veces también suponga un desconocimiento de la institución por parte del Estado miembro que debe celebrarla.

Para finalizar, es importante en este punto destacar el principio de la autonomía de la voluntad, a través del cual las partes son las encargadas de elegir la Ley aplicable en algún ámbito de la relación, lo cual refuerza este mecanismo, ya que además es más factible que las partes conyugales elijan una legislación que se halle más vinculada con su caso y las condiciones de la institución que buscan establecer. No hay que olvidar tampoco la legislación del Estado donde se registró la unión, puesto que si las partes decidieron ese lugar para constituir la, también sería porque su normativa se ajustaba mejor a su situación, lo que no es óbice para exigir un periodo de residencia previo (al menos para uno de los cónyuges) con el fin de evitar el fraude institucional<sup>188</sup>.

## 6. CONCLUSIONES

España ha sido uno de los primeros países en reconocer derechos a las parejas homosexuales, abriendo, sin restricción alguna, la institución matrimonial para éstas desplegando todos los efectos jurídicos, independientemente del sexo de los contrayentes. Todo ello, además, lo ha elaborado sin contar con una regulación anterior al respecto, por lo que ha pasado de poseer una normativa carente de preceptos que protegieran los derechos de las parejas del mismo sexo a regular el matrimonio. Por ello, sería recomendable crear otras figuras jurídicas desde el Derecho estatal, e incluyendo también a parejas de distinto sexo, para construir leyes uniformes en el país en materia, por ejemplo, de parejas de hecho, en aras de proteger todos los modelos familiares existentes, y no sólo el matrimonial.

Cuando un Estado se declara como social, democrático y de Derecho, debe velar por la protección de los derechos fundamentales de sus ciudadanos, así como que sus derechos civiles y libertades sean también

---

<sup>187</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 189.

<sup>188</sup>M. SOTO MOYA, *Uniones transfronterizas entre personas del mismo sexo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 190.

efectivos. Si, además, ese Estado se agrupa en una Comunidad donde todos se declaran así también, y donde todos sus ciudadanos tienen derecho a circular libremente por los países de la Unión, resulta paradójico que su situación jurídica varíe en función del contexto espacial en el que se hallen. Sería de justicia, por tanto, pedir a todos los países de la UE que se legisle en términos de igualdad, bien bajo el término de matrimonio o bien bajo cualquier otro, una figura jurídica de la cual se deriven los mismos efectos para todas las parejas que la establezcan, siendo indiferente el sexo de los individuos que la conformen, ya que el principio de no discriminación también opera en referencia a la orientación sexual según se ha reconocido en la normativa de la UE.

Por otra parte, existen países donde estas relaciones están reguladas como delitos, con una punibilidad desde la prisión hasta la pena de muerte. No es exigible, a la luz del Derecho Internacional, a todos los Estados que aboguen por la regulación de figuras que desplieguen efectos jurídicos para parejas del mismo sexo, pero ello no implica tampoco que se deba permitir, en ningún caso, la violación de derechos humanos reconocidos a todas las personas en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y menos uno tan fundamental como es el derecho a la vida, o en última instancia a la libertad. Esto significa que desde aquellas instituciones internacionales con capacidad legal, como la ONU, se debería trabajar para que los países de todo el mundo se sitúen en pro de la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, como garantía de hacerlos efectivos, y que todo ser humano goce, siempre que no invada derechos y libertades ajenos, de una plena seguridad para el libre desarrollo de su personalidad. La comunidad internacional debe velar por la protección de los derechos humanos, y luchar contra aquellos Estados, o personal que actúe en su representación, que arbitrariamente decidan violarlos con base en un contenido normativo que no ostenta ninguna justificación legal para dar sentido a su enfoque. Tanto es así que Ban Ki Moon, secretario general de la ONU, declaró, el 27 de Junio de 2015, que la aprobación en Estados Unidos del matrimonio entre personas del mismo sexo era un "*paso enorme*" para el país en lo referente a Derechos Humanos.

Del mismo modo, cabe mencionar que el derecho a contraer matrimonio no se encuentra aislado de otros, de forma que al denegarle a una persona el acceso a él por motivo de su orientación sexual, se le están negando otros derechos humanos tales como la igualdad y no discriminación, el derecho a la libertad y al libre desarrollo de su personalidad, derecho a la libertad de expresión... No resulta concebible, por tanto, que se produzca tal restricción de derechos sin una

argumentación proporcionada y motivada, porque, desde luego, no es suficiente el hecho de que la institución matrimonial haya sido el medio tradicional para formar una familia entre un hombre y una mujer, teniendo en cuenta que la posibilidad de que las personas homosexuales se casen no supone una obstrucción a la familia, ni obliga a otros a casarse con los de su mismo sexo ni a no casarse, por lo que no se está alterando ningún derecho fundamental de terceros, ni modificando sus garantías. En todo caso, se están fortaleciendo dichos derechos al ser reconocidos a un número más amplio de personas.

Por último, y en relación con lo expuesto anteriormente, cabe destacar que el matrimonio es una institución que compromete sólo a las dos personas que deciden, voluntariamente y prestando su consentimiento, contraerlo y por el cual establecen derechos y obligaciones entre ellas, gozando de una protección más especial por parte del Estado. Este compromiso entre dos personas no supone una invasión de libertades ni restricción de derechos ajenos. Por ello, no existe una justificación legal ni moral ni científica que permita a los países privar a sus ciudadanos de poder acceder a una figura jurídica, denominada matrimonio o de cualquier otra manera, la cual pueda amparar su modelo familiar; mucho menos existe tal argumentación si hablamos de penalizar estas relaciones, en tanto que hacerlo supone una violación de derechos humanos desmotivada, desproporcionada e ilógica. Así, cierro esta investigación parafraseando a una senadora argentina, Lucía Corpacci, la cual afirmó, tras la aprobación del matrimonio igualitario en Argentina, que *"no hay que hacer tanta polémica. No estamos quitándole derechos a nadie sino dándoselos a los que no los tienen"*.

# EDUCACIÓN INCLUSIVA Y VIDA INDEPENDIENTE

## INCLUSIVE EDUCATION AND INDEPENDENT LIVING

**Irene Tosi, Laura Peláez, Lucia D´Orazio, Malen Larrañaga,  
Elba Saavedra, Eduardo Baeza\***

**RESUMEN:** En este artículo se defiende la importancia del derecho a la educación inclusiva para la construcción de una sociedad en la que exista igualdad de oportunidades independientemente de las características personales, sociales, culturales o de género de cada persona. El artículo se enfoca especialmente en las personas con discapacidad y sostiene que garantizar el derecho a la educación inclusiva es la puerta de entrada al derecho a una vida independiente. Además, se hace mención a la situación actual del derecho a la educación inclusiva y la vida independiente en el contexto español, y la importancia de los agentes sociales para lograr la garantía de los mismos.

**ABSTRACT:** *This article claims the importance of the right to inclusive education for the construction of a society with equal opportunities regardless of personal, social, cultural and gender characteristics of each person. The article focuses especially on persons with disabilities and supports that ensure the right to inclusive education is the gateway to the right to independent living. Furthermore, it remarks the current situation of the right to inclusive education and independent living in the Spanish context, and the importance of the social partners to achieve the insurance of them.*

**PALABRAS CLAVE:** educación inclusiva, vida independiente, agentes sociales, La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, legislación española.

**KEYWORDS:** *inclusive education, independent living, social agents, International Convention on the Rights of Persons with Disabilities, Spanish legislation.*

**Fecha de recepción:** 30/10/2015

**Fecha de aceptación:** 07/06/2016

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3178>

---

\* Este artículo es el resultado del trabajo de la clínica jurídica realizada por los estudiantes del Máster en Derechos Fundamentales 2014/2015, en la Universidad Carlos III, con la supervisión del profesor Ignacio Campoy. Correos electrónicos: [irenebtosi@gmail.com](mailto:irenebtosi@gmail.com), [laurapelaezupegui@gmail.com](mailto:laurapelaezupegui@gmail.com), [lucidoraziorg@gmail.com](mailto:lucidoraziorg@gmail.com), [malen.larranaga@gmail.com](mailto:malen.larranaga@gmail.com), [elba-sa-ra-26@hotmail.com](mailto:elba-sa-ra-26@hotmail.com), [jedobaeza@gmail.com](mailto:jedobaeza@gmail.com)

“Mucha gente pequeña,  
en lugares pequeños,  
haciendo cosas pequeñas,  
puede cambiar el mundo.”  
(Eduardo Galeano)

## 1. INTRODUCCIÓN

La realización de este artículo ha contado con la participación de profesionales de diferentes áreas, como: Derecho, Educación, Psicología, Trabajo Social, Criminología y Relaciones Internacionales; lo que permite un acercamiento desde la perspectiva holística e interdisciplinaria al fenómeno de la educación inclusiva y sus repercusiones para la sociedad en su conjunto.

Se pretende evidenciar cómo los niños con discapacidad en el contexto español viven en una situación de vulnerabilidad y ven afectado su derecho a la educación en igualdad de oportunidades, lo que trae consecuencias negativas para el ejercicio de otros derechos, especialmente del derecho a la vida independiente.

Se sostiene que la educación inclusiva es la base para la visibilización, aceptación y valoración de la diversidad como elemento esencial para la transformación de los sistemas sociales. Garantizar el derecho a la vida independiente requiere previamente haber garantizado el acceso a la educación con calidad, que es la que permite que todas las personas puedan alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de su personalidad.

Se hace énfasis en el papel de los agentes sociales para la construcción de una educación inclusiva de calidad para todos; reivindicando la importancia del trabajo interdisciplinario; el papel de los medios de comunicación; la sensibilización y la formación docente y del resto de profesionales para la efectiva realización de este derecho. Lo anterior es la puerta de entrada para la realización plena de otros derechos, especialmente para alcanzar una vida independiente, y constituye un factor decisivo de transformación social, con múltiples impactos positivos para la comunidad en general.

Este artículo pretende visibilizar la importancia de la educación inclusiva en el contexto español, profundizar en el conocimiento del tema, repensar las prácticas educativas que generan segregación y brindar las bases para la construcción de un modelo social que valore la diversidad y haga posible una práctica educativa inclusiva, donde todos tengan valor y capacidad de aprender, desarrollarse y aportar a la convivencia.

## **2. DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA**

### **2.1. Modelo social de la discapacidad**

La educación inclusiva encuentra uno de sus fundamentos principales en el modelo social de la discapacidad, que genera como propuesta un modelo de educación con calidad para todos.

El modelo social explica la influencia del entorno en la percepción y vivencia de la discapacidad, y se enfoca en la interacción de las variables individuales con las barreras del entorno. La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006, define a la discapacidad, en su artículo 1º, como "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".

Esa comprensión de la discapacidad pone en evidencia la responsabilidad social y política de realizar las modificaciones necesarias en el entorno para asegurar la participación plena, en todas las esferas de la vida social, de las personas con discapacidad. Así, la construcción de un modelo educativo inclusivo constituye una prioridad en materia de derechos humanos y refleja el espíritu del modelo social orientado a la transformación de las estructuras sociales y económicas para que todas las personas se consideren igualmente dignas e importantes en la construcción de la sociedad.

El modelo social defiende la necesidad de ofrecer a todos, independientemente de sus condiciones personales, las mismas oportunidades de desarrollo y el goce efectivo de sus derechos, siendo de vital importancia para ello el papel de la educación. De esta manera, desde este modelo se defiende la educación inclusiva, cuyo eje transversal es la atención a las diferencias individuales.

Para llegar a esta concepción se ha producido una evolución conceptual sobre la discapacidad, desde posiciones de exclusión hacia la lucha por la inclusión, manteniéndose en muchos casos un modelo integracionista pero no inclusivo. Es evidente cómo en nuestros sistemas educativos se conserva un alto nivel de intolerancia hacia la diversidad, lo que contribuye a crear y perpetuar las desigualdades. Para terminar con ella, es necesario implantar un sistema de educación inclusiva, entendiéndose que la construcción de un modelo educativo inclusivo debe considerarse como un proceso y no un resultado acabado. Como señala Wehmeyer, con la educación inclusiva se trata "de pasar de crear programas para estudiantes basados en sus etiquetas a diseñar verdaderos apoyos generalizados. Cambiar servicios segregados, separados, por prácticas inclusivas. Enfatizar los puntos fuertes individuales en vez de las discapacidades y centrarse en darles poder y autodeterminación" (Wehemeyer, 2009, pág. 47).

## 2.2. Educación inclusiva

De acuerdo con la Declaración de Salamanca de la UNESCO de 1994, la educación inclusiva implica acoger a todas las personas, independientemente de sus condiciones físicas, intelectuales, sociales, culturales o de género, en un sistema educativo que responda a sus necesidades individuales. Es un proceso que integra y compromete a la comunidad en general, incluye a los alumnos, docentes, familia, instancias de la localidad y el entorno que rodea al educando. Es un trabajo de todos, que vela por el respeto de los derechos humanos y la democracia, y que, esencialmente, reivindica el derecho del niño a la educación, la igualdad de oportunidades y la no discriminación o exclusión por discapacidad (UNESCO, 1994, págs. 4-42).

La educación inclusiva es un proceso que permite abordar y responder a la diversidad de los educandos, permitiéndoles participar activamente en su educación y en la sociedad; reduciendo la exclusión dentro y fuera del aula. Esta concepción implica la necesidad de realizar cambios curriculares, con modificaciones de contenido, enfoques y estructuras. La inclusión educativa representa una perspectiva de transformación de los sistemas educativos con el fin de responder a las necesidades de los alumnos, permitiendo la aceptación y promoción de la diversidad como valor fundamental del aprendizaje. Por tanto, la educación inclusiva representa un proceso y un desafío en materia de derechos humanos.

La Declaración Mundial sobre Educación para Todos, aprobada en Jomtien en Tailandia en 1990, define la educación inclusiva como la universalización del acceso a la educación; es decir, que todos compartan la misma experiencia educativa, promoviendo así la equidad. Lo que supone determinar cuáles son los obstáculos de acceso a la educación y destinar los recursos necesarios para superar dichos obstáculos. Se parte del hecho de que la educación es un derecho fundamental y la educación inclusiva no es un nuevo derecho, sino que se trata del mismo derecho a la educación, lo que supone una valoración de la diversidad como elemento esencial del proceso de aprendizaje y, por tanto, del desarrollo de la potencialidad del ser humano. Esto implica la necesidad de que todos aprendan juntos, independientemente de sus condiciones personales, incluyendo de manera especial a aquellos que tienen alguna discapacidad. El hecho de que esto no se haya producido ni se produzca actualmente supone que los niños y las niñas con discapacidad han sido víctimas, y siguen siéndolo, de exclusión y segregación social y educativa. El ejercicio real de la educación inclusiva supone hacer efectivos el derecho a la educación, a la igualdad de oportunidades y a la participación (Dussan, 2011, pág.

144). La educación inclusiva supone, pues, que toda persona ha de poder educarse en igualdad de condiciones y participación, lo cual implica que la escuela ha de atender a la diversidad física, social o cultural, velar por la no discriminación y valorar de forma positiva la diferencia (Burack, y otros, 2011, pág. 6).

El artículo 24 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad establece, en el párrafo segundo, que para hacer efectivo el derecho a la educación los Estados parte se comprometen a que "las personas con discapacidad no queden excluidas del sistema general de educación por motivos de discapacidad, y que los niños y las niñas con discapacidad no queden excluidos de la enseñanza primaria gratuita y obligatoria ni de la enseñanza secundaria por motivos de discapacidad". Lo que reafirma que el derecho a la educación implica necesariamente el derecho a la educación inclusiva.

El comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha señalado, en 1999, en el punto 1 de su Observación General Nro. 13 sobre el derecho a la educación, que la educación "es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos". Por otra parte, insiste en el punto 31 que "la prohibición de discriminación no está supeditada ni a una implementación gradual ni a la disponibilidad de recursos, se aplica plena e inmediatamente a todos los aspectos de la educación y abarca todos los motivos de discriminación rechazados internacionalmente".

De forma ilustrativa, la educación inclusiva debe entenderse a partir de cuatro elementos, explicados por Ainscow:

- La inclusión es un proceso, debe considerarse como la búsqueda de formas para atender de manera efectiva a la diversidad, lo que implica aprender a convivir con la diferencia y aceptar la diversidad como valor positivo dentro del aprendizaje.
- La inclusión se centra en la identificación y eliminación de barreras que limitan la presencia, aprendizaje y participación de los alumnos con discapacidad, favoreciendo la no discriminación. Lo que supone evaluar y planificar mejoras en la cultura escolar, en las políticas y prácticas educativas.
- La inclusión es asistencia, participación y rendimiento de todos los alumnos.
- La inclusión pone una atención especial en aquellos grupos de alumnos en peligro de ser marginados, excluidos o con riesgo de no alcanzar un rendimiento óptimo. Ello indica la necesidad de adoptar las medidas necesarias para garantizar su asistencia y participación en el sistema educativo ordinario (Ainscow, 2003, págs. 12-13).

La atención a los diferentes tipos de discapacidad dio lugar al concepto de necesidades educativas especiales, que necesitan ser atendidas por profesionales debidamente formados, que cuenten con los apoyos necesarios para llevar a cabo el proceso escolar. Sin

embargo, si bien se han dado avances significativos en este ámbito, la realidad en el sistema educativo dista de responder efectivamente a las necesidades de las personas con discapacidad dentro de la escuela ordinaria.

Las dificultades de atender a estas necesidades responden a la segregación que históricamente han sufrido las personas con discapacidad, que ha generado una bifurcación entre los docentes preparados para la enseñanza de los niños promedio y los docentes preparados para la atención, en un ámbito escolar segregado, a los alumnos con discapacidad. Las críticas realizadas a la escuela especial y al sistema de integración cuestionan ese modelo educativo separado, que responde a las concepciones médicas, psicológicas y pedagógicas del siglo XIX y XX; las cuales han influido profundamente en la política y las prácticas educativas que llevan a concebir a la discapacidad como anormalidad y a convalidar, hasta la actualidad, una mirada sobre la diferencia como constatación del déficit, desarrollando pedagogías y terapéuticas rehabilitadoras orientadas a conseguir una pretendida normalidad (Martínez, 2008, pág. 5).

Esa concepción de normalidad-anormalidad señala a la educación especial como el lugar privilegiado en el que se desarrollan las clasificaciones y políticas educativas destinadas a los "deficientes"; con lo que, en realidad, se desdibuja a las personas con discapacidad, alejándolas de su condición social como sujetos plenos, con potencialidades a desarrollar, como ciudadanos, poseedores de sexualidad, titulares de derecho, etc. (Lunardi, 2001, págs. 1-5). De este modo, queda clara la necesidad de cambiar ese canon pedagógico que ayuda a perpetuar las relaciones asimétricas; y se hace necesario entender la socialización escolar como un espacio privilegiado, donde se hace posible promover valores de convivencia, participación y diálogo. La lucha por la escuela inclusiva responde, así, a la necesidad de combatir la exclusión y atender a la diversidad. Esto implica reconocer la existencia de diferencias de distinto orden, que inciden sobre el aprendizaje escolar al interior de la escuela ordinaria. Una perspectiva que ha llevado a la aceptación de la necesidad de una intervención apropiada, que favorezca la atención a los alumnos que históricamente se han visto excluidos y a aquellos que han de afrontar barreras existentes para poder aprender.

La educación inclusiva comporta necesidades que implican, además de la formación profesional docente, la identificación y retirada de barreras que limitan la presencia y la participación de los alumnos con discapacidad. Esto supone mejorar la cultura escolar, analizar las políticas y prácticas educativas, visibilizar los valores, actitudes y comportamientos estereotipados por parte de la comunidad escolar, evaluar la organización y funcionamiento del centro, las prácticas docentes y poner en marcha procesos de mejora e innovación escolar (Ainscow, 2003, págs. 2-15).

La educación inclusiva implica el reconocimiento de la diversidad de pensamientos, capacidades, procesos, creencias de los colectivos humanos, etc.; ataca a la uniformidad de los alumnos y a la jerarquización de las personas a partir de sus diferencias. Este modelo educativo entiende la educación como un instrumento de desarrollo de potencialidades, donde la socialización y la convivencia ocupan un papel fundamental. El principal problema para llevar a cabo la educación inclusiva no son los instrumentos didácticos necesarios, sino las convicciones sociales, culturales y pedagógicas del profesorado, los alumnos, las familias y la sociedad en general, que justifican la exclusión del sistema educativo ordinario por las necesidades y cambios que supone hacer accesible una educación para todos.

Una verdadera educación inclusiva debe tener presente los siguientes aspectos, como lo exponen Muñoz y Maruny:

- La diversidad como una variable fundamental, cuyo valor es positivo. No se puede permitir convertir la diferencia en desventaja a lo largo del proceso educativo.
- La diversidad de estilos de aprendizaje. Todos aprendemos de forma distinta, es necesario generar estrategias creativas que potencien las habilidades del alumnado.
- La diversidad de ritmos. Todos tenemos tiempos y diferencias en la asimilación de contenidos y aprendizajes, los calendarios rígidos son un punto creador de desigualdades y exclusión.
- Diversidad de intereses, motivaciones y expectativas ante el aprendizaje escolar.
- Diversidad de capacidades y de ritmos de desarrollo. Todas las personas desarrollan de manera específica diferentes potencialidades, sin que se deba establecer una jerarquización cerrada de las mismas. Todos los alumnos, independientemente de sus características, son capaces de hacer algo, de interesarse, de obtener conocimientos y aprendizajes, pero es necesario comprender que requieren ayudas, tiempos, recursos y contextos de aprendizaje favorecedores a sus necesidades individuales (Muñoz & Maruny, 2000, pág. 4).

Del mismo modo, María Shirley dos Santos en su libro *Pedagogía de la diversidad*, establece como elementos importantes en la construcción de escuelas inclusivas: la flexibilidad del currículo; el cambio de estructuras educativas; la visibilización y erradicación de la cultura del individualismo, de manera que se permita reestructurar el sistema de actitudes frente a la diferencia; la generación de espacios de convivencia entre profesores, comunidad y alumnos; y la consideración de la diversidad más allá de la metodología, valorándola como una opción política, social, cultural y ética (Dos Santos, 2003, págs. 31-40).

Pensar la educación inclusiva requiere considerar la totalidad de alumnos, no solo a las personas con discapacidad, y plantearse los componentes curriculares y organizativos de un proyecto educativo.

El funcionamiento articulado de la escuela es indispensable para lograrlo, es vital la claridad y la comunicación con la dirección, la coordinación de equipos de trabajo, y la gestión de proyectos y recursos. Las adaptaciones curriculares son una clave decisiva de la respuesta escolar a la diversidad. La composición heterogénea de los grupos en el aula requiere una gestión efectiva de la diversidad, donde es indispensable el trabajo en equipo tanto para el desarrollo curricular como para el seguimiento global del alumnado. La coordinación curricular y el seguimiento tutorado de manera compartida favorecen la atención a la diversidad. Por último, la evaluación cualitativa centrada en el propio proceso educativo del alumno es la más ajustada a la educación en la diversidad. Estas condiciones suponen el reconocimiento de las diferencias y los avances del alumno; así como una atención a sus necesidades personales, que busca el máximo desarrollo posible de sus potencialidades (Muñoz & Maruny, 2000, pág. 5).

La educación inclusiva responde a razones educativas y sociales, pero también económicas. Conforme a lo que hemos visto, existe una razón educativa que responde a la exigencia de que la escuela eduque a todos los niños y niñas juntos, lo que hace necesario concebir maneras de enseñar que respondan a las diferencias individuales, lo que favorece a todos y reivindica el valor de la diferencia. Por su parte, la razón social explica que la educación, como base de construcción del sujeto, al reivindicar la diversidad y la convivencia se constituye en la base de sociedades más justas y no discriminatorias. Y desde otra perspectiva, existe una razón económica, que supone entender que es menos costoso establecer un sistema único, donde se enseñe a todos los niños juntos, que distintos tipos de escuelas especializadas en grupos particulares, de acuerdo con las Directrices de la UNESCO de 2009. Asimismo, la UNESCO señala: "las escuelas inclusivas son, en general, menos costosas que los sistemas segregados. Ello es coherente con la idea de que un sistema educativo único e integrado tiende a ser más barato que dos sistemas separados. Rebaja los costes de construcción de edificios, los de gestión y los de administración. También el transporte se hace más barato, porque los colegios de educación especial suelen tener alumnado de áreas geográficas más amplias".

La educación inclusiva trae consigo, pues, un beneficio personal, social y económico, ya que "la segregación de algunos niños y niñas en la educación sobre la base de discapacidad perpetúa los prejuicios y la falta de conocimiento sobre este colectivo, derivando en una mayor discriminación en todas las áreas" (Palacios, 2008, pág. 394).

Hay que comprender, por lo tanto, que los beneficios de la educación inclusiva no se restringen a los alumnos con discapacidad, sino que se irradian sobre todos los alumnos y sobre la sociedad en general. Se obtiene una educación que atiende a las necesidades

individuales, y al compartir juntos la experiencia educativa se valora la diversidad, se forman ciudadanos participativos y se aprende de la convivencia.

La propuesta de la educación inclusiva vela por el respeto y la promoción de valores como la justicia, la igualdad y la dignidad humana, y concibe a todos los seres humanos como sujetos sociales activos. La escuela inclusiva cree que las diferencias son el eje de la calidad social y educativa, permite el derecho de todos a ser diferentes, a aprender según sus propias potencialidades, a valorar la dignidad humana y a reconocer a todos los individuos como sujetos de derecho (Dos Santos, 2003, págs. 35-45).

Resumiendo, la educación inclusiva está pensada para el beneficio de la sociedad en general, no sólo de las personas con discapacidad, y permite la construcción de un modelo social inclusivo que vele por el respeto de la diferencia y la igualdad de oportunidades.

La educación inclusiva se enmarca como la puerta de entrada para el goce de otros derechos y repercute de forma directa en el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad. Si se garantiza desde los primeros años una inclusión efectiva en los espacios de participación es posible aceptar la diversidad, valorándola positivamente, y dotar de herramientas a todos los sujetos para llevar a cabo su plan de vida, gracias al desarrollo de sus potencialidades y la prestación de los apoyos necesarios. El espacio educativo es una de las bases fundamentales de la sociedad para el aprendizaje de los derechos humanos y la reivindicación de los mismos. Por tanto, es importante recalcar el vínculo entre el ejercicio de este derecho y la efectividad de los demás derechos fundamentales.

### **3. DERECHO A LA VIDA INDEPENDIENTE**

Como ya se ha mencionado anteriormente, el modelo social defiende que las aportaciones que pueden realizar mujeres y hombres con discapacidad se encuentran íntimamente relacionadas con la inclusión y la aceptación de las diferencias. El modelo social vela por el respeto por la dignidad humana, la igualdad de oportunidades y la libertad personal, propiciando la inclusión social, basada en los principios de no discriminación, accesibilidad universal, normalización del entorno y de una vida independiente (Romeu, 2013, págs. 17-18).

El movimiento de vida independiente surgió en Estados Unidos de Norteamérica, a finales de los años 60 y principios de los 70, y demanda, entre otras cosas, la inclusión en la comunidad, la oportunidad de elegir dónde, con quién y cómo vivir, sin verse obligado a estar bajo un sistema de vida específico; e insiste, a su vez, en una vida en igualdad de oportunidades, como el resto de la

ciudadanía, quitando barreras físicas, exigiendo la aplicación de un diseño universal, para así lograr el acceso a las ayudas técnicas, a la vivienda y a una oportunidad real de empleo. Bajo estos principios, el movimiento se fue extendido a lo largo de los cinco continentes, "hasta que en el año 2001 llegó a España con la creación del Foro de Vida Independiente" (Rodríguez-Picavea, 2010, pág. 6).

Después de décadas de ser un movimiento difuso, la ratificación por parte de España, en el año 2008, de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de la ONU, supuso un paso fundamental en el ámbito de los derechos de las personas con discapacidad, situándolos dentro de un nuevo marco social e ideológico. Este cambio supuso dejar a un lado el modelo rehabilitador, que todavía sigue presente actualmente de forma generalizada en la sociedad. La Convención supone un avance en el reconocimiento de derechos para las personas con discapacidad y un nuevo paradigma para entender la sociedad y transformarla (Illán & Molina, 2013, pág. 26).

Ahora bien, hay que entender que la finalidad de la Convención "no fue la creación de nuevos derechos, sino asegurar que cada uno de sus derechos fundamentales, pueda ser ejercido en igualdad de condiciones" (Illán & Molina, 2013, pág. 27). Esto se ve reflejado claramente en su artículo 19, el cual revolucionó completamente el derecho a la vida independiente, al ser reconocido de forma explícita, señalando a los Estados como los responsables directos a proporcionar la asistencia personal necesaria para hacer vida en comunidad, con plena participación social y en igualdad de condiciones con el resto de la ciudadanía. Lo que sitúa a las personas en el centro de la toma de decisiones y de ejercer el control de sus propias vidas. "Es así que, la vida independiente se sustenta a través de dos palabras claves: control y elección"; términos que si se toman en serio, convergen con dignidad, libertad e igualdad (Illán & Molina, 2013, pág. 26).

La vida independiente se fundamenta en los siguientes supuestos básicos (Illán & Molina, 2013, pág. 26):

"-Toda vida humana, independientemente de la naturaleza, complejidad y/o gravedad de la discapacidad, es de igual valor.

- Cualquier persona, cualquiera que sea la naturaleza, complejidad y/o gravedad de la discapacidad, tiene la capacidad de tomar decisiones y se le debería permitir tomar esas decisiones.

- Las personas que están infravaloradas por las respuestas sociales dadas a cualquier forma de deficiencia acreditada, física, sensorial o cognitiva, tienen el mismo derecho a ejercer el control sobre sus vidas.

- Las personas con deficiencias perceptibles y etiquetadas como "discapacitadas" tienen el derecho a participar plenamente en todas las actividades económicas, políticas y culturales, en la forma de vida

de la comunidad en definitiva, del mismo modo que sus semejantes no discapacitados.”

Es así que estos principios marcan el inicio de la deconstrucción de una serie de paradigmas instaurados históricamente y reforzados por el modelo rehabilitador, el cual minimiza la capacidad de la persona para desarrollar su vida plena y activa, limitando así el ejercicio de sus derechos más elementales. En consecuencia, la vida independiente permite a las personas con discapacidad “salir de un sistema tradicional de rehabilitación”, recuperar su libertad y convertirse en protagonistas de sus historias (Illán & Molina, 2013, págs. 26-27).

Además, el derecho a la vida independiente se basa en principios fundamentales, como:

Autodeterminación: las personas con discapacidad deben ser dueñas de sus vidas de la misma manera que el resto de la población; por tal motivo, se debe garantizar que ellas puedan decidir y tomar el control de su desarrollo (Centeno, Lobato, & Romañach, 2008, pág. 23).

No discriminación: se han de erradicar las barreras sociales, mediante modelos universales de accesibilidad, para que las personas con discapacidad puedan ejercer de forma efectiva sus derechos fundamentales (Centeno, Lobato, & Romañach, 2008, pág. 23).

Des-institucionalización: se ha de eliminar y prevenir la institucionalización de las personas. La institucionalización es el resultado de una sociedad que no entiende ni respeta la diversidad; por lo tanto, hay que proporcionar los apoyos necesarios a las personas a fin de garantizar su dignidad (Aspyam, 2007, pág. 9).

Des-medicalización: la visión médico-rehabilitadora de la discapacidad disminuye la capacidad del sujeto para ejercer sus derechos y le concede un papel pasivo, desigual y dependiente. La discapacidad no es un asunto médico, es un hecho social (Aspyam, 2007, pág. 9).

Control por parte del consumidor: los servicios fundamentales, como educación, transporte o vivienda, deben adaptarse a las personas, no las personas a los servicios (Aspyam, 2007, pág. 10).

Apoyo entre iguales: compartir experiencias ayuda a comprender la complejidad de las desventajas sociales y facilita obtener las herramientas sociales necesarias para combatir la discriminación (Aspyam, 2007, pág. 10).

Emancipación: se han de implementar mecanismos que empoderen a las personas con discapacidad para que puedan decidir sobre sus vidas, permitiéndoles autodeterminarse (Aspyam, 2007, pág. 10).

Cabe señalar también la importancia de la figura del asistente personal, que simboliza un papel fundamental para que la vida independiente se logre, ya que representa la oportunidad para que las personas con discapacidad alcancen esa igualdad de oportunidades y sean incluidos en la sociedad (Rodríguez-Picavea,

2010, pág. 13). Un asistente personal es aquella persona que le brinda un servicio a otra con la finalidad de que ésta pueda desarrollar su vida; es quien realiza o ayuda a realizar tareas de la vida diaria a otra persona que debido a su situación no las puede realizar por sí misma. La existencia de esta figura representa el deseo y el derecho de las personas a controlar su propia vida y a vivirla con dignidad (Arnau, Alejandro, & Javier, 2007, pág. 5). Asegurar una vida independiente para las personas con discapacidad, permite (Cano, Macías, & Matilla, 2010, pág. 9):

- Empoderar a las personas para tomar sus decisiones.
- Poder resolver problemas y conflictos.
- Aprender de los errores que se cometan, de la experiencia real y personal de cada uno de ellos.
- Superar las dificultades de la vida diaria.
- Adquirir de responsabilidades.
- Obtener las habilidades sociales.
- Incremento de sus habilidades cognitivas.
- Obtener hábitos de vida saludables.
- Lograr seguridad en uno mismo.
- Adquirir una capacidad de autoconocimiento, de las capacidades y limitaciones de uno mismo.
- Fortalecer la autoestima.
- Desarrollar habilidades afectivas y sociales de calidad.
- Pertener, permanecer y participar en la comunidad.

La filosofía de la vida independiente no consiste en darles caridad a las personas con discapacidad o de proporcionarles únicamente asistencia personal; se trata de garantizarles que puedan ejercer sus derechos fundamentales igual que las personas sin discapacidad, insiste en que: "todas las vidas humanas tienen valor"; viene a ser una solución real para incluir a las personas a través de propuestas prácticas, cuya base es que las personas vivan en una sociedad en igualdad de oportunidades (García, 2008, pág. 59). El movimiento de vida independiente es un movimiento radical, que se encuentra firmemente arraigado en tradiciones ideológicas, culturales y pragmáticas. Radical porque propone transformar el pensamiento convencional sobre la discapacidad, plantea "soluciones tanto ideológicas como prácticas a los problemas diarios, del entorno y culturales, con los que se encuentran las personas con discapacidad y sus familias" (García, 2008, pág. 61).

La vida independiente engloba una serie de derechos humanos como "el derecho a la educación inclusiva, el igual acceso al trabajo, a las actividades de ocio y a los procesos e instituciones políticas, el derecho a las relaciones personales y sexuales, y a la paternidad y la maternidad, y a participar plenamente en la vida de la comunidad" (García, 2008, pág. 67). Es un movimiento que incluye a personas con discapacidades "físicas", "sensoriales", con necesidades de apoyo complejas y elevadas, personas con deficiencias intelectuales y

etiquetadas de diferentes maneras, como: "dificultades de aprendizaje", "dificultades de conducta" o "enfermedad mental". Asimismo, reúne a personas que además de presentar alguna discapacidad, pertenecen a algún grupo en situación de vulnerabilidad, como: mujeres, lesbianas y homosexuales, grupos de minorías étnicas, niños y personas mayores, los cuales presentan una mayor desventaja, debido al sexismo, al racismo, al desprestigio de la edad y a otras formas de opresión estructural y de prejuicios (García, 2008, pág. 68).

## **4. EDUCACIÓN INCLUSIVA Y VIDA INDEPENDIENTE EN EL SISTEMA ESPAÑOL**

### **4.1. Sistema educativo en España**

En España existe una educación común a todos los alumnos, denominada enseñanza ordinaria; sin embargo, se contempla la posibilidad de educación especial en casos excepcionales, lo que origina que no se dé una protección plena de la educación inclusiva.

Primeramente, cabe mencionar la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, que fue ratificada por España solamente el 3 de mayo de 2008. Este instrumento jurídico internacional aprobó la educación inclusiva como mecanismo clave para hacer efectivo el derecho a la educación de los niños con algún tipo de discapacidad. El artículo 24 reconoce expresamente el derecho a la educación inclusiva, al señalar que: "Los Estados Partes reconocen el derecho de las personas con discapacidad a la educación. Con miras a hacer efectivo este derecho sin discriminación y sobre la base de la igualdad de oportunidades, los Estados Partes asegurarán un sistema de educación inclusivo a todos los niveles así como la enseñanza a lo largo de la vida". Este también obliga a los estados partes a hacer los ajustes necesarios en función de las necesidades individuales de cada persona.

En este sentido, el artículo 4.3 de la LOE (Ley orgánica de Educación) establece que: "Sin perjuicio de que a lo largo de la enseñanza básica se garantice una educación común para los alumnos, se adoptará la atención a la diversidad como principio fundamental. Cuando tal diversidad lo requiera, se adoptarán las medidas organizativas y curriculares pertinentes, según lo dispuesto en la presente Ley". Sin embargo, en la misma Ley se resalta, en su artículo 71.2, el principio de equidad que debe regir en la educación, tanto ordinaria como especial, estableciendo que: "Corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas

especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado". Y el artículo 73 señala que: "se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta". Cabe destacar que, según el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad "por "ajustes razonables" se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales".

La educación inclusiva defiende que se deben garantizar los apoyos necesarios, independientemente del tipo de discapacidad dentro del sistema de educación ordinaria; y no hay una justificación que suponga un ajuste desproporcionado, al ser un derecho que debe garantizarse independientemente de los recursos necesarios. Además, como ya se mencionó antes, el objetivo de la educación debe ir más allá de la acumulación de contenidos y debe velar por la construcción de sociedades más justas e inclusivas. Si se estigmatiza a un grupo de personas en razón de su discapacidad se hace inviable dicho objetivo. Además, como ya queda dicho, "un sistema educativo único e integrado tiende a ser más barato que dos sistemas separados", lo que supone la posibilidad de brindar los apoyos dentro del sistema ordinario, eliminando la posibilidad de la exclusión.

Siguiendo con la ley que regula la educación en España, el artículo 74 de la LOE en su apartado 2, establece que "la identificación y valoración de las necesidades educativas de este alumnado se realizará, lo más tempranamente posible, por personal con la debida cualificación y en los términos que determinen las Administraciones educativas." Este concepto, además, ha sido reafirmado en el Real Decreto 1/2013, en el cual, en el artículo 18.2 y 3 se establece que "corresponde a las administraciones educativas asegurar un sistema educativo inclusivo en todos los niveles educativos así como la enseñanza a lo largo de la vida y garantizar un puesto escolar a los alumnos con discapacidad en la educación básica, prestando atención a la diversidad de necesidades educativas del alumnado con discapacidad, mediante la regulación de apoyos y ajustes razonables para la atención de quienes precisen una atención especial de aprendizaje o de inclusión. La escolarización de este alumnado en centros de educación especial o unidades sustitutorias de los mismos sólo se llevará a cabo cuando excepcionalmente sus

necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios y tomando en consideración la opinión de los padres o tutores legales”.

Según lo establecido por dicho decreto en su artículo 12 apartado 3a, es necesario realizar dictámenes psicopedagógicos que finalmente se usan para determinar si el alumno debe asistir a educación ordinaria, educación especial o modalidad combinada. No obstante, estos dictámenes siguen respondiendo, en general, a un modelo médico-rehabilitador, basado en etiquetas y déficits, y no en los apoyos necesarios para permitir el desarrollo de la personalidad y las capacidades de los alumnos y alumnas<sup>1</sup>. Por su parte, el modelo de escolarización combinada consiste en compartir el proceso de enseñanza-aprendizaje del alumno con necesidades educativas especiales, así como los tiempos, espacios y contenidos curriculares, entre un centro de educación especial y un centro ordinario. Lo que una vez más pone en evidencia que si los centros ordinarios tuviesen los recursos suficientes para brindar los apoyos y atender a la diversidad del alumnado, no serían necesarios los centros especiales ni las escolarizaciones combinadas.

La educación inclusiva adquiere un rol importante en la construcción de un nuevo modelo social, lo que supone otra razón por la que se hace necesario incentivar la convivencia con la diferencia. Es imposible el aprendizaje y la valoración de la diversidad cuando el punto de partida es la descalificación del otro por su condición individual, particularmente su discapacidad. No se puede construir una sociedad inclusiva cuando siguen vigentes prácticas discriminatorias como la educación segregada o su variable de escolarización combinada.

En este sentido, es necesario cuestionar el objetivo de la educación en nuestra sociedad, pues en la actual sociedad globalizada parece responder a prácticas excluyentes y discriminatorias, fundamentadas en la mercantilización de la educación; dejando de lado las diferencias y posibilidades que todos tenemos como personas y ciudadanos de derecho, más allá de nuestras diferencias. Santos señala que: "las instituciones educativas producen un tipo de mercancía (conocimiento, currículo) y consecuentemente sus prácticas deben ser sometidas a los mismos criterios de evaluación que se aplican a toda empresa eficiente y flexible. Aquí se da énfasis a que la educación debe ser sometida a las necesidades del mercado de trabajo, refiriéndose con esto a una función muy específica: la urgencia de que el sistema educativo se ajuste a las demandas del

---

<sup>1</sup> Esto se puede verificar en los casos analizados en el informe de la clínica jurídica que está disponible próximamente en: [http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto\\_derechos\\_humanos/clinica\\_juridica/materiales\\_clinicas](http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/clinica_juridica/materiales_clinicas)

mundo de los empleos, esto es empleabilidad. La función social de la educación se agota en este punto” (Dos Santos, 2003, págs. 42-50).

La escuela inclusiva permite develar la razón de ser de la educación, que se opone a la mercantilización y la competitividad, y supone por el respeto por la diferencia y la cooperación. Por lo tanto, el objetivo de la educación, de acuerdo con el art 29.1.a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, es “desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades”. La educación inclusiva responde a las necesidades individuales de los alumnos y se configura como fundamental para la edificación de identidades y valores que permitirán formar sujetos aptos para la participación social. Este paradigma rescata la educación como un bien individual y social, lo que significa un avance educativo con repercusiones políticas y sociales; puesto que se trata de generar un espacio de participación donde la democracia sea efectiva y transformar la realidad de las prácticas educativas tradicionales en función del desarrollo de la libre personalidad del educando (Dos Santos, 2003, págs. 42-50).

## **4.2. Vida independiente**

En los últimos años diversas corrientes de políticas sociales a nivel europeo han difundido y fomentado la vida independiente, como un derecho fundamental que apuesta por la inclusión en la sociedad de las personas con discapacidad. Asimismo, en España se ha ido desarrollando una serie de leyes dirigidas expresamente a las personas con discapacidad.

Por lo tanto, dentro del sistema jurídico español se reconocen sobre el particular dos derechos. Por una parte, el derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, y, por otra parte, el derecho a la vida independiente. Ambos, a pesar de su similitud, se encuentran en dos cuerpos normativos diferentes, uno con carácter exclusivamente nacional y el otro de alcance internacional, pero ambos igualmente vinculantes para el estado español. Se trata de la Ley 39/2006, de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia, y de la ya mencionada Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que reconoce el derecho a la vida independiente.

Los principios que se encuentran en dicha Convención están inspirados en los derechos humanos, la igualdad de oportunidades y la vida independiente, en línea con el modelo social de la discapacidad. Es así, que la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad apuesta de forma directa por la vida independiente, sin ningún género de duda, al dedicarle especialmente el artículo 19: “derecho a vivir de forma independiente y a ser incluido en la comunidad: los Estados Partes en la presente

Convención reconocen el derecho en igualdad de condiciones de todas las personas con discapacidad a vivir en la comunidad, con opciones iguales a las de las demás, y adoptarán medidas efectivas y pertinentes para facilitar el pleno goce de este derecho por las personas con discapacidad y su plena inclusión y participación en la comunidad, asegurando en especial que: a) las personas con discapacidad tengan la oportunidad de elegir su lugar de residencia y dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás, y no se vean obligadas a vivir con arreglo a un sistema de vida específico; b) las personas con discapacidad tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad para evitar su aislamiento o separación de ésta”.

Por otro lado, la Ley 39/2006 reconoce un derecho de titularidad universal, que poseen todos aquellos ciudadanos que se encuentren en algunas de las situaciones señaladas en el artículo 5 de la Ley (situación de dependencia, menores de tres años, tiempo de residencia en el territorio español, extranjeros en determinadas condiciones), garantizando a todos ellos un conjunto de prestaciones y servicios, de acuerdo a lo que establecen los artículos 13 y siguientes de la Ley. De acuerdo con el artículo 4, este nuevo derecho está compuesto, además de las prestaciones y servicios establecidos por la misma ley, por el derecho a disfrutar de todos los derechos establecidos en la legislación vigente y por una variedad de prestaciones económicas y de servicios, todo ello integrado en el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, y vinculado al grado de dependencia en que se encuentre el sujeto titular del derecho, lo que exige la existencia de una resolución de la Administración en la que se determinen los servicios o prestaciones que corresponden a la persona.

Sin embargo, hay que recordar que dentro de sus definiciones no se toma en cuenta el concepto de vida independiente, y se inclina hacia un modelo de carácter asistencial, pues en la mayoría de sus artículos se regula la dependencia, con una escasa promoción a la autonomía personal. De toda forma, cabe señalar que por primera vez se reconoce el derecho a tener una serie de servicios, prestaciones y el derecho a la asistencia personal. En particular, la LEPA establece en su artículo 2.7, la siguiente definición: “la asistencia personal se refiere al servicio prestado por un asistente personal que realiza o colabora en tareas de la vida cotidiana de una persona en situación de dependencia, de cara a fomentar su vida independiente, promoviendo y fomentando su autonomía personal”.

Y posteriormente, en su artículo 19, establece que la prestación económica de la asistencia personal “tiene como finalidad la promoción de la autonomía de las personas con gran dependencia. Su objetivo es contribuir a la contratación de una asistencia personal,

durante un número de horas, que facilite al beneficiario el acceso a la educación y al trabajo, así como una vida más autónoma en el ejercicio de sus actividades básicas de la vida diaria. Previo acuerdo del Consejo Territorial del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, se establecerán las condiciones específicas de acceso a ésta prestación”.

Si bien es cierto que la LEPA trata de promover la autonomía personal, no obstante, como indica Rodríguez-Picavea, “la asistencia personal se ofrece de forma restrictiva, pues sólo es posible para facilitar el acceso al trabajo o al estudio, dejando de lado las actividades recreativas; e igualmente se refiere sólo a las actividades básicas de la vida diaria, fuera de la línea de lo establecido en el artículo 19 de la Convención, que habla de la asistencia personal que sea necesaria.” Además, otro problema que se encuentra en la LEPA, “es que la asistencia personal será únicamente para aquellas personas que tengan un cierto grado de dependencia, establecida en la Ley”, estando en contradicción con la Convención, la cual señala a todas las personas como beneficiarios de los derechos, sin excepción alguna (Rodríguez-Picavea, 2013, pág. 46).

Así, queda reflejado que mientras que en la Convención “hay una apuesta clara y decidida por fomentar y promocionar la igualdad de oportunidades y la participación plena de las personas con discapacidad en la sociedad, fomentando la vida independiente dentro de su comunidad y poniendo a su alcance todos los instrumentos necesarios para poder llevarla a cabo”; la LEPA continúa con un enfoque sobre “los servicios de carácter asistencial, en vez de promocionar la autonomía personal, la cual, además, ofrece esos servicios de forma restrictiva, dejándola fuera de alcance para muchas personas que viven en situación de dependencia” (Rodríguez-Picavea, 2013, pág. 48).

Otro problema que afecta a la LEPA es su financiación, pues “está sujeta a los presupuestos generales del Estado y, por lo tanto, le afectan directamente los cambios económicos que sufra el país. Cuando la economía nacional no va bien los recortes afectan a los servicios sociales y, por tanto, a la financiación de los que más lo necesitan. Por lo que una solución posible es una financiación con la contribución de todos, ya que finalmente nadie está exento de tener una discapacidad permanente o temporal en su vida, por lo que es un beneficio para todos, al mismo tiempo que se hace una concientización social, ya que es un asunto que nos atañe a todos” (Rodríguez-Picavea, 2013, pág. 50).

Es incuestionable que numerosos aspectos que están dentro de la LEPA son opuestos a los deseos de la Convención, “por lo que resulta evidente la necesidad de una revisión en fondo y forma, a fin de lograr que converja con los mismos criterios y objetivos de la Convención”, de modo que puedan ser usados como herramientas que ayuden a luchar y erradicar la discriminación de las personas que

vivan en situación de dependencia y fomenten su verdadera igualdad de oportunidades (Rodríguez-Picavea, 2013, pág. 48).

Por lo que se refiere al contexto español, es imprescindible, además, hacer referencia a la ya mencionada Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión Social, aprobada, mediante el Real Decreto-legislativo 1/2013, de 29 de noviembre. Dicha ley, de acuerdo con la misma ordenación y esquema de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, viene a unificar toda la normativa ya existente en la materia, estableciendo que la discapacidad debe estar contemplada en todas las actuaciones políticas y por todas las administraciones. Se trata de una ley que simplifica y clarifica la dispersión existente entre las anteriores leyes y elimina las posibles contradicciones conceptuales que pudieran producirse entre éstas. En particular, su objetivo, de acuerdo a lo que se indica en su artículo 1, es: "a) garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato, así como el ejercicio real y efectivo de derechos por parte de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones respecto del resto de ciudadanos y ciudadanas, a través de la promoción de la autonomía personal, de la accesibilidad universal, del acceso al empleo, de la inclusión en la comunidad y la vida independiente y de la erradicación de toda forma de discriminación, conforme a los artículos 9.2, 10, 14 y 49 de la Constitución Española y a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España. b) Establecer el régimen de infracciones y sanciones que garantizan las condiciones básicas en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad".

A través de esta ley se regula cada uno de los ámbitos sociales, el derecho a la igualdad, a la protección de la salud, a la atención integral, a la educación, a la vida independiente, al trabajo, a la protección social y a la participación en los asuntos públicos. En efecto, al igual que en la Convención, se reconoce a las personas con discapacidad como titulares de derechos, estableciendo, por lo tanto, la correspondiente obligación de los poderes públicos de respetar y garantizar los derechos de estas personas, que son, en esencia, los mismos derechos de los que goza cualquier ciudadano. De esta forma, se deja atrás el concepto asistencialista, en donde las personas con discapacidad eran objeto de un tratamiento diferenciado, con una específica protección social, para pasar ahora a ser considerados como ciudadanos titulares de derechos, en igualdad de condiciones que el resto de las personas (Martínez Abellón, De Haro Rodríguez, & Escarbajal Frutos, 2010).

En virtud de esta ley, son los poderes públicos los principales obligados a prestar todos los servicios que sean necesarios a fin de alcanzar los objetivos fijados en la misma, y respetar los principios

rectores que la rigen. En este sentido, el artículo 57 establece expresamente la obligación de los poderes públicos a la prestación de servicios. Dicha norma señala: "1. Los poderes públicos garantizarán la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social. 2. Para la consecución de estos objetivos participarán, en sus correspondientes ámbitos competenciales, las administraciones públicas, los interlocutores sociales y las asociaciones y personas jurídico-privadas."

En el ámbito del empleo, el artículo 37 del Real Decreto-legislativo clasifica, por primera vez, los tipos de empleo a través de los que las personas con discapacidad pueden ejercer su derecho al trabajo, indicando que: "será finalidad de la política de empleo aumentar las tasas de actividad y de ocupación e inserción laboral de las personas con discapacidad, así como mejorar la calidad del empleo y dignificar sus condiciones de trabajo, combatiendo activamente su discriminación. Para ello, las administraciones públicas competentes fomentarán sus oportunidades de empleo y promoción profesional en el mercado laboral, y promoverán los apoyos necesarios para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo:

- Empleo ordinario, de las empresas y administraciones públicas, incluidos los servicios de empleo con apoyo.
- Empleo protegido: en centros especiales de empleo y enclaves laborales.
- Empleo autónomo: con las medidas previstas en la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo."

Aunque se han logrado avances legislativos en materia, queda un largo camino para su desarrollo práctico efectivo en la vida cotidiana de las personas con discapacidad.

Como se expuso anteriormente, la inclusión implica un proceso de reestructuración del sistema escolar para que todos los estudiantes puedan participar sin que encuentren barreras directas y/o indirectas al acceso a la educación. Este modelo educativo tiene como objetivo alcanzar al máximo nivel posible el libre desarrollo de la personalidad, de las capacidades y aptitudes de los niños y niñas; proteger los derechos y el auténtico interés del niño relacionado con el entorno escolar, familiar, jurisdiccional y político. Proteger la auténtica voluntad del niño es esencial para el alcance de una vida independiente, en que el niño crezca aprendiendo a tomar sus propias decisiones, sin que terceros decidan por él/ella. Igualmente, las personas con discapacidad, física, sensorial o cognitiva, tienen el derecho de ejercer el control sobre sus vidas y el derecho de

participar plenamente de todas las actividades económicas, políticas y culturales, o sea participar de la vida en comunidad.

Así, el alcance de la vida independiente, sobre todo para este grupo específico de personas en situación de discapacidad, a quienes les ha sido negado un papel activo en la sociedad, ya que históricamente han sido discriminados y marginalizados, permitiría el reconocimiento de sí mismos como protagonistas de su propia vida y sujetos activos de la sociedad.

## **5. IMPORTANCIA DE LOS AGENTES SOCIALES EN LA CONSECUCCIÓN EFECTIVA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN INCLUSIVA Y LA VIDA INDEPENDIENTE**

La necesidad de dar el salto del modelo médico y rehabilitador al modelo social, requiere el *compromiso* y la implicación directa de todos aquellos agentes que forman parte de este reto, como lo son de la educación, el sistema de protección social, el sistema judicial y los medios de comunicación.

Ahora es el momento de reactivar el tejido social y la concienciación acerca de la importancia de respetar y promover los derechos de las personas con discapacidad y luchar a favor de crear mecanismos que aseguren la educación inclusiva y la vida independiente. Ante el reto de esta transformación social, es necesario que este proceso se lidere desde el ámbito de los derechos humanos y que los profesionales especializados en esta materia guíen ese proceso transversal donde la concienciación, la sensibilización y la capacitación jueguen un papel fundamental entre los agentes implicados.

Por todo ello, se plantean cuatro líneas de actuación con el fin de trabajar con los agentes sociales involucrados:

### Formación de profesionales<sup>2</sup>

Con el objetivo de respetar y velar por el derecho a la educación inclusiva es indispensable que desde las instituciones públicas se fomente que los profesionales de los sistemas educativos, sociales y jurídicos reciban la adecuada formación continua. Los objetivos, de acuerdo a las características establecidas por el Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad, que se persiguen con la formación continua son los siguientes:

“- Garantizar la actualización de los conocimientos de los profesionales y la permanente mejora de su cualificación.

---

<sup>2</sup> Cabe destacar la falta de trabajos e investigaciones realizadas en el campo de la formación jurídica y de la protección social en referencia a la capacitación de los profesionales en la perspectiva de derechos humanos de las personas con discapacidad. Debido a ello, y teniendo en cuenta la carencia literaria al respecto, este apartado es, en buena parte, consecuencia de una reflexión interdisciplinaria de lo que debería ser la formación de juristas y profesionales de la acción social.

- Potenciar la capacidad de los profesionales para efectuar una valoración equilibrada del uso de los recursos en relación con el beneficio individual, social y colectivo que de tal uso pueda derivarse.
- Mejorar en los propios profesionales la percepción de su papel social, como agentes individuales en un sistema general de protección social, y de las exigencias éticas que ello supone" (Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad).

A continuación se muestran algunas de las iniciativas propuestas desde distintas plataformas e instituciones gubernamentales para su consecución.

- Sistema educativo

Desde la *Plataforma Inclusión en el Pacto Educativo de Estado* se publicó *El Libro Rojo* (Pacto Educativo Para Todos, 2011, págs. 8-10), donde se hace hincapié en la importancia de la formación de los miembros que conforman el sistema educativo, recogiendo los siguientes puntos a desarrollar:

"- La formación debe ser continua y obligatoria para todo el personal que trabaja en los centros de Primaria y Secundaria, convocando cursos de formación dirigidos al profesorado de las distintas etapas educativas que contemplen diversos aspectos de la atención al alumnado.

- La formación debe ser del profesorado, como de Equipos directivos e Inspectores en torno a su obligación de atender a los niños con necesidades educativas especiales. Se ha de trabajar las actitudes del profesorado ante los niños con diversidad, desde la asunción de que se les tiene que atender por ley.

- La formación debe ser específica para ATEs (Ayudantes Técnicos Educativos), educadores y cuidadores, en inclusión y en relación a la diversidad de los alumnos que atienden".

- Sistema de protección social

Es imprescindible que las universidades comprendan la importancia de introducir el estudio de los derechos humanos en sus currículos académicos, a fin de que los futuros profesionales de la acción social tengan las herramientas necesarias para intervenir y dar soluciones integrales a los retos que la educación inclusiva y la vida independiente les pueda plantear.

Por otro lado, en cuanto a los profesionales que ya estén ejerciendo, es indispensable que se les ofrezcan cursos que tengan como materia central los derechos de las personas con discapacidad, haciendo especial énfasis en la educación inclusiva. Esto ayudará a minimizar el desconocimiento existente y a reforzar y ampliar el campo del saber sobre este ámbito de actuación.

- Sistema judicial

Los operadores jurídicos, entendiéndolos por éstos a los jueces y a los abogados, son los agentes que entran más tarde en el proceso de lucha por la consecución de la educación inclusiva y la vida independiente, ya que dependiendo de cómo se dé cada caso el niño

o el adulto con discapacidad y sus familias podrán requerir o no su intervención. No obstante, en gran medida también está en sus manos que el niño o el adulto con discapacidad puedan ejercer plenamente sus derechos: por una parte, el abogado es quien se encarga de defender sus intereses, y por otra, es el juez quien dictamina la sentencia que recogerá a qué tipo de modalidad educativa debe acudir el niño o cómo se puede garantizar la vida independiente del adulto. Debido a ello, la formación de los operadores jurídicos es de suma importancia para que los derechos a la educación inclusiva y a la vida independiente de las personas con discapacidad sean protegidos y defendidos adecuadamente.

Por ello, es necesario que haya una materia específica que trate los derechos de las personas con discapacidad (incluidos, obviamente, los de los niños y las niñas con discapacidad) desde la perspectiva de los derechos humanos, para que los futuros profesionales, además de tener los conocimientos necesarios, interioricen los valores de igualdad, respeto y solidaridad que son necesarios tanto para la educación inclusiva como para obtener una vida independiente.

### Sensibilización y concienciación social

La sensibilización social es el primer paso para romper el círculo de la ignorancia- indiferencia- inmovilismo y generar espacios de discusión y participación ciudadana, donde se de paso a desarrollar una ciudadanía comprometida con los derechos a la educación inclusiva y a la vida independiente. La mejor manera de luchar contra las barreras que generan el desconocimiento es apostar por la sensibilización y concienciación, y vencer, así, los estigmas sociales. Combatir el desconocimiento también es combatir el rechazo y el miedo que, para algunos, supone apostar por la educación inclusiva y hacer frente a los retos que plantea el niño con discapacidad.

El objetivo es sensibilizar y concienciar a la población, aumentando el conocimiento acerca de lo que supone la educación inclusiva y la importancia de ésta para lograr una vida independiente, estableciendo relaciones con profesionales y servicios (educativos, judiciales y sociales) para favorecer la toma de conciencia de todos los agentes. Con ello se busca contribuir a la eliminación de actitudes discriminatorias y propiciar actitudes de inclusión, empatía y acompañamiento en todo el proceso educativo (Martín & Mauri, 2011).

*El Plan de Inclusión del Alumnado con Necesidades Educativas Especiales*, llevado a cabo por el Ministerio de Educación en el año 2011 (Ministerio de Educación, 2011, págs. 5-6), recoge la importancia de realizar acciones de sensibilización dentro de las actuaciones dirigidas al entorno social y familiar señalando que:

**1.** “Realizar campañas de sensibilización. Estas campañas estarán encaminadas a poner de manifiesto la importancia de la

educación como pilar para la inclusión social, así como a reconocer la incidencia de la formación y de la inclusión de las personas con discapacidad en los distintos ámbitos de la sociedad para la mejora del conjunto de la misma.

**2.** Realizar actividades informativas y formativas en los centros escolares, dirigidas a todos los sectores de la comunidad educativa para facilitar su implicación en la inclusión social y educativa de las personas con discapacidad.

**3.** Difundir acciones de educación inclusiva y buenas prácticas a través del Ministerio de Educación, la Agencia Europea para el desarrollo del alumnado con necesidades educativas especiales, las Administraciones educativas, el Consejo Escolar del Estado, el Foro para la Inclusión Educativa del Alumnado con Discapacidad, las Asociaciones de Madres y Padres de Alumnos y las asociaciones de personas con discapacidad y las de sus familias”.

### Los medios de comunicación

Es un hecho que en los tiempos de la globalización los medios de comunicación de masas juegan un papel importante en la transmisión de información, convirtiéndose en uno de los agentes socializadores y educadores de mayor relevancia. Son los medios, en gran medida, quienes proponen los supuestos modelos correctos y positivos de desarrollo y, por otro lado, identifican aquellos que son incorrectos, negativos o desviados para el sistema hegemónico y que deben ser rechazados (Gómez, 2010-2011).

En consecuencia, sabiendo el poder de influencia que tienen en la población, es necesario implantar, a través de los medios de comunicación, una pedagogía basada en el respeto, la tolerancia y la diversidad. Ya que, como decía Henry Giroux, “una pedagogía que no pierda la dimensión sociopolítica del proyecto histórico de la emancipación del hombre, incluye la idea de que la formación de ciudadanos democráticos exige formas de identidad política que extiendan radicalmente los principios de justicia, libertad y dignidad a las esferas públicas constituidas por la diferencia y por formas múltiples de comunidad. Está claro que esta es tanto una cuestión pedagógica como política. Esas identidades prácticas han sido construidas como parte de la solidaridad y la ciudadanía, y no para la competencia y la discriminación” (Giroux, 2003, pág. 91).

Debido a ello, es indispensable que en los medios de comunicación también se dé un cambio de cultura dirigido a normalizar la discapacidad y a aceptar la diversidad. En consecuencia, se debería aprobar un código de buenas prácticas orientado a los medios de comunicación donde se tome como referencia al ser humano, fomentando la humanización en las relaciones sociales y la inclusión de las personas con discapacidad desde la perspectiva de la igualdad, la cooperación, la solidaridad y el respeto a lo diverso.

Es importante, y a la vez necesario, que los profesionales de los medios de comunicación desarrollen sensibilidad y empatía hacia los derechos humanos, en general, y a la discapacidad y la educación inclusiva, en particular. Por ello es recomendable crear espacios que tengan como finalidad dar a conocer las distintas realidades que conforman la discapacidad, espacios de intercambio de opiniones y visiones. Esos espacios serían enriquecedores para empoderar tanto al colectivo de las personas con discapacidad como al resto de la sociedad, ya que servirían para dar mayor visibilidad a las problemáticas creadas a partir del sistema actual.

Esos espacios permitirían dar un salto en la democratización de los medios de comunicación, ya que serían canales de efectiva participación; ayudarían a derribar los muros del desconocimiento; y fomentarían el desarrollo de la visión crítica y de la participación activa de los ciudadanos en la lucha de los derechos de las personas con discapacidad, que a la vez es una lucha de toda la sociedad. Siguiendo a María Sirley, hay que entender que todo ello "contribuye a la perennidad de la política educativa, o sea, a que más personas puedan apropiarse de la elaboración de concepciones, directrices y propuestas, estando menos vulnerables a cualquier tipo de manipulación" (Dos Santos, 2003, pág. 91).

#### Trabajo interdisciplinario

Las nuevas necesidades y retos que plantean los derechos a la educación inclusiva y la vida independiente, derivados de los cambios sociales y la evolución legislativa, generan demandas que a su vez se convierten en retos que deben ser afrontados.

Para ello es necesario construir un espacio común y permanente de enriquecimiento y cooperación entre profesionales, servicios y sistemas. La apuesta por la interdisciplinariedad y la cooperación entre profesionales debe ayudar a consolidar una concepción de intervención multidisciplinar en la realidad social, en la que diferentes profesionales, integrados en un mismo equipo, realicen una actuación interdisciplinar mucho más rica y profunda (Barranco Navarro & Martín García, 2002).

La finalidad de impulsar esta modalidad de trabajo en equipo es buscar la colaboración conjunta en acciones coordinadas para lograr objetivos que de manera individual serían muy difíciles de alcanzar, ya que el trabajo interdisciplinario es un instrumento adecuado para conseguir unas metas y desarrollar un proyecto. En consecuencia, trabajar en equipo no es un fin, sino que es un medio para lograr que los derechos a la educación inclusiva y a la vida independiente sean reales.

Teniendo en cuenta los beneficios que trae el trabajo interdisciplinario y su necesidad para que el derecho a la educación inclusiva se implante de manera eficaz, se han introducido propuestas en distintos planes de acción, como es el caso del *Plan de Inclusión*

de *Alumnos con Necesidades Educativas Especiales* del Ministerio de Educación de España (Ministerio de Educación, 2011, págs. 10-11). Así, en este Plan se señalan los siguientes puntos en relación al trabajo en equipo, que deben llevar a cabo las administraciones educativas y las demás instituciones involucradas:

**1.** “Coordinación entre administraciones para la atención temprana. Establecer la coordinación necesaria entre las administraciones competentes en la materia para elaborar protocolos de detección temprana en niños y niñas que puedan presentar necesidades educativas especiales.

**2.** Coordinación entre administraciones para favorecer la calidad de vida de las personas con discapacidad y de sus familias. Crear las condiciones que permitan una atención integral a las personas con discapacidad durante su incorporación y tránsito por el sistema.

**3.** Creación de una comisión técnica de inclusión educativa en la Conferencia Sectorial, con el objeto de realizar un análisis de la situación, así como de potenciar la coordinación y la colaboración entre las administraciones educativas para establecer cauces de actuación conjunta en lo que afecta a la población con discapacidad o con trastornos graves de la conducta y a sus familias.”

Igualmente, en las *Medidas Urgentes de Intervención para garantizar los Derechos Humanos de los alumnos con Diversidad Funcional* (Pacto Educativo Para Todos, 2011, pág. 4), realizado por la plataforma de Pacto de Estado para la Educación, se señala la importancia del “establecimiento de protocolos de colaboración entre sanidad y educación para garantizar la respuesta más idónea al proceso escolar de los alumnos que padecen enfermedades crónicas y precisan de atención sanitaria específica, contemplando los casos de hospitalización largas”, como una de las líneas de actuación a tomar en cuenta dentro del trabajo interdisciplinario.

## **6. CONCLUSIÓN**

Como se ha visto a lo largo de este artículo, la educación inclusiva puede definirse como educación de calidad para todos, independientemente de las características personales, sociales, culturales o de género. Esto implica la aceptación y valoración de la diversidad como elemento esencial del aprendizaje y, por tanto, constituye un beneficio para cada niño en particular y para la sociedad en su conjunto.

El desarrollo de la educación inclusiva debe considerarse como un proceso de construcción continua que implica replantearse las prácticas educativas segregacionistas y visibilizar aquellos colectivos que se han visto excluidos de los sistemas de enseñanza, generando los cambios y ajustes necesarios para posibilitar el ejercicio de este

derecho. Este es el caso de las personas con discapacidad que han sido el centro de referencia en este artículo.

Históricamente en España las personas con discapacidad han estado confinadas al hogar o a instituciones segregadoras, entre las que se encuentran los llamados centros de educación especial, basándose en la idea de que constituyen una carga para el sistema educativo ordinario y que pueden recibir una mejor educación en centros de educación especial. Por lo tanto, ha existido una negación constante, por parte de las escuelas, a educar a alumnos con discapacidad, expulsándolos por las dificultades que suponía educarlos. Bajo esas justificaciones históricas, nos encontramos aún hoy con la existencia de centros especiales y con modelos de enseñanza combinada, donde el niño asiste unos días a la escuela ordinaria y otros a la escuela especial. Ambos modelos (educación especial y educación combinada) reflejan la exclusión social de la que son víctimas las personas con discapacidad y plantean la necesidad de hacer real la educación inclusiva, donde todos tienen derecho a ser educados en igualdad de condiciones, promoviendo la convivencia con la pluralidad y la diversidad e impulsando la superación de prejuicios que conducen a la discriminación.

Un sistema educativo inclusivo prohíbe la discriminación, promoviendo el valor de la diferencia y garantizando la igualdad de oportunidades. El derecho a la educación es un derecho indisponible y obligatorio para todos y se debe aplicar sin distinción a las personas con discapacidad. La educación inclusiva hace explícito el derecho de acceder y permanecer en el sistema regular de educación, el cual debe hacer los ajustes razonables para responder a las necesidades individuales de los alumnos.

Velar por la realización del derecho a la educación inclusiva de las personas con discapacidad requiere considerar la accesibilidad, la adaptabilidad y los ajustes razonables necesarios que permitan dar un paso más allá de la integración; pues si los estudiantes con discapacidad son ubicados en las escuelas ordinarias sin los apoyos necesarios se genera aislamiento y se perpetúa la exclusión. Cuando se respeta la educación inclusiva se promueven los derechos humanos y se protege el interés superior del niño. Es necesario comprender, entonces, que la calidad educativa implica el reconocimiento de la diferencia y el derecho a aprender y a ser valorado independientemente de las características personales.

A lo largo de este artículo, también se ha fundamentado cómo el derecho a la educación inclusiva constituye la puerta de entrada para el ejercicio pleno de otros derechos y repercute de forma directa en el derecho a la vida independiente de las personas con discapacidad. Si se garantiza desde los primeros años una inclusión efectiva en los espacios de participación, es posible aceptar la diversidad, valorándola positivamente, y dotar de herramientas a todos los sujetos para llevar a cabo sus diferentes planes de vida,

gracias al desarrollo de sus potencialidades y con la prestación de los apoyos necesarios. El espacio educativo es una de las bases fundamentales de la sociedad para el aprendizaje de los derechos humanos y la reivindicación de los mismos; por tanto, es importante recalcar el vínculo entre el ejercicio de este derecho y la efectividad de los demás derechos fundamentales. Defenderlos es apostar por la construcción de un modelo social que reivindica y valora la dignidad humana como valor central. Para alcanzar este objetivo es importante recordar el papel del Derecho Internacional, especialmente de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, ratificado por España, donde se imponen unas obligaciones al Estado para el cumplimiento y respeto de los derechos fundamentales de estas personas. Por tanto, cuando una persona con discapacidad ve afectado su derecho a la educación no sólo se produce un acto de marginación social, sino una violación de la normativa internacional y de la nacional, pues la Convención forma parte de nuestro Ordenamiento jurídico interno; constituyendo, además, una violación directa del derecho constitucional de acceso a la educación en igualdad de oportunidades.

Asimismo, para el respeto efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, especialmente los derechos a la educación inclusiva y a la vida independiente, es fundamental la formación continua de los profesionales de los sistemas educativos, jurídicos y sociales en la materia; así como la sensibilización y concienciación a la comunidad en general, que permitirá vencer estereotipos que generan discriminación; y el compromiso de los medios de comunicación para promover patrones de convivencia inclusivos.

La educación inclusiva se constituye, entonces, en un reto en materia de derechos humanos y su alcance facilita el desarrollo de una vida independiente, sobre todo para las personas con discapacidad, permitiéndoles su reconocimiento como protagonistas de su propia vida y sujetos activos, en igualdad de condiciones con las demás personas, dentro de la sociedad.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Ainscow, M. (2003). *Desarrollo de Sistemas Educativos Inclusivos. Ponencia a presentar en San Sebastián*. Estados Unidos: The University of Manchester:  
[http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO6565/mel\\_ainscow.pdf](http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO6565/mel_ainscow.pdf)
- Arnau, R., Alejandro, R., & Javier, R. (2007). *Asistencia Personal para la Vida Independiente y la promoción de la autonomía de las personas con diversidad funcional (discapacidad en España)*. Recuperado el 02 de junio de 2015, de Federación Asociaciones Espina Bífida de Andalucía:  
[file:///C:/Users/User/Downloads/Asistente\\_personal%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/Asistente_personal%20(1).pdf)

- Aspyam. (2007). *Experiencia hacia la Vida Independiente*. Recuperado el 02 de junio de 2015, de Aspaym Madrid: [http://www.diba.cat/c/document\\_library/get\\_file?uuid=90507a0c-82f5-45e7-b3ec-436f6b52b6b8&groupId=527890](http://www.diba.cat/c/document_library/get_file?uuid=90507a0c-82f5-45e7-b3ec-436f6b52b6b8&groupId=527890)
- Barranco Navarro, J., & Martín García, M. (2002). Equipos de trabajo y reuniones eficaces. En T. Fernández García, & A. Ares Parra, *Servicios sociales: dirección, gestión y planificación* (pág. 121). Alianza Editorial.
- Burack, V., Crespo, E., Arlett, C., Gerez, P., De Asís, J., & Redondo, L. (2011). *Educación Inclusiva en España. INFORME "El tiempo de los derechos"*, núm. 29. Madrid: Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III.
- Cano, S. M., Macías, M. J., & Matilla, N. M. (01 de agosto de 2010). *¿Quién dijo que "no"?: las ventajas de tener una vida independiente*. Recuperado el 02 de junio de 2015, de Down España: <http://www.centrodocumentaciondown.com/uploads/documentos/86738a58bbee99b119afb16f2172b1ed97dcb0ac.pdf>
- Centeno, A., Lobato, M., & Romañach, J. (enero de 2008). *Indicadores de Vida Independiente (IVI) para la evaluación de políticas y acciones desarrolladas bajo la filosofía de Vida Independiente*. Recuperado el 02 de junio de 2015, de Foro de Vida Independiente.
- Dos Santos, M. S. (2003). *Pedagogía de la diversidad*. Michoacán, Pelicanus.
- Dussan, C. (2011). Educación Inclusiva: un Modelo de Diversidad Humana. *Educación y Desarrollo Social*, 5(I), 141-150.
- García, A. J. (2008). *El movimiento de vida independiente: experiencias internacionales*. Recuperado el 2 de mayo de 2015, de Independent Living Institute: <http://www.independentliving.org/docs6/alonso2003.pdf>
- Giroux, H. (2003). Capítulo V. En S. D. Santos, *Pedagogía de la Diversidad*. Michoacán: Pelicanus.
- Gómez, J. (2010-2011). *Pedagogía social: elementos y materiales*. San Sebastián: Facultad de Ciencias Sociales y Humanas- Universidad de Deusto.
- Illán, N., & Molina, J. (2013). La Filosofía de Escuela de Vida. Sus aportes para la promoción de la vida independiente en el colectivo de personas con discapacidad Intelectual. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*. Santiago, Chile.
- Ley de Promoción de Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia. (s.f.). Ley 39/2006.

- Ley General de Derechos de las Personas con Discapacidad y su Inclusion Social. (s.f.). Real Decreto-Legislativo 1/2013.
- Ley Organica. (s.f.). Ley n. 2/2006 Educación. España.
- Lunardi, M. L. (2001). Inclusão/exclusão: duas faces da mesma moeda. *Cadernos de Educação Especial*, 2(18), 1-5.
- Martín, E., & Mauri, T. (. (2011). *Orientación educativa. Atención a la diversidad y educación inclusiva*. Barcelona: Graó.
- Martínez Abellón, R., De Haro Rodríguez, R., & Escarbajal Frutos, A. (2010). Una aproximación a la educación inclusiva en España. *Revista Educación Inclusiva*.
- Martínez, M. E. (2008). *Pedagogía de la Diversidad*. Argentina: Universidad Nacional de la Plata.  
<http://www.memoria.fahce.unlp.edu.ar/programas/pp.760/pp.760.pdf>
- Ministerio de Educación. (2011). *Plan de Inclusión del Alumnado de Necesidades Educativas Especiales*. Madrid: Ministerio de Educación.
- Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad. (s.f.). Recuperado el 15 de Mayo de 2015, de Ministerio de Sanidad, Asuntos Sociales e Igualdad:  
<http://www.msssi.gob.es/profesionales/formacion/formacionContinua/queEs.htm>
- Muñoz, E., & Maruny, L. (2000). Respuestas Escolares. Educar en la Diversidad. Programa Diversidad y Escuela Comprensiva:  
[http://antoniopantoja.wanadooasdl.net/recursos/varios/resp\\_esco.pdf](http://antoniopantoja.wanadooasdl.net/recursos/varios/resp_esco.pdf), 7.  
[http://antoniopantoja.wanadooasdl.net/recursos/varios/resp\\_esco.pdf](http://antoniopantoja.wanadooasdl.net/recursos/varios/resp_esco.pdf)
- ONU. (1999). Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación n.13.
- ONU, C. (2006). *Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Nueva York: ONU.
- Pacto Educativo Para Todos. (2011). *El Libro Rojo de la Educación Española*. Plataforma España Inclusión.
- Palacios, A. (2008). *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid, Cinca.
- Rodríguez-Picavea, A. (2010). Vida independiente: dignidad y derechos de la diversidad funcional. Coruña, España.
- Rodríguez-Picavea, A. (2013). *Divertad: libertad y dignidad en la diversidad*. Santiago, Chile.

- Romeu, N. I. (2013). Discapacidad y Vida Independiente. *Revista Latinoamericana de Educación Inclusiva*. Santiago, Santiago, Chile.
- Rossell, T. (1999). El equipo interdisciplinario. *46 Revista de Servicios Sociales y Política Social*, 11.
- Ruiz, L. (2008). *Principios y Referencias*. Barcelona, Hipatia.
- UNESCO. (1990). La Declaración Mundial sobre Educación para Todos. Jomtien.
- UNESCO. (1994). Declaración de Salamanca y Marco de acción para las necesidades educativas especiales.  
[http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF), 49.  
UNESCO:  
[http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA\\_S.PDF](http://www.unesco.org/education/pdf/SALAMA_S.PDF)
- UNESCO. (1999). *Una Revisión de las Actividades de la UNESCO a la luz de la Declaración de Salamanca, Conferencia Mundial sobre necesidades educativas especiales: acceso y calidad*.
- UNESCO. (2009). *Directrices sobre políticas de inclusión en la educación*. UNESCO.
- Wehemeyer, M. (2009). Autodeterminación y la tercera generación de prácticas de inclusión. *Revista de Educación* (349), 45-67.

# UNA VISIÓN DE LA TERMINACIÓN DE LOS CONFLICTOS ARMADOS CENTRADA EN LA JUSTICIA TRANSICIONAL

## A VISION OF THE END OF ARMED CONFLICT FOCUSED ON TRANSITIONAL JUSTICE

Angélica María Anichiarico González\*

**RESUMEN:** Las medidas de justicia transicional como herramientas adecuadas para la satisfacción de los derechos de justicia, verdad y reparación de las víctimas de crímenes internacionales, a la vez que se produce reconciliación, deja expuesto el debate acerca de su viabilidad cuando el objetivo es la terminación de un conflicto armado. Este artículo intentará determinar si resulta pertinente seguir recurriendo en todo caso a la vía del castigo de crímenes internacionales para no generar impunidad, o cabe la posibilidad de recurrir a una amnistía condicionada y limitada de crímenes internacionales que, junto con otras medidas de justicia transicional, puedan satisfacer dichos objetivos.

**ABSTRACT:** *Transitional justice measures as accurate tools for the satisfaction of the rights of international crimes to obtain justice, truth and reparation, generating reconciliation at the same time, exposes the debate about their viability when the goal is the end of an armed conflict. This article will attempt to determine whether it is appropriate to continue using criminal punishment for international crimes in every case, in order to avoid impunity, or there is a possibility of using a conditional and limited amnesty for international crimes together with other transitional justice measures, to get these goals.*

**PALABRAS CLAVE:** crímenes internacionales, justicia transicional, amnistías condicionadas, reconciliación, víctimas.

**KEYWORDS:** *international crimes, transitional justice, conditional amnesties, reconciliation, victims.*

**Fecha de recepción:** 27/11/2015

**Fecha de aceptación:** 11/12/2015

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3179>

---

\* Abogada, Magister y Doctoranda en Estudios avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid. Email: angie9276@gmail.com.

## 1. INTRODUCCIÓN.

A finales de los años 80 y principios de los 90, y debido a los cambios políticos y demandas de justicia que tienen lugar en América Latina y en Europa oriental dentro de lo que algunos han dado en llamar la *tercera ola de democratización*<sup>1</sup>, empiezan a surgir una serie de mecanismos y políticas públicas para rendir cuentas con un pasado de abusos a los Derechos Humanos y garantizar a la vez los procesos democratizadores que pronto se agruparán bajo el ya difundido concepto de Justicia Transicional. Por el momento histórico vivido, se exigía poner en marcha «el entero ámbito de mecanismos para hacer frente a las violaciones de los Derechos Humanos con el fin de lograr una reconciliación»<sup>2</sup>, teniendo como objetivo la edificación de sociedades plenamente democráticas, a través de diferentes técnicas entre las que cabe destacar, principalmente, los juicios penales, las comisiones de la verdad y los programas de reparación de las víctimas de dichas vulneraciones de los Derechos Humanos.

Sin embargo, este contexto inicial de operatividad de la justicia transicional se vio rápidamente sobrepasado, especialmente por la asunción de dicho concepto por parte de Naciones Unidas, y la aplicación de los mecanismos tradicionales que habían operado dentro del mismo, a los conflictos armados, tanto los ya terminados, como los todavía en vigor. Así lo demuestran, por ejemplo, el primer informe del Secretario General de Naciones Unidas ante el Consejo de Seguridad sobre “El imperio de la ley y la justicia de transición en sociedades en conflicto y post-conflicto”<sup>3</sup>, así como los diferentes documentos que el Alto Comisionado para los Derechos Humanos de Naciones Unidas ha ido publicando sobre esta temática bajo el nombre genérico de “Instrumentos del Estado de Derecho para sociedades que han salido de un conflicto”.

Este nuevo campo de aplicación de la justicia transicional y sus mecanismos, vinculan a ésta con nuevos fines como las prácticas de paz y resolución de conflictos de la paz, y han supuesto una ampliación también de dichos mecanismos, que han pasado a incorporar, entre

---

<sup>1</sup>HUNTINGTON, S., *La Tercera Ola: La Democratización a Finales del Siglo XX*, Paidós, Barcelona, 1998.

<sup>2</sup>BICKFORD, L., «Transitional Justice», *The Encyclopedia of Genocide and crimes against humanity*, vol.3, p 1045.

<sup>3</sup>Doc. Naciones Unidas, S/2004/616 (2004).

otros, los planes de desarme, desmovilización y reinserción como un elemento básico de la justicia transicional, y a ampliar la operatividad de otros ya existentes como las reformas legales e institucionales<sup>4</sup>.

Por supuesto, la funcionalidad de todos estos mecanismos que operan dentro de lo que se conoce como justicia transicional, debería producirse dentro del respeto de la normatividad internacional, y especialmente, de los derechos de las víctimas de violaciones graves de Derechos Humanos a obtener justicia, verdad y reparación. Sin embargo, creo que cuando el contexto es el de un conflicto armado en vigor, en el que la negociación entre los diferentes actores es fundamental para la terminación del mismo, la persecución penal, y en todo caso, de quienes han cometido crímenes internacionales -entendida como la única forma de satisfacer el derecho a la justicia de las víctimas- puede poner en peligro dicha negociación y conducir a la continuación del conflicto. En este caso, determinadas formas de amnistía -por supuesto no todas, como se verá más adelante-, deben tenerse en cuenta como posibles instrumentos para producir, junto con diferentes mecanismos transicionales, la satisfacción de los derechos de las víctimas e intentar la reconciliación que conduzca a una paz estable y duradera.

Entiendo aquí por amnistía la extinción de la responsabilidad penal que alcanzará también a la pena y a todos sus efectos, aun consciente de que este término carece de una definición unívoca en el ordenamiento jurídico internacional<sup>5</sup> y que la misma ha pasado a ser observada con recelo por la comunidad internacional en su campaña global de lucha contra la impunidad, al estar asociada con el olvido y el perdón de delitos de cualquier índole con el objeto de lograr la paz<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup>VAN ZYL, «Promoting Transitional Justice in Post-Conflict Societies», en *Security Governance in Post-Conflict Peacebuilding*, Ginebra, 2005, pp.210 y ss.

<sup>5</sup>MIR PUIG, S. *Derecho Penal, Parte General, 4ª edición*, B de F, Barcelona, 1996, p. 771. Otros autores tratan el tema como CHINCHÓN ÁLVAREZ, J. *La sanción de los crímenes de derecho internacional y las violaciones a los derechos humanos en períodos de transición: un análisis a la sombra de la última experiencia iberoamericana*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2006; NAQVI, Y. «Amnesty for war crimes: Defining the limits of international recognition», *RICR*, Num 851, 2003, pp 603-605; ROHT-ARRIAZA, M. / GIBSON, L. «The Developing Jurisprudence on Amnesty», en *HRQ*, vol. 20, núm. 4, 1998, pp 862-866.

<sup>6</sup>Los orígenes de la amnistía se remontan a la antigua Grecia, donde el compendio denominado herramientas de «gracia» denominaba a las amnistías como una expresión de la indulgencia penal bajo la palabra olvido. De hecho, se puede observar que fueron creadas por la necesidad de finalizar las diversas disputas civiles que habían asolado a los pueblos y donde la idea de libertad reinaba para deshacerse de las injusticias de los más poderosos. SOBREMONTÉ, J, *Indultos y Amnistías*, Colección de

En este sentido, las amnistías no solamente han sido utilizadas por mucho tiempo en diferentes estados en el paso a la democracia o en la salida de un conflicto armado, sino que su utilización no parecía plantear ningún problema en la comunidad internacional. Así, por ejemplo, el primer informe sobre amnistías preparado por Lois Joinet en 1985 ante la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías, donde se realizó un estudio sobre la legislación de amnistía y sobre su papel en la protección y promoción de los Derechos Humanos como un mecanismo alternativo para salir de los conflictos, indicaba la compatibilidad de la amnistía con el Derecho Internacional<sup>7</sup>.

Sin embargo, en su segundo informe de 1997, de nuevo a petición de la subcomisión, cambió su postura con una serie de principios para la protección y promoción de los Derechos Humanos mediante la lucha contra la impunidad argumentando que los autores de delitos graves conforme al Derecho Internacional no podrán beneficiarse de estas medidas hasta que el Estado cumpla con las obligaciones adquiridas, entre ellas la de perseguir y castigar a los autores de crímenes internacionales<sup>8</sup>.

Ahora bien, la doctrina ha establecido unos parámetros de comprensión de este mecanismo haciendo una distinción entre las amnistías generales y las amnistías condicionadas<sup>9</sup>. Las primeras están en contra del ordenamiento jurídico internacional por generar impunidad<sup>10</sup>, mientras que las segundas permiten plantear la

---

estudios, Instituto de Criminología y Departamento de Derecho Penal, Valencia, 1980, p 54.

<sup>7</sup>Doc. Naciones Unidas, E/CN.4/sub.2/1985/16/Rev. 1

<sup>8</sup>Doc. Naciones Unidas, E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev. 1

<sup>9</sup>En este sentido, DU BOIS, F, *DU BOIS, F. Transitional Amnesty in South Africa. Perpetrator Accountability in the Amnesty Process*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007, pp. 245 y ss; FREEMAN, M, *NECESSARY EVILS: AMNESTIES AND THE SEARCH FOR JUSTICE*, CAMBRIDGE UNIVERSITY PRESS, 2010, pp. 4 y ss; MALLINDER, L, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, pp.71 y ss; SLYE, R, «The Legitimacy of Amnesties under International Law and general principles of Anglo-american law: is a legitimate amnesty posible?», *Virginal Journal of International Law*, pp. 240 y ss.

<sup>10</sup>La impunidad es definida como «aquella que tiene su origen directo en normas jurídicas cuyo objetivo es, siempre bajo diversas justificaciones, hacer inviable, excluir o impedir directamente la persecución penal de los responsables de la comisión de crímenes de Derecho Internacional y/o violaciones a los Derechos Humanos», además, de entenderse como ausencia de prisión como castigo. Al respecto puede consultarse, FREEMAN, M, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, cit., pp. 20 y ss. Sobre impunidad puede verse, CABRERA, L. «Efectos de la impunidad en el sentido de justicia», *Psicología Política*, Nº 23, 2001, 37-58, CHINCHON, A, «El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos»; en

posibilidad de acoger este mecanismo para terminar un conflicto armado.

En este entendido, autores como ALICIA GIL GIL, argumentan que las amnistías generales «excluyen a cualquier autor de investigación y, por tanto, se olvidan absolutamente de los intereses de las víctimas. Se les imposibilita el tratamiento de su sufrimiento, y sus reclamaciones de justicia y verdad se convierten en una mera ficción»<sup>11</sup>. También, y por la misma línea, KUWALI, denomina a este tipo de amnistías como «amnistías ilegítimas», las cuales son incondicionales y tienen el efecto de prevenir investigaciones y asegurar la impunidad de personas responsables de delitos graves<sup>12</sup>.

Por otro lado, las amnistías condicionadas son definidas como aquellas que «no eximen automáticamente de castigo por los actos cometidos durante un cierto periodo de tiempo, sino que condicionan el beneficio a la realización de ciertos actos o ciertas concesiones por el beneficiario. Lo que buscan es satisfacer los legítimos reclamos de las víctimas»<sup>13</sup>. Estas condiciones, que cambian según los aportes doctrinales, pueden ser, entre otras, condiciones “tácticas”, como «la desmovilización o la entrega de armas, tendentes claramente a favorecer, precisamente, la consecución de esos valores de paz y orden democrático y, de esta forma, el derecho a la garantía de no-repetición de las violaciones de las víctimas y el conjunto de la sociedad», o “reparativas”, como la participación de los beneficiarios de la amnistía en otros mecanismos transicionales como las comisiones de la verdad o los programas de reparación<sup>14</sup>.

---

Revista electrónica de estudios internacionales, Num 24, 2012, p 1-31, ZAFFARONI, «La impunidad y sus consecuencias a nivel jurídico», en VV.AA, La impunidad y sus consecuencias, Fedefam, Argentina, 1996.P 19; ROHT-ARRIAZA,M, «Conclusion: Combating Impunity», en ROHT-ARRIAZA,M. (ed.),*Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford University Press, Nueva York, 1995, p 300.

<sup>11</sup>GIL GIL, A Y MACULAN, E, «Responsabilidad de proteger, derecho penal internacional y prevención y resolución de conflictos», en *La Seguridad. Un concepto amplio y dinámico. V jornadas de estudio de seguridad*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la paz, la seguridad y la defensa, 2013, pp. 35- 66.

<sup>12</sup>KUWALI,D, «Just Peace: Archieving Peace, Justice, And Develomnt In Post-Conflict Africa», *Centre for human Rights, University of Pretoria*, Sudafrica, 2014, p3.

<sup>13</sup>AMBOS, K / MALARINO,E / ELSNER,G, Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España, Konrad Adenauer Stiftung, Berlín, 2009, pp. 230.

<sup>14</sup>DORADO, J, «Justicia Transicional, Persecución Penal y Amnistías», *Revista Derechos y Libertades*. Número 28. Época II, enero 2013., pp 91 y ss. Al respecto puede verse FREEMAN, M, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, cit., pp. 4 y ss; MALLINDER,L, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, cit., pp..71 y ss.

Por otra parte, se afirma también, que una amnistía condicionada debe incluir "la condición del arrepentimiento"<sup>15</sup>. Esta condición respetaría a las víctimas de las violaciones de crímenes internacionales porque les daría satisfacción de su derecho a la reparación y facilitaría la consecución del objetivo de una verdadera reconciliación.<sup>16</sup> Todo ello, reflejado en la obligación del autor del ilícito de reconocer públicamente y aceptar la responsabilidad de los crímenes internacionales.

Todas estas condiciones tenderían, en definitiva, a lograr la paz y la protección sostenible de los Derechos Humanos al pretender que los delincuentes participen activamente en la satisfacción de los derechos de las víctimas a la justicia, la verdad y la reparación.

Como ejemplo, tenemos la amnistía concedida en Sudáfrica, que sorprendió como mecanismo para lograr la paz<sup>17</sup>. El éxito de esta amnistía condicionada en pro de los Derechos Humanos fue el resultado de la gran habilidad de negociación que mostraron las partes, lo que permitió que se establezca entre las condiciones, el deber de los autores a aclarar sus crímenes y arrepentirse públicamente<sup>18</sup>. En este proceso fueron confirmadas 7116 solicitudes de amnistía, de las cuales 1167 fueron desestimadas y 145 concedidas parcialmente<sup>19</sup>.

Dada esta distinción doctrinal, las amnistías como mecanismo para dar por terminado un conflicto armado despliega una problemática interesante al evaluar la permisón o prohibición de las mismas cuando de crímenes internacionales se trata. Se parte del entendido de que las graves violaciones de Derechos Humanos deben ser investigadas y castigadas -si se mira al pasado- y prevenidas -si se mira al futuro-, para no generar impunidad. El debate sobre la protección de los Derechos Humanos y en especial de las víctimas ha hecho que la comunidad internacional actualmente haya apuntado a evitar la impunidad entendida como ausencia de castigo, favoreciendo la

---

<sup>15</sup>DORADO, J, « Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit., pp. 82 y ss.

<sup>16</sup>Al respecto DORADO argumenta que " dicho arrepentimiento se puede manifestar de muchas formas, entre las que estarían la renuncia pública de las propias acciones, la admisión de la culpa , la demostración de remordimiento y las disculpas públicas , la entrega de información sobre otros agresores o la participación en programas de reeducación". DORADO, « Justicia transicional, persecución penal y amnistías», pp 83 y ss.

<sup>17</sup>FREEMAN, M, *Necessary Evils: Amnesties and the Search for Justice*, cit., p. 3.

<sup>18</sup>WIEBELHAUS, E, *Truth Commissions and Transitional Societies*, Routledge, London. New York, 2010, pp 50 y ss.

<sup>19</sup>CHINCHÓN, A, «El binomio de Justicia Transicional. Derecho Transicional. Un examen a propósito de algunas reflexiones teóricas y prácticas recientes», en *La Seguridad. Un concepto amplio y dinámico. V jornadas de estudio de seguridad*, Madrid, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado de Investigación sobre la paz, la seguridad y la defensa, 2013, pp. 15-35.

persecución penal para aquellos que hayan cometido crímenes internacionales.

Sin embargo, la recurrente elección por los Estados de la amnistía y la mutación de los escenarios actuales de conflicto armado han generado que se cuestione la persecución penal y el castigo como único medio para no generar impunidad en todo caso. En este entendido, una amnistía condicionada para terminar un conflicto donde se hayan cometido crímenes internacionales, puede – previo examen riguroso – ser una salida adecuada si busca satisfacer los derechos de las víctimas y lograr la reconciliación -y no el generar impunidad-, logrando así un difícil equilibrio entre justicia y paz.

## **2. SALIR O PERMANECER EN EL CONFLICTO. ENTRE LA JUSTICIA Y LA PAZ.**

Encontrar ese equilibrio entre justicia y paz donde en algunos contextos abstenerse de una persecución penal o del castigo es necesario para facilitar una transición pacífica, exige decidir si la ausencia de una persecución penal contribuye a la reconciliación evaluando el contenido de este concepto y las circunstancias de cada caso<sup>20</sup>. Esto significa que para dar por terminado un conflicto armado con una amnistía se deben implementar consigo un conjunto integral de medidas complementarias para satisfacer los derechos de las víctimas de crímenes internacionales.

Es por ello que uno de los principales debates surge cuando se pondera la justicia- entendida como «la protección judicial, mediante el acceso al sistema jurídico del infractor donde el Estado debe investigar, perseguir y castigar a los responsables de crímenes internacionales o garantizar mediante un foro público alternativo la participación de la víctima, la cual puede confrontar y desafiar a los autores»<sup>21</sup>- o la consecución de la paz que puede significar el cese de hostilidades y prevención de las mismas para que no se vuelva a generar el conflicto o la transformación de las estructuras de poder que requiere una visión inclusiva y así pasar de un estado de guerra a la paz<sup>22</sup>.

Así entonces, las medidas no pueden sustituir a la justicia penal por las obligaciones internacionales adquiridas por los Estados en diferentes instrumentos internacionales sino complementarla para lograr

---

<sup>20</sup>AMBOS,K/ MALARINO,E/ ELSNER,G, *Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España*, cit., p. 23.

<sup>21</sup>GALTUNG, J, *iHay alternativas! 4 caminos hacia la paz y la seguridad*, Tecnos, Madrid, 1984, p.23.

<sup>22</sup>Ibidem.

satisfacer los derechos de las víctimas, razón por la cual debe aplicarse de manera excepcional y dado el contexto<sup>23</sup>. Para ello, es necesario conseguir un equilibrio entre poner fin a las hostilidades y la prevención, lo que ayudaría a la no repetición de las conductas delictivas a través del fortalecimiento de la paz mediante reformas estructurales y políticas incluyentes<sup>24</sup>.

Aunque los críticos de la justicia transicional exponen como problemas la indeterminación temporal del periodo de transición –no se sabe cuándo comienza ni cuándo termina– como la indeterminación conceptual –no se establece un modelo general para aplicar la justicia transicional porque cambia con el contexto–, sus defensores argumentan que su éxito radica en el enfoque en las víctimas<sup>25</sup>. En este entendido, definir qué se entiende como justicia cuando hablamos de procesos de transición implica establecer el tipo de medidas que se deben emplear para lograr dejar el conflicto en el pasado y mirar de cara al futuro<sup>26</sup>.

En el campo del Derecho Penal Internacional, el Estatuto de Roma prevé en su preámbulo el deber de castigar los crímenes internacionales de genocidio, crímenes de guerra, crímenes de lesa humanidad y el crimen de apartheid. Esto quiere decir que el funcionario judicial, al momento de someter el caso ante la Corte, tiene en cuenta si la decisión de los Estados de no castigar penalmente a los responsables es democrática y pública; además de prever mecanismos que satisfagan los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación<sup>27</sup>. El Derecho Penal Internacional prohíbe la impunidad absoluta de crímenes internacionales<sup>28</sup>. Esta prohibición se extiende a las disposiciones o

---

<sup>23</sup>Acerca del debate entre justicia y paz puede consultarse, AMBOS,K/ MALARINO,E/ ELSNER,G, *Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España*, cit., pp. 23 y ss.

<sup>24</sup>En este sentido, GALTUNG,J. *¡Hay alternativas! 4 caminos hacia la paz y la seguridad*, p. 23.

<sup>25</sup>AMBOS,K/ MALARINO,E/ ELSNER,G, *Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España*, cit., p 103 y ss.

<sup>26</sup>ELSTER, J. *Closing the Books: Transitional Justice in Historical Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 98. También del mismo autor puede consultarse, «coming to terms with the past. A framework for the study of justice in the transition to democracy», en *Archives eirpéennes de sociologie*, vol.34, No. 1, pp. 7-48.

<sup>27</sup>Al respecto puede verse: AMBOS, K, *Impunidad y Derecho penal internacional*, Adhoc, Buenos Aires, 1999., p. 145 y ss; Senado de la República de Colombia. "Alterabilidad Penal". Recomendaciones sobre Proyecto de Ley Estatutaria No.85, 2003 p. 18.

<sup>28</sup>CHINCHON, A, «El concepto de impunidad a la luz del derecho internacional: una aproximación sistémica desde el derecho internacional penal y el derecho internacional de los derechos humanos», cit, p. 3.

medidas que prevén como consecuencia jurídica la excepción de la pena<sup>29</sup>. Por eso, una amnistía general entendida en el Derecho Penal Internacional como extinción de acción penal e imposibilidad de llegar a una instancia judicial sería incompatible con los fines de la justicia penal internacional.<sup>30</sup>

Sin embargo, una lectura conjunta y abierta de miras del Estatuto de Roma permite al fiscal y a la Corte, al menos según parte de la doctrina, la evaluación de si una amnistía condicionada es compatible con este instrumento internacional. Esto encuentra su fundamento en la discreción del fiscal durante la investigación preliminar, la autonomía judicial de la Corte Penal Internacional, el artículo 17 referente a la complementariedad, el artículo 16 sobre la intervención del Consejo de Seguridad y el artículo 53.1.c y 2.c sobre el interés de justicia. Esto implica tomar en consideración la satisfacción del interés de justicia que se entiende alcanzado cuando se cumplen los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación y se obedece a las obligaciones internacionales<sup>31</sup>.

Tal como lo afirman UPRIMNY Y SAFFON, el propósito de la justicia en los procesos de transición se convierte en la intención de combatir la impunidad a través de «la materialización de los derechos de las víctimas», es decir, buscando el reconocimiento y la protección de los Derechos Humanos en contextos en los cuales estos derechos han sido violados masiva y sistemáticamente<sup>32</sup>.

Ahora bien, la paz entendida según la plantea GALTUNG en su teoría de conflictos, comprende dos versiones consecutivas. La primera, llamada paz negativa, entendida como el descenso de la violencia directa y la disminución del sufrimiento u ofensa a las necesidades humanas básicas; y la segunda, conocida como paz positiva que va más allá de la satisfacción de las necesidades humanas básicas<sup>33</sup>,

---

<sup>29</sup>En concordancia, el preámbulo del Estatuto de Roma reza « Afirmando que los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia, decididos a poner fin a la impunidad de los autores de esos crímenes y a contribuir así a la prevención de nuevos crímenes, Recordando que es deber de todo Estado ejercer su jurisdicción penal contra los responsables de crímenes internacionales»

<sup>30</sup>AMBOS, K, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 293.

<sup>31</sup>AMBOS, K, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., 68 y ss

<sup>32</sup>UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M.P, «Usos y Abusos de la Justicia Transicional en Colombia», en *Anuario de Derechos Humanos 2008*, p 177.

<sup>33</sup>GALTUNG Y WIRAK distingue entre necesidades básicas materiales, necesidades básicas no materiales y necesidades no materiales. GALTUNG Y WIRAK, *Human needs, human rights and the theories of development*, Unesco, Paris, 1979. Para otras posturas

centrándose en la reducción de la violencia estructural y cultural<sup>34</sup>. Por eso para alcanzar la paz se debe dar paso al futuro, ya que los derechos de las víctimas pueden ser desprotegidos por varios factores, entre ellos la condición temporal, que no es más que la referente al olvido de los hechos por el paso del tiempo, que hace que las víctimas de crímenes internacionales sean las más perjudicadas con la dilación de procesos penales<sup>35</sup>.

Así pues, lo ideal con la justicia transicional es llegar a un equilibrio entre la justicia y la paz en contextos de conflicto armado, para lograr no solo frenar las violaciones masivas de los Derechos Humanos sino alcanzar una verdadera transformación de la sociedad.

### **3. LA HUMANIZACIÓN DE LA AMNISTÍA.**

Por supuesto, lo dicho anteriormente, no significa renunciar a la justicia penal de una forma absoluta. Sin embargo, su aplicación, en todo caso, ni siquiera parece posible al evaluar los procesos judiciales de crímenes internacionales, donde se observa que los aparatos internos no son suficientes para lograr la justicia. Si bien los Estados tienen el deber de someter a la justicia a los autores de crímenes internacionales, estos se quedan cortos en su labor ya que los crímenes tienen: 1) carácter masivo, 2) involucran a multitud de autores – rangos altos, medios y bajos de la organización criminal- y 3) dejan una cantidad exorbitante de víctimas. Todo ello, genera que los aparatos de justicia penal doméstica puedan congestionar, y se proceda a la selección de determinados casos o a la búsqueda de otras alternativas, como sucedió en Ruanda, dónde más de cien mil de sus ciudadanos permanecieron en prisión a la espera de la resolución de su situación judicial<sup>36</sup> y acabó recurriéndose a la utilización de fórmulas de justicia tradicional y comunitaria –tribunales *gacaca*-para los agresores menos importantes.

Además, los procesos penales adelantados para castigar a los autores de crímenes internacionales suelen ser lentos, costosos e inciertos, dado que las posibles condenas dependen de las pruebas que pueden ser recolectadas en el lugar de los hechos siendo éstas, en algunos casos, inexistentes por factores temporales.

---

puede verse, Nussbaum, M, *Frontiers of Justice, disability, nationalities and species membership*, Harvard University Press, 2007; Nussbaum, M, *Creating Capabilities, The Human Development Approach*, Harvard University Press, 2011.

<sup>34</sup>GALTUNG, J, *¡Hay alternativas! 4 caminos hacia la paz y la seguridad*, p.23.

<sup>35</sup>AMBOS, K, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 281.

<sup>36</sup>Ibidem.

La justicia penal internacional, en sus diferentes formas de tribunales internacionales, tribunales híbridos e internacionalizados, puede contribuir a complementar, no obstante, la justicia penal doméstica, al conocer de los crímenes internacionales previo proceso de selección. Sin embargo, también la justicia penal internacional puede sufrir muchos de los problemas vistos anteriormente, así como otros específicos.

Así, los Tribunales de Nuremberg, los Tribunales Internacionales para la Antigua Yugoslavia y Ruanda, y la Corte Penal Internacional, son ejemplos claros de la necesidad de aparatos judiciales internacionales para perseguir y castigar a los autores de crímenes internacionales, teniendo como premisa la imparcialidad de los juicios y el compromiso de la comunidad internacional en materia de paz. Sin embargo, el alto costo de subvención de estos organismos ha sido objeto de críticas constantes por su poca efectividad al igual que la impunidad que puede llegar a generar por su proceso de selectividad<sup>37</sup>.

Así mismo, Cortes híbridas caracterizadas por tener jueces nacionales e internacionales como el Tribunal Especial para Sierra Leona, permiten la concesión de cierto grado de autonomía local e intentan frenar la aplicabilidad de inmunidades establecidas en la legislación interna a miembros Estatales. Esto con el fin de no generar impunidad cuando de crímenes internacionales se trata y reducir el costo de subvención del tribunal destinado solo a la investigación y juzgamiento de este tipo de crímenes. No obstante, siguen recurriendo al proceso de selección para filtrar los casos de competencia del tribunal, lo cual implica que se juzgue un número reducido de autores de crímenes internacionales.

Por último, las Cortes domésticas internacionalizadas como la creada en Kosovo- donde se designa a un grupo de jueces internacionales a los aparatos judiciales internos con el fin de juzgar los crímenes de guerra contra los serbios de Kosovo -<sup>38</sup>; Timor oriental - donde se crearon paneles de jueces exclusivos como parte de instituciones internacionalizadas y actuando bajo el sistema judicial local-<sup>39</sup>; Camboya - corte creada para juzgar los crímenes cometidos en

---

<sup>37</sup>Además, los Tribunales ad hoc tienden a vulnerar lo referente al juez predeterminado por la ley, generando a su vez distancia con las comunidades domésticas al negarse la autonomía local del sistema judicial doméstico.

<sup>38</sup>MAPNUK, Resolución 2000/6. Sobre el tema verse también, RETTEBERG, A. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de justicia transicional*, Universidad de los Andes, 2005, pp.98 y 99.

<sup>39</sup>ATNUTO, Resolución 2000/15.

la era de khamer rojo entre los años 1975 a 1979<sup>40</sup>; Bosnia-Herzegovina- donde se crea una cámara especial para crímenes de guerra en la corte estatal del estado-; y el tribunal especial iraki-establecido para someter a la justicia a Sadam Husein y otros dirigentes del partido baat<sup>41</sup>-; generan mucha mayor autonomía del aparato judicial local con la ventaja de aplicar normas tanto internacionales como nacionales con respecto a crímenes internacionales que llenen vacíos legales evitando generar impunidad. Sin embargo, la imparcialidad no está asegurada y la constante disputa entre las autoridades judiciales domésticas y esta corte generan tensión cuando se trata de dirimir lo relacionado con los crímenes internacionales.

Soy consciente, no obstante, de que, a pesar de estos problemas, la posibilidad de las amnistías condicionadas como mecanismo de terminación de los conflictos, debe excluir en todo caso -con el fin de respetar los requerimientos del derecho penal internacional, y más en concreto, del Estatuto de Roma- a los altos responsables de crímenes internacionales como beneficiarios de las mismas<sup>42</sup>, y afectar solamente a los rangos bajos y medios, de tal forma que queden en la impunidad los crímenes internacionales<sup>43</sup>. Así, como afirma ELENA MACULAN, mientras una extinción de la pena «puede ser admisible bajo ciertas condiciones para los llamados autores de ejecución y de la organización –situados en la parte inferior como en el nivel medio, no lo es para los autores situados en la cúpula, especialmente si son ellos mismos los que han decidido las medidas de impunidad»<sup>44</sup>. Por ende, la determinación de los agresores a los cuales se les otorgaría una amnistía condicionada, rangos medios y bajos, podría considerarse respetuosa con los postulados que arroja el ordenamiento jurídico internacional. Por otro lado, tanto las fuerzas de seguridad y actores insurgentes podrían ser sujeto de una amnistía condicionada y limitada –tomando en cuenta el Derecho internacional humanitario y el Derecho penal internacional-, siempre que se hiciera esta distinción por razón de rango.

---

<sup>40</sup>ACNUC, Acuerdo entre naciones unidas y el gobierno real de Camboya, 6 de junio de 2003.

<sup>41</sup>Al respecto puede verse, NEWTON,M, «El Alto Tribunal Penal Iraquí: controversias y contribuciones», *International Review of The Cross*, N.º 862, 2006 , pp. 1-30.

<sup>42</sup>GIL, GIL Y MACULAN, « Justicia Transicional y Post-conflicto», La seguridad un concepto amplio y dinámico, V jornadas de estudios de seguridad, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado, de investigación sobre la paz, la seguridad y la defensa, pp 13 y ss.

<sup>43</sup>OSIEL, Respuestas estatales a las atrocidades masivas, en RETTEBERG,A. *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de justicia transicional*, Bogotá, Universidad de los Andes, 2005.

<sup>44</sup>GIL GIL, A Y MACULAN, E, « Justicia Transicional y Post-conflicto», cit., pp 13 y ss.

Por otro lado, la limitación no sólo debería afectar a la dimensión personal –los beneficiarios- sino también a la dimensión objetiva –los crímenes susceptibles de ser amnistiados-. Esta segunda limitación de la operatividad de las amnistías condicionadas es defendida por parte de la doctrina, como FRANÇOIS DU BOIS para el que solo se podría llegar a considerar una amnistía si se excluyen los delitos de lesa humanidad, dejando la posibilidad de poder otorgarla, por ejemplo, para crímenes de guerra<sup>45</sup>.

Así, tomar en consideración algunas fuentes del derecho internacional sirve para determinar que crímenes internacionales no pueden ser objeto de amnistía. La Convención y Sanción del Delito de Genocidio establece la obligatoriedad de los Estados de prevenir y castigar el crimen de genocidio incitando al ente estatal a introducir en su cuerpo normativo interno el delito y mecanismos judiciales para determinar la responsabilidad individual del autor del crimen internacional<sup>46</sup>. Esto trae consigo que los Estados sean responsables de las acciones de prevención pero el castigo se debe imponer al autor del crimen internacional. Al igual que el Convenio contra la Tortura y Otros Tratos Crueles, Inhumanos y degradantes en su artículo 4 establece la obligación de los Estados de castigar la tortura y otros tratos crueles inhumanos y degradantes. Este Convenio no contiene una disposición expresa que prohíbe el uso de amnistías o de medidas análogas de exoneración de responsabilidad. No obstante, prevé el deber estatal de prevenir y castigar los tratos de tortura que se den en cualquier tiempo. Por lo cual, las interpretaciones del mismo han sido desfavorables para el mecanismo de amnistía por no ir acorde con el ordenamiento jurídico internacional<sup>47</sup>.

Por otro lado, la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas en su artículo 6, establece que los Estados deben castigar penalmente a los responsables que están directa o indirectamente relacionados con la responsabilidad en la comisión del delito de desaparición forzada. De igual manera, afirma que la práctica generalizada y sistemática de desapariciones forzadas constituye un crimen de lesa humanidad y entraña las consecuencias previstas en el Derecho Internacional, por lo que las

---

<sup>45</sup>DU BOIS /DUBOIS-PEDAIN, *Justice and Reconciliation in post apartheid South Africa*, Cambridge Studies in law and society, Cambridge, 2009, pp. 289 y ss.

<sup>46</sup>ONU, Resolución 260 A (III), Convención para la prevención y la sanción del delito de genocidio, 1948, art 1, puede consultarse en línea en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/scripts/doc.php?file=t3/fileadmin/Documentos/BDL/2002/0023>.

<sup>47</sup>MALLINDER,L, *Amnesty, Human Rights and Political Transitions Bridging the Peace and Justice Divide*, cit.,pp. 34 y ss.

amnistías carecen de validez internacional cuando se extingue la acción penal de autores de crímenes internacionales. Por lo tanto, según el órgano intérprete se afirma que la Convención prohibiría implícitamente el uso de amnistías generales de crímenes internacionales siendo silente con respecto a otro tipo de amnistías<sup>48</sup>.

Por lo tanto, podría concluirse que una amnistía condicionada de crímenes internacionales podría plantearse para rangos bajos y medios de la organización criminal que ha cometido los crímenes internacionales, quienes están sujetos a ciertas condiciones que satisfagan los derechos de las víctimas – a través de medidas de justicia transicional-, excluyendo a aquellos que hayan cometido crímenes como genocidio, tortura, tratos crueles o inhumanos y degradantes o desaparición forzada.

Recordar, en este sentido, que el panorama jurídico actual no contempla normas relativas a la prohibición de una amnistía es esencial para poder plantear la mejor opción para dar por terminado un conflicto armado. Los deberes internacionales de los estados, como el deber de castigar; remediar; las limitaciones legales y prohibiciones; y la restricción de derechos en casos de excepción, no prohíben taxativamente la amnistía condicionada y limitada.

Sin embargo, más allá del marco jurídico internacional, un último elemento puede afectar no a la legalidad, sino a la legitimidad de esta medida. Desde este punto de vista, creo que la "democratización" de la decisión sobre la utilización de la amnistía condicionada es fundamental, ya que la aceptación social de las medidas de justicia transicional ayudaría a la solidificación de las bases sociales y políticas.

#### **4. ¿CÓMO SATISFACER LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS?**

La multiplicidad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por solucionar los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala exige, junto a la decisión de la aplicación de una amnistía condicionada, la puesta en marcha de medidas transicionales como las comisiones de la verdad, los planes estratégicos de desarme, desmovilización y reinserción, programas de reparación y las reformas institucionales<sup>49</sup>.

---

<sup>48</sup>Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sentencia barrios Altos contra Perú.

<sup>49</sup>ONU, Consejo de Seguridad, Informe del Secretario General, S/2004/616, «El Estado de derecho y la justicia de transición en las sociedades que sufren o han sufrido conflictos», p. 5, enlace en línea <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

#### 4.1. Comisiones de la verdad.

Este mecanismo sería uno de los encargados de dar respuesta a las demandas de las víctimas por violaciones a los Derechos Humanos, recepcionando las declaraciones oficiales sobre las atrocidades cometidas durante un periodo de tiempo establecido cuando se recurre a una amnistía condicionada para dar por terminado un conflicto armado<sup>50</sup>. En este entendido, la verdad, como objetivo principal de estas comisiones (CV), puede definirse como el esclarecimiento de los hechos delictivos y las responsabilidades de sus autores así como de otras personas, instituciones o grupos que, sin tener responsabilidad penal, hayan podido contribuir a las vulneraciones.

Su carácter bifurcado –colectivo e individual-, permite el desarrollo de los sistemas democráticos, logrando además reparación a las víctimas en los casos de aplicación de leyes de amnistía<sup>51</sup>.

Generalmente su labor se ve plasmada en un informe final sobre las conclusiones de sus múltiples investigaciones, donde incluyen recomendaciones para que los derechos de las víctimas sean garantizados y se evite la posible comisión de nuevos hechos delictivos por la misma causa. El informe final, debería ser publicado y sujeto a conocimiento de la sociedad. Además, las CV pueden ser útiles cuando se quiere preservar las pruebas de las violaciones masivas a los Derechos Humanos, identificar a los autores, recomendar indemnizaciones y plantear reformas institucionales<sup>52</sup>.

Así pues, la verdad determinará el éxito de los postulados de la justicia transicional. Autores como CASSIN proponen una clasificación de la verdad que sirve para diferenciarla según el medio de obtención. La primera es «la verdad forense», que es la obtenida por procesos judiciales y referenciados por las decisiones del Comité de amnistías creado para ese fin. La segunda es «la verdad personal», que es obtenida directamente de los autores de los crímenes. La tercera es «la verdad narrativa», que es la que cada persona relata por ocasión de audiencias y testimonios individuales. La cuarta, «la verdad social», es la que se obtiene de la confrontación entre las víctimas y los autores de los crímenes y la quinta, reconocida como la «verdad curativa», es la

---

<sup>50</sup>TAMARIT SUMALLA,J. «Justicia penal, justicia reparadora y comisiones de la verdad», en TAMARIT SUMALLA,J Y OTROS, *Justicia de transición, justicia penal internacional y justicia universal*, Atelier, Madrid, 2010, p 46.

<sup>51</sup> CIDH, *Masacre de Mapiripan*, serie C No.134, 2005, par.297.

<sup>52</sup>AMBOS,K/ MALARINO,E/ ELSNER,G, *Justicia de transición. Con informes de América latina, Alemania, Italia y España*, cit., pp. 45 y ss.

verdad consensuada que sirve para formar la memoria colectiva de la nación<sup>53</sup>.

Autores como KAI AMBOS proponen una clasificación de las CV argumentando que existen comisiones de la verdad con poder limitado y sin poderes judiciales que generan impunidad por su grado de acción restringido y las CV con «un amplio mandato y con poderes cuasi judiciales», que por su capacidad económica y su dependencia al tomar decisiones basados en criterios racionales complementan la justicia penal. Dos casos que sirven para ilustrar el argumento son el de Sudáfrica y el de Timor oriental. En la primera, la facultad de conceder amnistías fue extensiva a delitos políticos con implicaciones graves siendo excluida por la segunda CV<sup>54</sup>. Sin embargo las dos CV excluyeron crímenes internacionales.

Por todo lo anterior, la CV resulta un buen complemento cuando se quiere conceder una amnistía condicionada, en tanto esta no se limita sólo a establecer la responsabilidad individual del autor del delito cometido sino que su amplio espectro implica determinar las posibles causas del conflicto con el objetivo de prevenir la repetición de futuras violaciones. Si uno quiere expresar su indignación por unos pocos individuos, los juicios son una excelente herramienta, pero si uno quiere condenar los crímenes cometidos por muchos individuos, por las condiciones sociales, económicas y políticas en que subyacen los conflictos, las comisiones de la verdad pueden hacer un mejor trabajo.

Por ende, la posible concesión de amnistías debería estar condicionada a la cooperación del victimario para la obtención de la verdad. Esto deja entrever que existen unos elementos generales que conforman la definición de las CV que harían posible la concesión de una amnistía condicionada y limitada. Autoras como HAYNER argumentan que la misión de investigar hechos pasados cuya comisión se llevó a cabo en un periodo determinado, puede contribuir a que la verdad sea uno de los resultados beneficiosos para las víctimas<sup>55</sup>. Aunque autores como FREEMAN denotan que las CV, así estén orientadas a salvaguardar los derechos de las víctimas, carecen de poder de decisión, siendo sus informes no vinculantes<sup>56</sup>.

---

<sup>53</sup>CASSIN, B, «Removing the perpetuity of hatred: on South Africa a model example International», *Review of the red cross*, Volume 88 Number 862, June 2006, p. 238.

<sup>54</sup>AMBOS, K, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, cit., p. 52.

<sup>55</sup>Puede verse al respecto, HAYNER, P, *Unspeakable truth: facing the Challenge of truth commissions*, Routledge, New York, 2011.

<sup>56</sup>FREEMAN, M, *Truth commissions and procedural fairness*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 14 y ss.

No obstante, su carácter no judicial permite analizar los problemas que contiene el proceso penal para obtener la verdad. Entre estos problemas se observa la dilación de las investigaciones de crímenes internacionales y el ejercicio de los derechos del acusado. Si bien el acusado tiene derecho a no declararse culpable se argumenta que la falta de colaboración no es sancionable por sí misma, por lo que puede presentarse falta de colaboración por parte del autor del delito sancionable. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha pronunciado en relación a este derecho fundamental, diciendo que el derecho al silencio y el derecho a no auto incriminarse residen en el corazón del Convenio Europeo de Derechos Humanos de forma implícita ya que el proceso penal debe ser un proceso equitativo cuando del derecho a la defensa se trata<sup>57</sup>. Esto quiere decir que la verdad que se obtenga puede ser incompleta debido a diferentes problemas en la investigación como la falta de colaboración por parte de los agresores o la falta de pruebas durante el proceso<sup>58</sup>.

El autor del crimen debería admitir sus faltas ante la CV pero muchos de ellos se rehúsan a hacerlo e insisten en ubicar su actuar dentro de un contexto más amplio y extenuante del conflicto<sup>59</sup>. Esto genera que las víctimas de crímenes internacionales sean «incapaces de sobreponerse a ellos y solamente deseen la reivindicación de sus derechos a través de una sentencia judicial»<sup>60</sup>. Por eso, autores como OSIEL argumentan que para evitar estos problemas y lograr la verdad, la tendencia general en el ámbito de la justicia transicional es complementar la verdad judicial con la verdad obtenida a través de las comisiones de la verdad<sup>61</sup>. Por ende, este mecanismo junto con una amnistía condicionada y limitada para dar por terminado un conflicto armado sería una fórmula viable si su foco central es la reconciliación y

---

<sup>57</sup>STC 202/2002. Véase también STC 18/2005 “aunque no se menciona específicamente en el artículo 6 del Convenio [ ], el derecho a guardar silencio y el privilegio contra la autoincriminación son normas internacionales generalmente reconocidas que descansan en el núcleo de la noción de proceso justo garantizada en el artículo 6.1 del Convenio. El derecho a no autoincriminarse, en particular–ha señalado–, presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada. Proporcionando al acusado protección contra la coacción indebida ejercida por las autoridades, estas inmunidades contribuyen a evitar errores judiciales y asegurar los fines del artículo 6 (FJ 2º)”

<sup>58</sup>DORADO,P, « Justicia transicional, persecución penal y amnistías, cit. pp 81 y ss.

<sup>59</sup>WILSON, «Human Rights, Culture and Context. Anthropological Perspectives», en *Pluto Press*, London, 2007, pp134-160.

<sup>60</sup>Ibidem.

<sup>61</sup>OSIEL, «Respuestas estatales a las atrocidades masivas», en RETTBERG, *entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de la justicia transicional*, cit., p. 99.

los derechos de las víctimas. Lograr reivindicar el derecho de las víctimas a la verdad acorde con el ordenamiento jurídico internacional y en complemento con la justicia penal implicará la clarificación hacia ellas del «peso exacto que sus aportes van a tener en el proceso transicional, de forma que no tengan la falsa impresión de que pueden tener un poder de veto en el proceso de amnistía»<sup>62</sup>.

#### **4.2. Planes de desarme, desmovilización, reinserción y reintegración (DDR).**

Algunos interrogantes que surgen a partir de decisión de acabar el conflicto y conseguir la paz son los que encuentran su matriz en el ¿Qué hacer con los integrantes de las partes en conflicto tras la firma de un acuerdo de paz que contiene una amnistía para lograr su reintegración a la sociedad? o ¿Cuál es la medida a implementar para garantizar la seguridad después en el postconflicto si las partes en conflicto tienen acceso a armamento de forma no controlada?

Para intentar resolver esos interrogantes se crean los planes de DDR definidos como «los procesos que contribuyen a la seguridad y estabilidad en contextos de recuperación posbélica a través de la eliminación de las armas a manos de los combatientes de las estructuras militares o de otra índole y ayudándoles a reintegrarse social y económicamente en la sociedad, buscándoles modos de vida civiles»<sup>63</sup>. En este sentido, la seguridad de las personas y las comunidades se convierte en prioridad para lograr un desarrollo integral de la sociedad<sup>64</sup>.

A finales de los años ochenta se comienza a implementar este tipo de medida en países que habían tenido un conflicto armado, lo que implicó que los integrantes de los grupos parte del conflicto dejaran de ser reconocidos como militantes o combatientes para ser considerados parte de la sociedad civil. El caso de Nicaragua sirve como ejemplo de planes de DDR para lograr la seguridad y la estabilidad después del

---

<sup>62</sup>Ibidem, p.102 y ss.

<sup>63</sup>Para profundizar en el concepto puede verse, GLEICHMANN, C. / ODENWALD, M. / STEENKEN, K. / WILKINSON, A, *Disarmament, Demobilization and Reintegration. Theoretical and practical guide*. GTZ, FSS, PPC, FHS, Jutta Herden, 2004; ONU, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 2006, p 7 y ss, enlace en línea <http://pdf2.hegoa.efaber.net/entry/content/1511/IDDRS.pdf>.

<sup>64</sup>Este tema también lo tratan autores como, VERKOREN, W. / WILLEMS, R. / KLEINGELD, J, «From DDR To Rouw, Security Promotion: Connecting National Programs To Community Initiatives» *International Journal of Peace Studies*, Volume 15, Number 2, Autumn/Winter 2010, p 1 y 2.

conflicto, dado que lo pretendido era el restablecimiento de la sociedad y su desarrollo<sup>65</sup>.

En los diferentes contextos bélicos «el desarme consistiría en recoger, documentar, controlar y eliminar armas pequeñas, municiones, explosivos y armas ligeras y pesadas en posesión de los combatientes y a menudo de la población civil»<sup>66</sup>, con el fin de obtener seguridad y evitar la prolongación de las violaciones a los Derechos Humanos<sup>67</sup>. Autores como VICENT FISAS, recoge en sus estudios sobre desmovilización las cifras estimadas de desarme en las cuales Afganistán es el país con más armas entregadas con una cifra de 47.575 entre los años 2003 y 2005<sup>68</sup>.

Así mismo, seguido a este proceso se implementaría lo que el Consejo de Seguridad de la ONU llamaría «desmovilización», medida consistente en «dar de baja oficial y controlada a los combatientes activos de las fuerzas y grupos armados»<sup>69</sup>. Las operaciones del mantenimiento de la paz de la ONU dejan en evidencia que los planes de DDR como parte de los acuerdos de paz, son los más utilizados para condicionar los beneficios que tendrían los autores de las violaciones a los Derechos Humanos por la entrega de armas y la contribución al proceso de transición<sup>70</sup>.

---

<sup>65</sup>El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas hizo referencia a los planes de desarme, desmovilización y reinserción en la resolución 650 de 1990 donde la misión de mantenimiento de la paz a cargo del Grupo de observadores de la ONU (ONUCA), fue planteado para permitir la desmovilización voluntaria de los miembros de la resistencia nicaragüense. Vid, en este sentido, ZIRION, «Los procesos de desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes desde la perspectiva de género», en *Cuadernos de trabajo Hegoa*, Núm 58, 2012, pp. 2 y ss.

<sup>66</sup>Al respecto puede verse, EDMONDS, M. / MILLS, G. / MCNAMEE, T, «Disarmament, Demobilization, and Reintegration and Local Ownership in the Great Lakes: The Experience of Rwanda, Burundi, and the Democratic Republic of Congo», en *African Security*, Vol. 2, No. 1, 2009, pp. 29-58.

<sup>67</sup>ONU, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 2006, p 8.

<sup>68</sup>CARAMÉS, A / FISAS, B. / LUZ, D, «Análisis de los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) existentes en el mundo durante el 2005», *Escola de Cultura de Pau*, 2006, p. 22. Al respecto puede verse también, FRERKS, G / GOMPELMAN, G / VAN LAAR, S, *The Struggle After Combat. The Role of NGOs in DDR Processes: Afghanistan Case Study*, The Hague: Cordaid, 2008.

<sup>69</sup>ONU, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 2006, p 8. Al respecto puede verse, MALAN, M / MEEK, S, «Identifying lessons from DDR experiences in Africa», en *Institute of Security Studies Monographs*, Issue 106, 2004, pp. 1-60.

<sup>70</sup>CARAMÉS, A / FISAS, B. / LUZ, D, «Análisis de los programas de desarme, desmovilización y reintegración (DDR) existentes en el mundo durante el 2005 », cit., p.11.

Los países que han implementado un plan de DDR a través de un organismo creado específicamente para esa misión, han apostado por una medida de este tipo obteniendo buenos resultados para acabar el conflicto armado. Es el caso de Angola, que con el acuerdo paz que da por terminado el conflicto armado y su plan de DDR permitió la desmovilización de 105.000 actores al año 2011, seguido del Sudán del sur con 80.000, Liberia con 34.273 y Colombia con 31.671<sup>71</sup>. En el caso camboyano se tuvo la predisposición de desarmar y desmovilizar a «450.000 combatientes (200.000 efectivos de las fuerzas militares regulares y 250.000 milicianos) que disponían de 300.000 armas de todos los tipos y de 80 millones de cartuchos con balas siendo al final 155.000 los que finalmente accedieron al plan de DDR».<sup>72</sup>

Acto seguido, una vez puesta en marcha la etapa de desmovilización, el proceso que vendría a formar parte del plan de DDR es el de «Reinserción». Este proceso se caracteriza por «la asistencia transicional para cubrir las necesidades básicas de los ex combatientes y sus familias y que puede incluir prestaciones para la seguridad, alimentos, ropa, servicios médicos, educación a corto plazo, formación, empleo y herramientas»<sup>73</sup>. Dicha etapa es previa a la reintegración, que es concebida como «el proceso por el cual los ex combatientes adquieren la condición de civiles y obtienen un empleo y unos ingresos estables. Se trata de un proceso político, social y económico sin unos plazos establecidos y que tiene lugar principalmente a nivel de las comunidades locales»<sup>74</sup>.

Además, FISAS también afirma que existen varios modelos de planes de DDR. «El primero contiene un plan de desarme, desmovilización y regreso a la sociedad civil, sin contraprestaciones, el segundo consiste en un plan de desarme, desmovilización, regreso a la sociedad civil y beneficios temporales para los principales mandos del grupo, el tercero contempla un plan de desarme, desmovilización y regreso a la sociedad civil con un kit de vuelta consistente en pago de comida y transporte para todos los ex combatientes, el cuarto contiene un plan de desarme, desmovilización y regreso a la sociedad civil con un pago mensual durante un tiempo para todos los ex combatientes, el

---

<sup>71</sup>FISAS,B, «Introducción al Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de excombatientes», en *Quaderns de Construcció de Pau*, N° 24, 2011, p. 7.

<sup>72</sup>Sobre este tema revisar, BARTU, P. /WILFORD, N. *Transitional Justice and DDR: The Case of Cambodia*, *Research Unit International Center for Transitional Justice*, 2009, p. 20 y ss; ESCOBAR,A, «Desarme, desmovilización y reintegración en Camboya», en *Colombia Internacional*, N° 77, 2013, p. 80.

<sup>73</sup>ONU, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards*, 2006, p. 8.

<sup>74</sup>Ibidem.

quinto consiste en un plan de desarme, desmovilización e integración a las Fuerzas de Seguridad del Estado, y el séptimo, contiene un plan de desarme, desmovilización y participación en un programa de reintegración a la sociedad (DDR)», que sería, en mi concepto, el ideal para alcanzar los objetivos de reconciliación<sup>75</sup>.

Ahora bien, si bien se escoge un plan de DDR para un contexto específico de acuerdo a sus necesidades, cabe cuestionarse cuáles son los sujetos que podrían ser parte de un plan de DDR, dada las cantidades exorbitantes de combatientes que pertenecen a las filas de los grupos armados. Es allí donde la ONU ha argumentado que los beneficiarios que requieren atenciones específicas en cada una de las etapas del proceso pueden ser los hombres y mujeres combatientes, los niños soldados, haciendo énfasis en el enfoque de género que la medida debe tener, las personas no combatientes asociadas a los grupos armados, las personas en situación de discapacidad, heridos en el combate y los familiares dependientes de los combatientes<sup>76</sup>.

Dado el tipo de plan de DDR que se implementará y los sujetos beneficiarios del plan, también es necesario disponer para su ejecución de un marco legal específico acorde con los estándares nacionales e internacionales. Además requiere de la creación de instituciones competentes que gestionen de tal manera que el plan verdaderamente contribuya a la paz. Así mismo, debe contar con recursos suficientes para mantener el DDR hasta cumplir los objetivos.

No obstante, el inconveniente para sostener esta medida son los recursos económicos, ya que aunque los programas nacionales de DDR se han implementado por lo general por una coalición de donantes bilaterales, organizaciones internacionales como las Naciones Unidas y el Banco Mundial, sin olvidar a los diferentes estados interesados en la reconciliación de sus propios países, la demanda de actores que se presenta a los planes para reintegrarse finalmente a la sociedad no solo exige garantías a corto plazo sino a futuro con el fin de reconstruir una base sólida social, política y económica<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup>FISAS,B, Introducción al Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de excombatientes», cit., p. 6.

<sup>76</sup>ONU, *Integrated Disarmament, Demobilization and Reintegration Standards, 2006*, p 24 y ss.

<sup>77</sup>La Unión Europea también ha dado apoyo a los diferentes planes de DDR. Esto se puede ver el «Concepto de la UE de apoyo al DDR», que complementa el «Marco político de la UE de apoyo a la Reforma del Sector de Seguridad», de junio de 2006 aprobado por La Comisión Europea el 14 de diciembre de 2006. además los planes de DDR se han desarrollado en el marco de la Iniciativa de Estocolmo sobre Desarme, Desmovilización y Reintegración (SIDDR), a través del Grupo de Trabajo Inter-agencias sobre DDR de la ONU, en el que colaboran 15 agencias bajo unos Estándares

Todo este proceso denominado DDR, ayuda a generar un entorno favorable para que se propicien los procesos de transición de conflicto armado a la paz, ya que aborda el problema de seguridad que surge cuando excombatientes están intentando integrarse a la vida civil, pretendiendo que contribuyan además a la paz. Sin embargo, esta medida no garantiza por sí sola, la no repetición de los actos ilícitos de los actores. Por lo tanto, se requiere que simultáneamente al plan de DDR se pongan en marcha otras medidas de justicia transicional para lograr satisfacer los derechos de las víctimas y alcanzar una verdadera reconciliación<sup>78</sup>.

Por otro lado, las mutaciones constantes de los conflictos armados y la aparición de nuevos escenarios bélicos exigen un replanteamiento de los planes de DDR que trazan como sujetos beneficiados a los combatientes y no a la comunidad. Es allí donde autores como ZIRION plantean la posibilidad de concebir «procesos de segunda generación». Estos consistirían en la creación de programas que ayuden a la estabilización del postconflicto tales como el empleo de urgencia, las aproximaciones comunitarias de seguridad y de lucha contra la violencia, el trabajo con grupos líderes o incrementar los proyectos de armas por desarrollo<sup>79</sup>.

Esta medida en particular, en un contexto donde se lleva a cabo un proceso de transición de un conflicto armado hacia la paz, hace parte de las condiciones que debe tener una amnistía acorde a los estándares internacionales de crímenes internacionales donde el enfoque está basado en las víctimas. Desmantelar los grupos armados que son parte del conflicto y lograr que no vuelvan a tomar las armas para sus propósitos, se convierte en una condición para otorgar una amnistía que no es entendida en términos de olvido sino como medida de reconciliación.

---

Integrados de DDR (IDDRS).Al respecto puede verse, European Commission. 2006, EU Concept for Support to Disarmament, Demobilization and Reintegration (DDR); FISAS,B. Introducción al Desarme, Desmovilización y Reintegración (DDR) de excombatientes», cit., p. 8; VERKOREN,W. / WILLEMS, R. / KLEINGELD,J, « From DDR To Rouw, Security Promotion: Connecting National Programs To Community Initiatives» en *International Journal of Peace Studies*, Volume 15, Number 2, Autumn/Winter 2010, p 1 y 2.

<sup>78</sup>UNITES NATIONS PEACE KEEPING, «Desarmament, demobilitation and reintegration», 2006, p. 4, disponible en <http://www.un.org/en/peacekeeping/issues/ddr.shtml>.

<sup>79</sup>ZIRION L, «Los procesos de desarme, desmovilización y reintegración de excombatientes desde la perspectiva de género», en *Cuadernos de trabajo Hegoa, Lan Koadernoak, Working papers*, Núm 58, 2012, págs. 23 y ss. Al respecto puede verse también; MUGGAH,R, «Emerging from the Shadow of War: A Critical Perspective on DDR and Weapons Reduction in the Post-Conflict Period», *Journal of Contemporary Security Policy*, Vol. 27, No. 1, pp. 190-205.

### 4.3. Reparación

La violación sistemática y generalizada de los Derechos Humanos ha ocasionado la victimización de la sociedad dejando secuelas en familias, organizaciones, comunidades, y sectores sociales en general donde los daños producidos son múltiples y complejos. La disolución del tejido social, la afectación de la identidad cultural, los trastornos síquicos y físicos, son ejemplos de las consecuencias que ha dejado la vulneración reiterada de los Derechos Humanos tras la comisión de crímenes internacionales. En vista de esta situación, los entes estatales se han visto obligados a plantear estrategias para poder mitigar el daño que se ha ocasionado por el actuar delictual de los autores de crímenes internacionales, intentando restablecer el orden social y moral de las víctimas que han sufrido menoscabo.

Por esa razón, se ha recurrido a herramientas legislativas y gubernamentales para reducir el perjuicio causado de estas víctimas que requieren ser reparadas de forma eficaz. Se han ideado herramientas para la protección y la reparación integral que no solo están fundamentadas en la posibilidad de ver al infractor pagando una pena por los perjuicios ocasionados. Esta concepción de justicia punitiva y carcelaria como sistema principal de control y de reparación consiste especialmente en que la víctima es reparada si su caso es juzgado favorablemente y el sujeto activo procesado recibe una condena.

En materia penal se le llama reparación a la consecuencia jurídica derivada de la comisión de un delito donde la conducta implique perjuicios a terceros cuya naturaleza sea de carácter punitivo o civil, la cual al ser probada, obliga al sujeto activo de la misma a restituir las cosas al estado en que se encontraban antes de la ocurrencia del hecho delictivo, generando además el resarcimiento de los daños o perjuicios que se hubieren desplegado de este actuar delictual<sup>80</sup>.

La Corte Penal Internacional considera víctimas a «las personas naturales» que hayan sufrido un daño como consecuencia de la comisión de un crimen internacional ya sea de guerra, genocidio, lesa humanidad, añadiendo las organizaciones o instituciones dedicadas al culto religioso, la instrucción, las artes, las ciencias o la beneficencia o a sus monumentos, hospitales u otros lugares u objetos que tengan fines humanitarios que hayan sufrido daños directos<sup>81</sup>. Acorde a lo anterior, también el derecho internacional humanitario con su Protocolo II

---

<sup>80</sup>VELÁSQUEZ, R, *Manual de Derecho penal. Parte general*, Temis, Bogotá, 2002, p. 619.

<sup>81</sup>Doc. Naciones Unidas, PCNICC/2000/1/Add.1 (2000), Las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI, regla 85.

adicional a los Convenios de Ginebra, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, precisa que se entenderá por víctimas a aquellas personas que hayan sufrido, entre otros, tratos malos, inhumanos y degradantes, castigos colectivos de cualquier índole; incluyendo a heridos, enfermos, náufragos, personal sanitario y religioso y personas privadas de la libertad, que no participan directamente de las hostilidades o que han dejado de participar en ellas<sup>82</sup>.

En el campo internacional la reparación dentro de la justicia transicional debe ser entendida como «una serie de medidas encaminadas a regresar a la víctima a la situación en la cual se encontraba antes de la violación cuando esto es posible, o para reducir los efectos de la violación donde se establece el derecho de las víctimas a acceder a la justicia y a una reparación plena que incluya las formas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición»<sup>83</sup>. Por lo tanto, la reparación debe manejarse teniendo en cuenta que la forma de reparación debe comenzar por la restitución para lograr apaciguar el daño causado a las víctimas de Derechos humanos sin desconocer que dado el contexto, pueden existir otras formas de reparación que también deben ser aplicadas para reparar verdaderamente a las víctimas.

Instrumentos internacionales regionales como la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 63 enuncia que la Corte cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos por la Convención, dispondrá si ello fuera procedente, que se repare la situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada<sup>84</sup>. Por este motivo la

---

<sup>82</sup>Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, enlace en línea <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.html>

<sup>83</sup>CIDH, Caso Blanco Romero y otros Vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C No. 138.párr. 67. Al respecto puede verse, ONU, A/RES/60/147, Resolución que aprueba los «Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones», 21 de marzo de 2006.

<sup>84</sup>Convención Americana de Derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, enlace en línea: [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_america\\_na\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_america_na_derechos_humanos.html). Sobre reparación puede verse también, Corte IDH, *Caso Baldeán García Vs Perú* Sentencia del 6 de abril del 2006, Serie C N°, párrafo 175, *Caso Acevedo Jaramillo y otro Vs Perú* Cit., párrafo 295; *Caso López Álvarez*, párr. 180; y *Caso de la Masacre de Pueblo Bello s Colombia* , párrafo 227; Convención

jurisprudencia del Derecho internacional de los Derechos humanos en complemento con la Convención Americana han extendido el término de reparación incluyendo restauración por daños materiales, inmaterial, patrimonial familiares, al proyecto de vida, el pago de indemnizaciones, medidas de satisfacción y garantías de no repetición<sup>85</sup>.

Con respecto a esta medida, autores como BOTERO hacen una descripción acerca de los aspectos que incluyen una reparación integral argumentando que la restitución hace referencia a la ejecución de medidas que pretenden que la víctima pueda ejercer esos derechos lesionados. Esto implica recuperar en la medida de lo posible, la libertad, la vida familiar, la reintegración a la vida laboral, la identidad; a ese estado anterior al de las violaciones a sus derechos. Por otra parte, argumenta que la indemnización supone el pago o equivalente que se realiza con la intención de compensar los daños físicos, psíquicos o psicológicos ocasionados por las violaciones a los derechos, siendo diferente a la medida de rehabilitación, que también forma parte de la reparación consistente en el compromiso de brindar la asistencia ya sea médica o de otro tipo para afrontar las secuelas dejadas, en este caso, por la comisión de crímenes internacionales<sup>86</sup>.

Ahora bien, es con respecto a crímenes internacionales que la Corte Penal Internacional, basada en el Estatuto de Roma, estipula los principios básicos para que se presente una participación activa de la víctima en el proceso de justicia retributiva de este tipo de crímenes donde se ofrece como reparación satisfactoria la indemnización junto a la restitución y la rehabilitación.

En complemento con lo estipulado con los instrumentos internacionales del Derecho Penal Internacional, la reparación en el Derecho Internacional aun frente a la imposibilidad del autor del delito para reparar o la carencia de voluntad del Estado para hacerlo, obliga a los Entes estatales a crear estrategias nacionales para poder reparar a las víctimas utilizando las cuatro grandes formas de reparación: la restitución, las medidas de satisfacción, la rehabilitación, y garantías de no repetición.

---

Americana de Derechos humanos, suscrita en San José de Costa Rica el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Para más información consultar el portal en línea : [http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv\\_america\\_na\\_derechos\\_humanos.html](http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/html/pactos/conv_america_na_derechos_humanos.html)

<sup>85</sup>CIDH. *Caso Bulacio*. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C No. 100.

<sup>86</sup>BOTERO, *Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia*, en RETTEBERG, A, *Entre el perdón y el paredón: preguntas y dilemas de justicia transicional*, Universidad de los Andes, 2005.

La aplicación de esta medida de reparación dentro de la justicia transicional se ha ejecutado por ejemplo en Sierra Leona donde se ofreció a las mujeres víctimas del conflicto una indemnización y disculpas públicas por parte del Jefe de Estado. En Camboya aprobaron reparaciones simbólicas y colectivas como la creación de un sitio web donde aparecían relacionadas las víctimas del conflicto y las disculpas del autor de crimen condenado<sup>87</sup>.

Los ejemplos anteriores han tenido modelos de amnistías que han tenido como complemento medidas de reparación con el fin de satisfacer los derechos de las víctimas. El debate se centra en cómo la medida de reparación lograría complementar una posible amnistía de crímenes internacionales. En mi concepto, la medida de justicia transicional sería un condicionante para la obtención de una amnistía. Esta condición dependerá de la efectividad de la medida. Si bien, en algunos contextos las medidas de transición pueden ser efectivas de forma inmediata, cuando se trata de crímenes internacionales las medidas de reparación pueden tardar años debido a múltiples factores como la imprescriptibilidad de los crímenes, la inexactitud temporal de las medidas transicionales, la diversidad de los deseos de las víctimas o la etapa procesal en la que se concede una amnistía<sup>88</sup>. Esto indica, que cuando complementemos la amnistía con una medida de reparación de crímenes internacionales dentro de la justicia transicional, se deberá asumir que estamos ante una medida cuya efectividad puede darse a largo plazo.

#### **4.4. Reformas Institucionales**

La terminación de un conflicto lograda a través de la reconciliación implica -por las partes que han intervenido en él-, hacer reformas institucionales donde las estructuras de poder tienen que transformarse en pro de las necesidades de la comunidad para evitar las posibles reiteraciones de las violaciones a los Derechos Humanos.

Para eso, se ha demarcado el ámbito general donde «la reforma institucional consiste en la revisión y reestructuración de los organismos del Estado para que respeten los Derechos Humanos, preserven el Estado de derecho y rindan cuentas a sus ciudadanos»<sup>89</sup>. Si bien esta

---

<sup>87</sup>Las disculpas a las víctimas del conflicto en Camboya pueden verse en <http://www.eccc.gov.kh/>

<sup>88</sup>OSIEL, *Respuestas estatales a las atrocidades masivas*, cit, p 3 y ss.

<sup>89</sup>ICJT, Cuestiones de justicia transicional, disponible en línea <https://www.ictj.org/es/our-work/transitional-justice-issues/reforma-institucional>.

medida de justicia de transición fue aplicada en países con grados relativamente altos de institucionalización, el Estado estaba ausente para evitar las violaciones a los Derechos Humanos lo que permitió ver esta medida como aquella salida para «la recuperación de tradiciones e instituciones»<sup>90</sup>.

Existen muchas medidas relacionadas con la justicia cuando de reformas institucionales se trata. En ese sentido reformas institucionales como: a) la innovación legal –creación de nuevos marcos legales y constitucionales para lograr la protección de los Derechos Humanos-; b) la creación de las DDR; c) las reformas estructurales –que promueven el rendimiento de cuentas a través del alcance de legitimidad democrática- o d) los programas de educación para los Derechos Humanos, podrían ser opciones plausibles para contribuir a la reconciliación.

Dado el contexto, se debe establecer a la par de una amnistía esta medida que intente reconstruir la seguridad y la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas. Lograr una reforma institucional necesariamente implica una reforma de la estructura de seguridad pensada primero para los entes Estatales que intervienen en el conflicto, cuerpos de seguridad de cualquier índole y demás instituciones que dediquen sus esfuerzos a dar seguridad a los ciudadanos.

Todo lo anterior implica que todos los poderes del Estado y las instituciones dedicadas a la seguridad deben ser examinadas, y en lo necesario, transformadas para lograr evitar nuevas violaciones a los Derechos Humanos, y por consiguiente la comisión de nuevos crímenes internacionales.

#### **4.5. La democratización de las medidas de justicia transicional.**

La evaluación previa que exige la concesión de una amnistía de crímenes internacionales dada la delgada línea entre impunidad y paz requiere que el proceso de democratización de las medidas de justicia transicional se lleve a cabo para desarrollar los postulados internacionales para la protección de los Derechos Humanos.

No se entrará a desarrollar a profundidad la epistemología de la democratización y los debates jurídicos en torno a lo que se considera democrático dado el énfasis del artículo<sup>91</sup>. Sin embargo, es importante

---

<sup>90</sup>GREIFF, P, « Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional» *Anuario de Derechos Humanos*, 2011, p. 18.

<sup>91</sup>Autores como NINO argumentan que «la manera más tradicional de justificar la democracia es a través de la idea de que es la única forma de gobierno en que el pueblo, en lugar de someterse a los dictados de alguien ajeno a él, permanece

destacar que las medidas de justicia transicional sin una verdadera democratización tienden a olvidar que la sociedad debe tener participación en los procesos que se elijan para lograr una reconciliación y dejar a un lado un conflicto armado. Por lo cual, el mecanismo de adopción de decisiones colectivas basadas en derechos como límite a la regla de las mayorías es lo que marcará la pauta para que se protejan los derechos de las víctimas.

En ese entendido, al tener un moderado número de amnistías analizadas a nivel mundial por autoras como MALLINDER, quien realizó un estudio sobre la práctica y desarrollo judicial de las amnistías, se observa que no hay un modelo general preestablecido de aprobación de una amnistía y de democratización de las medidas. No obstante, la aprobación de las amnistías se ha realizado por mandato directo de las autoridades gubernamentales o mediante el procedimiento ordinario de tramitación legislativa.

Caso como el de Guatemala con la Ley de Reconciliación Nacional (decreto número 145-1996) que fue adoptada por el Congreso después de un debate público, concedía una amnistía a los actores que habían sido partícipes del conflicto armado exceptuando los crímenes más graves<sup>92</sup>. Esta propuesta parte de «la legitimación democrática como mecanismo esencial de validación de una amnistía»<sup>93</sup>. No obstante la adopción democrática de estas medidas es sólo uno de los requisitos que deben ser tenidos en cuenta para lograr una verdadera reconciliación cuando se vayan a amnistiar crímenes internacionales ya que existe la posibilidad que se produzca una vulneración de Derechos Humanos así la amnistía sea aprobada legislativamente y haya habido

---

soberano, gobernándose a sí mismo», *Ética y Derechos humanos, un ensayo de fundamentación*, Ariel, Barcelona, 1989, p.371. Para profundizar en el tema puede verse además, DÍAZ GARCÍA, E, *El derecho y el poder: realismo crítico y filosofía del derecho*, Editorial: Dykinson, Madrid, 2013; FERNÁNDEZ GARCÍA, E, *Marxismo, democracia y derechos humanos*, Editorial: Dykinson, Madrid, 2011; FERRAJOLI, L. «Diritti fondamentali», *Teoría Política*, nº2, 1998, pp. 3-33, pp. 10-14, traducción española de P.A. Ibáñez, «La ley del más débil», en *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, pp. 37-72.

<sup>92</sup>Con respecto a la amnistía en Guatemala puede verse la sentencia de la corte interamericana de Derechos humanos del *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala*. (Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 25 de mayo 2010. Serie C. 212.

<sup>93</sup>Al respecto verse, DORADO,P, « Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit, pp 81 y ss, ELSTER,J. *Rendición de Cuentas. La justicia transicional en perspectiva histórica*, cit., p.15; UPRIMNY YEPES,R. «Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano», en: UPRIMNY YEPES, R. / SAFFON SANÍN, M.P. / BOTERO MARINO,B. /RESTREPO SALDARRIAGA, E. *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006, p.13.

un referendo para su aprobación. Por ello, en mi criterio, la integralidad de las medidas de justicia de transición y la aplicación conjunta es vital para evitar que la reiteración de la violación de los Derechos Humanos en el post-conflicto.

La participación de la sociedad en la decisión de optar por una amnistía es indispensable para conseguir la aceptación de la medida y alcanzar la reconciliación. Iniciativas como consultas amplias a las víctimas para conocer sus necesidades y pretensiones cuyo órgano encargado sea independiente, pueden legitimar las amnistías<sup>94</sup>.

Sin embargo, hay que tener presente que cuando hay ocurrencia de crímenes internacionales como genocidios, delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra, el número múltiple de víctimas requiere recurrir a la selección de víctimas que representen a este conglomerado en aras de darle participación en el proceso. Como resultado de ello, las comisiones de la verdad deben abarcar el mayor número posible de participación ya que son las víctimas las que ayudarán a formar las bases sólidas de la reconciliación y forjarán la memoria histórica del país que sale del conflicto.

El apostar por la reconciliación implica que la sociedad reconozca que los actos violentos del pasado no pueden ser olvidados pero sí superados, los Estados admitan su responsabilidad de llevar a cabo sus obligaciones internacionales relacionadas con las víctimas sin dejar de visualizar que en el marco de un conflicto armado no internacional, las partes enfrentadas se deben comprometer a reincorporarse a la sociedad que toma las decisiones políticas. Lo que implicaría que se prevenga que los actores de crímenes internacionales continúen o retomen la lucha armada como réplica a la carencia de canales democráticos de expresión para sus ideas.

## **5. CONCLUSIONES.**

Entre las medidas de justicia para dar por terminado los conflictos armados, se encuentra la amnistía general que ha sido objeto de debate por extinguir las acciones penales de crímenes internacionales y sus penas, eximiendo de responsabilidad penal a todos los autores generando un detrimento a los derechos de las víctimas. Sin embargo, la humanización de la amnistía se presenta cuando se piensa en la condicionalidad y límite que deben tener, es decir, que no se exonere automáticamente de castigo a todos los autores de los ilícitos por las conductas cometidas. Estas conceden el beneficio de la medida a la

---

<sup>94</sup>DORADO ,J, « Justicia transicional, persecución penal y amnistías», cit, pp 81 y ss.

realización de ciertos actos por ciertos beneplácitos para dar por terminado el conflicto, satisfacer los reclamos de las víctimas y lograr una reconciliación.

Para lograr esto, objetivo nada fácil, la amnistía condicionada y limitada debe superar el debate entre justicia y paz alcanzando un equilibrio para cumplir con el interés de justicia enunciado en el Estatuto de Roma. El ordenamiento jurídico internacional contempla cláusulas específicas de amnistías sólo en los conflictos regulados en el protocolo adicional II de los convenios de ginebra, siendo insuficiente dado los panoramas desalentadores de nuevos y mutados conflictos armados. Por ello, las medidas de justicia transicional pueden llegar a ser las que suplan el déficit para no generar impunidad, teniendo un enfoque en la víctima y la sociedad en general.

El enfoque basado en las víctimas de una amnistía condicionada y limitada implica implementar medidas de justicia transicional como las comisiones de la verdad, los planes de desarme, desmovilización, reinserción e integración, la reparación y establecer reformas institucionales que según el contexto variaran para adecuarse a las necesidades de la sociedad que intenta reconstruir sus bases estructurales, democráticas, sociales, económicas y culturales.

Dadas las estructuras de poder y la organización interna de los autores de crímenes internacionales, puede llegar a ser viable una amnistía condicionada que se conceda a rangos bajos y medios sin exonerar a los altos mandos. Esto permitiría ir acorde con el Derecho Penal Internacional y se cumplirían las obligaciones internacionalmente adquiridas por los estados. Además, al establecer qué crímenes internacionales van a ser amnistiados, deben excluirse los crímenes de genocidio, tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes y el crimen de desaparición forzada, ya que según las interpretaciones de las fuentes del Derecho Internacional, las amnistías en los casos mencionados irían en contra del ordenamiento jurídico internacional.

El panorama jurídico actual no contempla normas relativas a la prohibición taxativa de una amnistía de las características descritas. Los deberes internacionales de los estados, como el deber de castigar; remediar; las limitaciones legales y prohibiciones; y la restricción de derechos en casos de excepción, no restringen a los estados de la aplicación de una amnistía condicionada y limitada de crímenes internacionales cuando lo que se pretende es terminar un conflicto armado.

# DIRECTRICES PARA LA CREACIÓN DE DOCUMENTOS DIGITALES ACCESIBLES EN ENTORNOS DE INVESTIGACIÓN, TRANSFERENCIA Y DIFUSIÓN CIENTÍFICA: EL CASO DE LA RED CDPD

## GUIDELINES TO CREATE ACCESSIBLE DIGITAL DOCUMENTS IN RESEARCH ENVIRONMENTS, TRANSFER AND SCIENTIFIC DIFFUSION: THE CASE OF THE CRPD NETWORK

Gladys Vanesa Fernández\*  
Alicia Beatriz Hernandez\*\*  
Virginia Inés Simón\*\*\*

**Resumen:** La Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad es una organización con fines académicos y sociales que tiene como misión el estudio, aplicación y seguimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En este contexto surge la necesidad de establecer una normativa de trabajo para la gestión de la comunicación científica que allí se produce. El presente artículo define los principales conceptos en materia de accesibilidad y acceso a la información, y delimita las directrices para la creación de documentos digitales accesibles en entornos de investigación, transferencia y difusión científica y su aplicación en la Red CDPD.

**ABSTRACT:** *The Latin American Network of Experts on the Convention on the Rights of Persons with Disabilities is an organization for academic and social purposes whose mission is the study, implementation and monitoring of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. In this context arises the necessity to establish a working rules for the management of scientific communication that is produced there. This article defines the main concepts on accessibility and access to information, and delimits the guidelines for creating accessible digital documents in research environments, transfer and scientific dissemination and application in the CDPD network.*

**Palabras clave:** documentos digitales - accesibilidad - investigación - transferencia - convención sobre los derechos de las personas con discapacidad

**KEYWORDS:** *digital documents - accessibility - research - transference - Convention on the Rights of Persons with Disabilities*

**Fecha de recepción:** 29/10/2015

**Fecha de aceptación:** 11/12/2015

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3180>

---

\* Universidad Nacional de Mar del Plata. [gvfernan07@gmail.com](mailto:gvfernan07@gmail.com)

\*\* Universidad Nacional de Mar del Plata. [alibhernand@gmail.com](mailto:alibhernand@gmail.com)

\*\*\* Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad. [virc587@gmail.com](mailto:virc587@gmail.com)

## 1. INTRODUCCIÓN

La información científica es el principal producto del trabajo de los investigadores y el recurso más importante de la innovación científica y tecnológica. Su publicación se genera gracias a la existencia de entornos de investigación, transferencia y difusión científica (EITD) encargados de poner a disposición y dar acceso a los resultados de las investigaciones realizadas por organismos como: universidades, institutos de investigación, Organizaciones No Gubernamentales, etc.

Sin embargo, en América Latina y el Caribe, el acceso a los resultados de la investigación se ve dificultado por limitaciones en los sistemas tradicionales de comunicaciones académicas y científicas. Teniendo en cuenta que dos tercios de la investigación es financiada con fondos públicos<sup>1</sup> (UNESCO, 2010), gran parte de la producción académica está subordinada a los intereses del mercado editorial. Debido a esto, ha surgido un movimiento denominado Acceso Abierto (Open Access), cuyos objetivos principales han sido plasmados en la iniciativa de Budapest para el Acceso Abierto (BOAI, 2002)<sup>2</sup>.

La disponibilidad en Acceso Abierto de los resultados de investigación y de las publicaciones científicas supone una mejora notable en el funcionamiento de la comunicación de la ciencia, ya que reduce sensiblemente los costos globales y permite incrementar la difusión y el impacto de los contenidos. Los científicos pueden avanzar de forma más rápida y ágil en sus investigaciones debido al acceso libre e inmediato a los avances de sus colegas de todo el mundo. El modelo de acceso abierto, por lo tanto, es uno de los pilares básicos para el incremento cuantitativo y cualitativo de la investigación y la innovación tanto en el sector privado como público (Adabal, 2012).<sup>3</sup>

Otra de las ventajas del Acceso Abierto es el beneficio para los investigadores, innovadores, docentes, estudiantes, profesionales de los medios de comunicación y el público en general; promoviendo el intercambio del conocimiento en el plano mundial para alentar los

---

<sup>1</sup> Unesco (2010) Informe de la UNESCO sobre la Ciencia: El estado actual de la ciencia en el mundo. [en línea] [consultado el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0018/001898/189883s.pdf>

<sup>2</sup> Iniciativa de Budapest para el acceso abierto. [en línea]. [consultado el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.budapestopenaccessinitiative.org/translations/spanish-translation>

<sup>3</sup> Abadal, Ernest (2012) Acceso abierto a la ciencia. [en línea][consultado el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://eprints.rclis.org/16863/>

descubrimientos científicos, la innovación y el desarrollo socioeconómico. Sin embargo, el acceso abierto no debe ser entendido exclusivamente a partir de la posibilidad de poder consultar libremente un artículo, sino de la capacidad plena de ser interpretado en términos de legibilidad para todas las personas. En efecto, comprender el acceso abierto a la ciencia debiera involucrar además, la concepción del acceso a la información como un derecho adquirido. Esto puede entenderse así a partir de la celebración de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, que en su artículo 9 sobre accesibilidad, indica:

- f) Promover alternativas adecuadas de asistencia y apoyo a las personas con discapacidad para asegurar su acceso a la información;
- g) Promover el acceso de las personas con discapacidad a los nuevos sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, incluida Internet<sup>4</sup>

Como una de las consecuencias de este movimiento, surgen los denominados *Entornos de Investigación, Transferencia y Difusión Científica (EITD)* disponibles en la Web y conformados por un conjunto de herramientas informáticas que posibilitan la interacción científica y cuyas características son:

- Se trata de ambientes electrónicos constituidos por tecnologías digitales.
- Se encuentran en la Web y se puede tener acceso remoto a sus contenidos a través de dispositivos con conexión a Internet.
- Las aplicaciones o programas informáticos que los conforman sirven de soporte para las actividades científicas de investigación y transferencia de conocimientos.
- Su tipología está caracterizada por los repositorios temáticos e institucionales, las publicaciones científicas de acceso abierto, los directorios de investigación, etc.
- Su contenido es depositado por la vía del autoarchivo, es decir, por el autor, y los metadatos son revisados posteriormente por los bibliotecarios. En general, contienen textos completos, aunque se pueden encontrar excepcionalmente las referencias de los documentos embargados, este es el caso de los repositorios temáticos e institucionales.

---

<sup>4</sup> Naciones Unidas. (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [en línea]. [consulta el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

- Poseen capacidad de interoperabilidad con otros sistemas.
- Contemplan la preservación a largo plazo: facilitan la conservación de los documentos generados por la institución.

La definición de estos entornos, indica que no solo presentan una dimensión tecnológica sino también una dimensión científica que se interrelacionan y potencian entre sí. La dimensión tecnológica está representada por las herramientas o aplicaciones informáticas con las que está construido el entorno. Estas herramientas sirven de soporte e infraestructura para el desarrollo de las propuestas científicas y están orientadas a posibilitar, entre otras cosas, la accesibilidad de sus contenidos.

Este artículo ofrecerá directrices para la creación de documentos digitales accesibles (DDAs) teniendo en cuenta pautas de: accesibilidad, reusabilidad e interoperabilidad, con vías a ser depositados en estos entornos, tomando como referencia el trabajo realizado en el Repositorio en Discapacidad y Derechos Humanos de la Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (Red CDPD).

## **2. LA RED IBEROAMERICANA DE EXPERTOS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD - RED CDPD**

La Red Iberoamericana de Expertos en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es una organización con fines académicos y sociales que tiene como misión el estudio, aplicación y seguimiento de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), así como de los principios legales y sociales que promueve.

A través de la cooperación y el intercambio de conocimientos y buenas prácticas entre los grupos de expertos provenientes de diferentes países, la RED busca consensuar y definir los pasos a seguir, así como elaborar propuestas precisas para que en todos los países de Iberoamérica se incorpore la CDPD, a los sistemas legales y a las prácticas sociales del modo más favorable para todos los sectores<sup>5</sup>. La RED se propone, entre algunos de sus objetivos:

- Facilitar el acceso al conocimiento y promover el debate entre los responsables políticos y comités de responsables del monitoreo de políticas gubernamentales

---

<sup>5</sup> Más información acerca de la Red CDPD puede ser consultada en su página web, <https://redcdpd.net/>

- Elaborar diferentes documentos y otros materiales sobre discapacidad con alcance general o técnico.

Entre los diversos productos y servicios que ofrece la Red CDPD, e implican la producción de objetos digitales, se destaca su Repositorio Especializado en Discapacidad y Derechos Humanos. El Repositorio de la RED CDPD<sup>6</sup> constituye un archivo digital organizado y estable, donde los documentos se archivan y/o difunden en base a la utilización de estándares y protocolos normalizados, que potencian la visibilidad en Internet de autores y documentos. De este modo son recuperables tanto desde recolectores y motores de búsqueda especializados como desde los buscadores generales. Algunos de los objetivos de este repositorio son:

- Permitir localizar con rapidez y eficiencia toda la bibliografía disponible en Discapacidad y Derechos Humanos.
- Lograr un sistema de recuperación de información relevante para todos los países que forman parte de la Red CDPD, comunidad académica y público en general;
- Garantizar el acceso a la información a las personas con discapacidades;
- Posicionar al repositorio como una herramienta de referencia internacional en materia de consulta y acceso a la información en discapacidad y derechos humanos.

### **3. ¿POR QUÉ HACER ACCESIBLES LOS DOCUMENTOS DIGITALES?**

Según la Organización Mundial de la Salud, más de un billón de personas en el mundo viven con algún tipo de discapacidad<sup>7</sup>. Esto es, una de cada siete personas tiene algún tipo de diversidad funcional (OMS, 2013). Dimensionar estos datos implica pensar en la cotidianidad de esta realidad. El Observatorio "Universidad y Discapacidad" afirma que los estudiantes con discapacidad disminuyen a medida que aumenta el grado de estudio<sup>8</sup>; un dato no menor que grafica la actualidad de gran cantidad de países de habla hispana. De esta afirmación es posible plantear las dificultades de acceso a la

---

<sup>6</sup> Más información acerca del repositorio puede ser consultada en su página web, <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1>

<sup>7</sup> WHO. (2013). Más salud para las personas con discapacidad. [en línea]. [consulta el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.who.int/disabilities/infographic/es/>

<sup>8</sup> Universia. Los estudiantes con discapacidad disminuyen a medida que aumenta el grado de estudio. [en línea]. En: Universia España, 21 de febrero de 2013. [consulta el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://noticias.universia.es/en-portada/noticia/2013/02/21/1006214/estudiantes-discapacidad-disminuyen-medida-aumenta-grado-estudio.html>

información que atraviesan las personas con discapacidad transitando la vida académica.

Tal como señala Ribera, es importante “potenciar la accesibilidad en los repositorios institucionales de acceso abierto por motivos legales, de cumplimiento de objetivos y de ética profesional. Esta accesibilidad debe cumplirse tanto a nivel de interfaz de consulta como a nivel de contenidos” (2010)<sup>9</sup>.

En instancias de formación superior y de postgrado, ergo de investigación y comunicación de la ciencia, se habla y escribe acerca de las temáticas de discapacidad y accesibilidad, pero poco se abarca sobre la accesibilidad en el propio contexto de producción científica.

### **3.1. Modelo social de discapacidad, accesibilidad y diseño universal**

Este artículo toma como base de sus enunciados el modelo social de discapacidad, cuya definición en las palabras de la autora Agustina Palacios (2007) indica que:

“...las causas que dan origen a la discapacidad no son ni religiosas, ni científicas, sino que son preponderantemente sociales; y que las personas con discapacidad pueden aportar a las necesidades de la comunidad en igual medida que el resto de personas... el modelo bajo análisis considera a la discapacidad como un fenómeno complejo, que no se limita simplemente a un atributo de la persona, sino que es el resultado de un conjunto de condiciones, muchas de las cuales son creadas por el contexto social. En consecuencia, ello requiere la realización de todas las modificaciones y adaptaciones necesarias, a los fines de alcanzar la participación plena de las personas con discapacidad en la totalidad de las áreas de la vida en comunidad”<sup>10</sup>

---

<sup>9</sup> Ribera, Mireia. La accesibilidad en los repositorios de acceso abierto. [en línea] EN: 4tas jornadas OS-Repositorios: políticas de promoción del acceso abierto. Barcelona, 3-5 de marzo de 2010 [fecha de consulta: 8/10/2015] Disponible en:

[http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/1726/1/ribera\\_accesibilidad\\_%20repositorios.pdf](http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/1726/1/ribera_accesibilidad_%20repositorios.pdf)

<sup>10</sup> Palacios, Agustina; Bariffi, Francisco Javier. (2007). “El cambio de paradigma: la consideración de discapacidad como una cuestión de derechos humanos”. En: *La discapacidad como una cuestión de derechos humanos Una aproximación a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Madrid: Ediciones Cinca. Pp. 11-24.

Al hablar de accesibilidad universal se engloba el ideal de autonomía de todas las personas, bajo el precepto de diseñar para todos, y no de corregir o solucionar un problema derivado del diseño posterior para unos cuantos. Los conceptos de accesibilidad y diseño universal comprenden la visión del ser humano en igualdad de condiciones, respecto de sus derechos.<sup>11</sup> La Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad dice que "...Por "diseño universal" se entenderá el diseño de productos, entornos, programas y servicios que puedan utilizar todas las personas, en la mayor medida posible, sin necesidad de adaptación ni diseño especializado..."<sup>12</sup>

Accesibilidad y diseño universal son dos conceptos entrelazados uno por otro. Se diseña para todos a fin de garantizar la accesibilidad. Hay accesibilidad cuando se proyecta el diseño universal desde el principio. Sobre la base de estos preceptos se funda la idea de incorporar la accesibilidad a los objetos digitales en la producción científica.

### **3.2. Accesibilidad de los documentos digitales**

La evolución de las tecnologías en los modelos de producción científica ha logrado grandes avances en materia de accesibilidad, posibilitando su llegada a una mayor cantidad de potenciales investigadores, debido a la reducción de costos en el sistema de producción y publicación de contenidos digitales, y a la eliminación de las distancias físicas, es decir, la virtualidad de los contenidos. La producción de documentos digitales accesibles constituye un modelo de equiparación de derechos e igualdad de oportunidades para todas las personas, un modelo de inclusión en la investigación, de ciencia abierta y accesible.

---

ISBN: 978-84-935104-5-9. Disponible en:

[http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/402/L\\_PalaciosA\\_DiscapacidadDerechosHUMANOS\\_2007.pdf?sequence=1](http://repositoriocdpd.net:8080/bitstream/handle/123456789/402/L_PalaciosA_DiscapacidadDerechosHUMANOS_2007.pdf?sequence=1)

<sup>11</sup> Bariffi, Francisco Javier; [et. al.]. (2008). "Accesibilidad universal e igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad". En: *La accesibilidad universal en los medios audiovisuales de comunicación*. Madrid: Real Patronato sobre Discapacidad. ISBN: 978-84-691-7340-4. Pp. 27-45.

<sup>12</sup> Naciones Unidas. (2006). Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. [en línea]. [consulta el 23 de septiembre de 2015]. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf>

Sobre estos aspectos, es importante que se trabaje en la difusión, concientización y capacitación continua a los investigadores, con el fin de que comprendan la importancia de los contenidos accesibles para todas las personas. Cabe mencionar así el artículo 21 de la CDPD, sobre la Libertad de expresión y de opinión y acceso a la información:

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas pertinentes para que las personas con discapacidad puedan ejercer el derecho a la libertad de expresión y opinión, incluida la libertad de recabar, recibir y facilitar información e ideas en igualdad de condiciones con las demás y mediante cualquier forma de comunicación que elijan con arreglo a la definición del artículo 2 de la presente Convención, entre ellas:

a) Facilitar a las personas con discapacidad información dirigida al público en general, de manera oportuna y sin costo adicional, en formatos accesibles y con las tecnologías adecuadas a los diferentes tipos de discapacidad;

b) Alentar a los medios de comunicación, incluidos los que suministran información a través de Internet, a que hagan que sus servicios sean accesibles para las personas con discapacidad;”

Dicho lo anterior, se comprende la importancia de trabajar en entornos de producción y difusión científica sobre la producción de documentos accesibles desde su origen, esto es, desde el momento de su creación.

#### **4. DIRECTRICES PARA LA CREACIÓN DE DOCUMENTOS DIGITALES ACCESIBLES EN ENTORNOS DE INVESTIGACIÓN, TRANSFERENCIA Y DIFUSIÓN CIENTÍFICA**

Las directrices que se ofrecerán a continuación están basadas en el trabajo realizado con los documentos digitales disponibles en el repositorio de la Red Iberoamericana de Expertos sobre la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad.<sup>13</sup>

Actualmente el Repositorio de la Red contiene, preserva y difunde documentos en Discapacidad y Derechos Humanos, de sectores públicos y privados, de acceso abierto y restringidos por derechos de autor. Si bien la prioridad de este proyecto es el acceso abierto a la información, se trabaja con material pasible de derecho de autor, el cual se encuentra de acceso restringido y de uso exclusivo para personas con

---

<sup>13</sup> Repositorio Red CDPD <http://repositoriocdpd.net:8080/handle/123456789/1>

discapacidad visual. El material de acceso abierto se encuentra disponible para toda la comunidad científica, académica y ciudadana.

Como instancia inicial se realizó un análisis con el fin de detectar las posibles problemáticas para la incorporación de los documentos en el Repositorio, quedando como cuestiones a resolver:

1- Cómo realizar el tratamiento de los documentos nacidos en formato papel y su conversión al espacio digital.

2- Cómo realizar el tratamiento de los documentos nacidos digitalmente y convertirlos en documentos digitales accesibles.

3- Cómo generar documentos digitales accesibles que puedan ser descargados por los diferentes servicios de conexión a internet de los usuarios.

Es por ello que la propuesta de directrices para la creación de documentos digitales accesibles se diseñó en base a estas problemáticas comunes en este tipo de entornos:

- Tratamiento de documentos nacidos en formato papel
- Tratamiento de documentos nacidos en formato digital

#### **4.1 Tratamiento de los documentos nacidos en formato papel**

Los documentos nacidos en formatos papel deben ser sometidos a un procedimiento previo, donde el formato y el estado del documento a digitalizar deben ser considerados a la hora de efectuar el proceso a los efectos de adecuarlo al equipamiento del que se disponga y a los parámetros que garanticen la aptitud del documento digitalizado.

Si bien no es posible contar con una solución 100% eficiente cuando un material original se encuentra en mal estado, se pueden tomar diferentes decisiones para un mejor resultado.

##### 1. Profundidad de bits

Para decidir la profundidad de bits que se utilizará a la hora de digitalizar, se deberá tener en cuenta la siguiente tabla:

<b>Tipología del material</b>	<b>B/N</b>	<b>Escala de grises</b>	<b>Color</b>
Documentos carentes de imágenes	x		
Documentos con algunas		X	

imágenes no relevantes en el área del conocimiento a la que pertenece el objeto			
Documentos con imágenes relevantes en el área del conocimiento a la que pertenece el objeto			x

Únicamente la página que contiene a la imagen deberá digitalizarse por separado a 200 ppp/dpi (puntos por pulgada/dot per inch) en escala de grises o color.

## 2. Resolución

La resolución deberá estar configurada en 300 ppp/dpi. Si la calidad de visualización del documento resultante lo permite, podrá utilizarse una resolución menor, 200 o 150 ppp/dpi, lo cual redundará en un menor tamaño del mismo.

<b>Calidad del original</b>	<b>PPP/DPI a utilizar</b>
Buena	150 ppp/dpi
Regular	200 ppp/dpi
Mala	300 ppp/dpi

## 3. Material encuadernado

Con respecto al material encuadernado, lo ideal, será contar con una copia para poder dismantelar y digitalizar por página. De no ser el caso, se deberá tomar especial precaución al manipular el original.

### 1. Otras recomendaciones

- El tamaño de hoja del documento escaneado deberá coincidir con el tamaño del documento original (por ejemplo, si el original es una hoja tamaño A4, el documento escaneado deberá ser también A4).

Luego de tener en cuenta estas recomendaciones puede darse inicio al proceso de digitalización. Para los documentos textuales, el formato seleccionado será el formato PDF.

La selección del formato PDF está fundamentada por:

- Ser un estándar multiplataforma.
- Ser independientes del dispositivo para su visualización.
- Ser archivos compactos y soportar la compresión.
- Poder contener elementos multimedia (vídeos o sonido) y elementos de hipertexto (vínculos y marcadores), enlaces a direcciones de correo y pequeñas miniaturas de las distintas páginas.
- Ser un formato inicialmente pensado para la difusión —su diseño es el de un formato de salida, no de edición—, más concretamente para la impresión de documentos digitales.<sup>14</sup>
- Ser seguros y proteger la integridad del contenido. Estas opciones de seguridad varían desde medidas relativamente sencillas hasta sofisticados sistemas empleados en empresas e instituciones. La persona que crea el PDF puede asignarle al fichero, sus opciones de seguridad.

Para llevar adelante un proceso de digitalización óptimo, es necesario contar con un software que habilite a la digitalización de un PDF en imagen y texto lo que permitirá que el documento no pierda su similitud con el original y que a la vez no se trate de una imagen sino de una imagen con OCR.

En el caso de trabajo con los documentos del Repositorio de la Red CDPD, se utilizó el software propietario Readiris por no contar, hasta ese momento, con un software libre que soportara dicha característica.

Como último paso se procederá a editar el documento con un editor como Adobe profesional o Foxit Editor para realizar correcciones como recortes de las partes oscuras, etc.

## **4.2 Tratamiento de los documentos nacidos en formato digital**

---

<sup>14</sup> Ribera Turró, Mireia (2010) Publicaciones científicas accesibles para personas ciegas y deficientes visuales. [en línea][consultado el 16 de octubre de 2015]. Disponible en: <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO25602/ribera%20turro.pdf>

El tratamiento de los documentos nacidos digitalmente puede implicar un camino llano o sinuoso, dependiendo de diversos factores a tener en cuenta. A continuación se presentan una serie de casos, y para cada uno de ellos, las alternativas de solución posible:

1- El documento digital es un documento editable. Ejemplos de ello pueden ser documentos con extensión \*.doc (documento de texto de microsoft word), \*.rtf (rich text format), \*.ppt (power point). En este caso se deberá convertir al documento en un PDF (Portable Document Format). Esto se podrá realizar con los editores de los paquetes Open Office, Libre Office, Microsoft Office.

2- El documento digital es un PDF con propiedades de "sólo imagen". Esto significa que si bien se trata de un documento de extensión pdf, el mismo es una captura de pantalla, una imagen no editable. Por sus características, este documento deberá ser tratado como un documento nacido en formato papel. Se deberá imprimir el documento y seguir los pasos para su tratamiento.

3- El documento digital es un PDF imagen/texto: se deberá corroborar la calidad del OCR (optical character recognition, o reconocimiento óptico de caracteres). Para ello debe someterse al documento a pruebas con los diferentes lectores de pantalla disponibles, algunos de pago, otros libres (jaws, nvda, fire vox, etc.)

4- El documento digital es una imagen de mapa de bits: se deberá lograr una impresión de buena calidad y tratar como un documento en formato papel. Para ello no hay necesidad de realizar una impresión, software como readiris permiten el análisis de imagen y su conversión a PDF imagen/texto.

### **4.3 Propiedades de los documentos accesibles. Configuración de seguridad**

Un documento digital, en formato pdf, con opciones de seguridad podría ser inaccesible si no está configurada apropiadamente. Como ejemplo, se puede mencionar la configuración de prohibir modificaciones en el documento, como copiar o pegar.

En Acrobat 3.0 y 4.0 se usa un nivel de codificación bajo (RC4 de 40 bits), mientras que en Acrobat 5.0 y posterior se puede escoger un nivel de codificación alto (RC4 de 128 bits), que permite proteger documentos mientras se mantiene la accesibilidad del contenido del

mismo. En caso de seleccionar Seguridad mediante contraseña como sistema de seguridad, la opción de Compatibilidad que se ha de escoger es Acrobat 7.0 y posterior. Asimismo, en la sección Permisos, se debe activar la opción Permitir el acceso a texto de los lectores de pantalla. Estas recomendaciones permitirán que aquellos pdf que precisen de restricciones en cuanto a su acceso, sean igualmente accesibles a todas las personas.

Durante todo el proceso de digitalización es necesario efectuar controles de calidad a fin de comprobar el adecuado cumplimiento de los criterios establecidos y que los productos obtenidos se adecuan a los parámetros definidos en lo relativo a resolución, profundidad de color en bits, formato y compresión.

## **5. CONCLUSIONES**

Este trabajo ha presentado las directrices para la creación de documentos digitales accesibles en base al entendimiento del modelo social de discapacidad, que determina claramente el rol de la sociedad como factor inherente a la discriminación o inclusión de todas las personas, afirmando que las barreras de acceso (en este caso, a la información), son totalmente sociales. Sobre este punto, se comprende la necesidad de trabajo continuo bajo los preceptos de accesibilidad, usabilidad y diseño universal para una nueva concepción del llamado acceso abierto, a un "acceso abierto accesible", o "ciencia abierta accesible".

Por otra parte, se trabaja sobre la difusión, concientización y capacitación de los protagonistas de la ciencia, los investigadores, sobre la importancia de crear sus producciones nacidas digitales, en formato accesible. A fin de que sean optimizadas sus labores de investigación en pos de garantizar el acceso a la información para todas las personas, como un derecho humano, posibilitando que las instancias de formación superior, investigación, difusión y transferencia de la ciencia, sean también instancias de accesibilidad para la vida plena.

Como se estableció al comienzo del artículo, la disponibilidad en Acceso Abierto de los resultados de investigación y de las publicaciones científicas supone una mejora notable en el funcionamiento de la comunicación de la ciencia, ya que reduce sensiblemente los costos globales y permite incrementar la difusión y el impacto de los contenidos. Esta premisa debe ir acompañada en relación a los conceptos de acceso abierto y accesibilidad universal. A partir de sus

puntos de encuentro se argumenta la necesidad de potenciar la accesibilidad en los entornos de investigación, transferencia y difusión de la ciencia, instando a que el acceso abierto incluya el concepto de accesibilidad. Para lograrlo, se propone la aplicación de las directrices mencionadas en este trabajo.

# EL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO: DE LAS MANIFESTACIONES E IMPACTOS DE LA VIOLENCIA A LA CONSTRUCCIÓN DE LA PAZ

## THE RIGHT TO EDUCATION IN ARMED CONFLICT SITUATIONS: FROM MANIFESTATIONS AND IMPACTS OF VIOLENCE TO PEACEBUILDING

**Dra. Johanna Ospina\***

**RESUMEN:** Durante los conflictos armados el derecho a la educación se sitúa como uno de los más vulnerados. Los ataques a este derecho se dan de múltiples formas, incluyendo el asesinato de estudiantes y maestros/as, las agresiones y lesiones físicas, las amenazas, la violencia sexual hacia niñas y mujeres, el daño o destrucción de las infraestructuras educativas y administrativas y el reclutamiento forzado de menores. Para profundizar al respecto, este artículo propone analizar los impactos y consecuencias generadas por los conflictos armados en el derecho a la educación, y explora el rol de la educación como generadora de violencia o constructora de paz.

**ABSTRACT:** *The right to education is one of the rights that is most frequently violated during armed conflicts. These violations happen in various forms, including the killing of students and teachers, physical aggression, threats, sexual violence towards girls and women, damage or destruction of education facilities and recruitment of child soldiers. This article will analyse the impact and consequences of armed conflict on the right to education, and explore the role of education in promoting either violence or peace.*

**PALABRAS CLAVE:** Educación, derecho a la educación, conflictos armados, violencia, paz.

**KEYWORDS:** *Education, right to education, armed conflicts, violence, peace.*

**Fecha de recepción:** 26/11/2015

**Fecha de aceptación:** 11/04/2016

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3181>

---

\* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid. Correo electrónico: [johannagraciela@yahoo.com](mailto:johannagraciela@yahoo.com).

## 1. INTRODUCCIÓN

La violencia derivada de los conflictos armados genera, en las sociedades que los padecen, una serie de consecuencias negativas a corto y a largo plazo. Entre ellas, el deterioro o destrucción de los medios, infraestructuras y servicios que deberían garantizar la calidad de vida de las personas, el quebranto y la corrupción de los mecanismos e instituciones para la garantía y el cumplimiento de los derechos humanos, el debilitamiento de los espacios para la democracia y la participación política, el estancamiento económico, el aumento de la pobreza y hasta, en algunos casos, el deterioro y la destrucción del medio ambiente. Igualmente los conflictos arrasan con el patrimonio cultural e histórico de los pueblos, aumentan los odios y el resentimiento entre las partes, generan miedo y desamparo entre los civiles, destruyen el tejido social y conllevan la generación de otras formas de violencia que prolongan y/o escalan los conflictos.

En el caso concreto del derecho a la educación, los conflictos armados producen daños estructurales o la destrucción total de las escuelas y de los sistemas educativos, generan pérdidas, lesiones y traumas psicológicos y sociales entre los estudiantes y profesores, causando la deserción educativa y obstaculizando el proceso de aprendizaje de los niños, niñas y jóvenes, y en consecuencia, su posterior inclusión laboral, participación política y el ejercicio de sus derechos.

La necesidad de actuar al respecto se hace más urgente y alarmante cuando observamos las más recientes cifras sobre las tendencias de los conflictos armados y de sus impactos en el acceso al derecho a la educación. Para empezar, según el Informe "Alerta 2015!", durante el año 2014 se registraron un total de 36 conflictos armados, distribuidos de la siguiente manera: África (trece), Asia (doce), Oriente Medio (seis), Europa (cuatro) y América (uno). De éstos, un total de 12 registraron elevados niveles de violencia, cuyo balance anual superó en cada caso más de 1.000 víctimas fatales, entre ellos: Afganistán, Iraq, Israel-Palestina, Libia, Nigeria, Pakistán, Siria, Sudán del Sur y Ucrania. Adicionalmente, más de la mitad, es decir el 55% de los conflictos armados que se registraron en el 2014, presentaron un deterioro y una intensificación en los niveles de violencia respecto del 2013<sup>1</sup>.

Este aumento de la violencia guarda estrecha relación con los ataques al derecho a la educación registrados en el 2014 y 2015. En el 2014, en México se registró la demanda por desaparición forzada de 43 estudiantes de la escuela normalista de Ayotzinapa<sup>2</sup>. En Irak

---

<sup>1</sup> ESCOLA DE CULTURA DE PAU, *Alerta 2015! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, Icaria, Barcelona, 2015, pág. 13.

<sup>2</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Mexico submission to the un committee on enforced disappearances*, London, 2015, pág. 5. Consultado en:

se denunciaron 67 ataques contra escuelas y personal protegido. En Israel y la Franja de Gaza fallecieron 561 niños y niñas (557 palestinos y 4 israelíes) como resultado de los enfrentamientos entre el ejército de Israel y los grupos armados palestinos<sup>3</sup>. En el 2015, en Kenia, en las instalaciones de la Universidad de Garissa, fueron asesinadas al menos 147 personas, la mayoría de ellas estudiantes<sup>4</sup>.

Bajo estas referencias y desde una mirada interdisciplinar, en este artículo propongo realizar un análisis sobre los impactos y consecuencias generadas por los conflictos armados en el derecho a la educación, como también identificar los desafíos y posibilidades para la construcción de paz a través de la educación en estos contextos. Para ello, propongo abordar la temática a partir de la *educación en situaciones de conflicto armado*, una de las categorías de la educación en *situaciones de emergencia*. Asimismo, analizo los impactos que a corto plazo y a largo plazo producen los conflictos armados en la educación, la comunidad educativa y los sistemas educativos. También recorro al marco legal internacional para la defensa y garantía del derecho a la educación, consagrado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos –DIDH– y el Derecho Internacional Humanitario –DIH. Finalmente, estudio el paradójico rol de la educación en situaciones de conflicto armado, es decir, su contribución en la generación de distintos tipos de violencia o su contribución en la transformación de los conflictos y la construcción de paz.

## 2. LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE EMERGENCIA: DESASTRES NATURALES Y CONFLICTOS ARMADOS

En el marco de la *educación en situaciones de emergencia*, son consideradas como emergencias todas aquellas situaciones, de crisis o dificultad, que pueden dividirse en dos grandes categorías, de acuerdo a la causa que las genera<sup>5</sup>: *los desastres naturales* y las

---

<https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4100012015ENGLISH.pdf>

23 de noviembre de 2015.

<sup>3</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD Y ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General sobre Los niños y los conflictos armados*, A/69/926–S/2015/409, 5 de julio de 2015, Consultado en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2015/409> 24 de noviembre de 2015.

<sup>4</sup> BBC, “Kenya attack: 147 dead in Garissa University assault”, 3 de abril de 2015. Consultado en: <http://www.bbc.com/news/world-africa-32169080> 15 de noviembre de 2015.

<sup>5</sup> RED INTERINSTITUCIONAL PARA LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE EMERGENCIA- INEE, *Normas Mínimas para la Educación en Situaciones de Emergencia, Crisis Crónicas y Reconstrucción Temprana*, págs. 6 y 7. Consultado en:

[http://www.unicef.org/lac/MinimumSEduc\\_in\\_Emergencies\\_report\\_Esp.\(3\).pdf](http://www.unicef.org/lac/MinimumSEduc_in_Emergencies_report_Esp.(3).pdf)

18 de abril de 2016.

*emergencias complejas*. Ambas ponen en peligro el adecuado acceso y gozo al derecho a la educación, como también afectan a otros derechos, entre ellos la salud, la vida y la seguridad de las personas, y amenazan o destruyen los bienes públicos y privados, que contribuyen a garantizar los derechos y el bienestar de las comunidades. Así, de acuerdo a las causas que las generan, las emergencias se dividen en<sup>6</sup>:

1. *desastres naturales*: son las inundaciones, sequías, terremotos, tsunamis, huracanes, tormentas y otros desastres que pueden afectar a la vida y la seguridad de las personas, como también a la adecuada prestación de servicios ofrecidos por escuelas y otras instituciones educativas, igualmente pueden aislar o provocar la muerte de miembros de la comunidad educativa. Generalmente, en este tipo de emergencias los sistemas educativos se enfrentan a diferentes problemas y desafíos, entre los que están la posible pérdida de vidas humanas, la pérdida de alimentos y ropas que no permite la adecuada asistencia a las clases, los daños en la infraestructura y el equipamiento escolar y el uso de las instalaciones educativas como zonas de albergue indeterminado.
2. *emergencias complejas*: son los disturbios civiles y los conflictos armados, tanto nacionales como internacionales, en los que se incluye la ocupación militar, ambos definidos a la luz del DIH. En esta misma categoría se encuentran las situaciones inmediatamente posteriores a los conflictos armados, generalmente denominadas postconflicto, momento en el que también se menoscaba el derecho a la educación en todas sus dimensiones. Este tipo de emergencias se caracterizan por la permanencia de violencia generalizada, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos y del DIH, por los daños a la infraestructura y economía del país y por la deficiente asistencia del Estado y la dependencia de la comunidad internacional, entre otras.

Dentro de esta misma categoría, la UNESCO propone hacer una división, con el fin de atender las necesidades específicas de cada uno, a saber<sup>7</sup>:

- a) *Conflictos civiles*: tienen lugar al interior de los Estados, entre dos o más grupos. Los principales obstáculos y desafíos del área educativa en estas situaciones son el desplazamiento forzoso interno, los ataques y daños a las infraestructuras y equipos educativos, el reclutamiento militar, el trabajo forzado, las violaciones y agresiones sexuales, las diversas

---

<sup>6</sup> UNESCO, INTERNATIONAL INSTITUTE FOR EDUCATIONAL PLANNING -IIEP, *Guidebook for planning education in emergencies and reconstruction*, International Institute for Educational Planning, París, 2010.

<sup>7</sup> Op. cit., págs. 66 a 68.

formas de contagio de Infecciones de Transmisión Sexual – ITS, especialmente el SIDA y el VIH, el uso de minas antipersona y municiones que bloquean los caminos hacia las escuelas, la amenaza y el asesinato de profesores, entre otros.

- b) *Emergencias complejas crónicas*: en esta situación se encuentran todos aquellos países o territorios que tengan un conflicto armado prolongado y, en algunos casos, con ocupación e intervención internacional. Aunque en este tipo de emergencia los obstáculos en el acceso a la educación son similares a las situaciones de conflicto civil, también se constituyen como dificultades la dependencia económica y administrativa, la presencia militar del ocupante y los bloqueos.

Sin embargo, antes de continuar con la explicación sobre los objetivos de la educación en situaciones de emergencia, es necesario establecer qué se entiende por conflicto armado. Si bien existen varias definiciones, para efectos de este trabajo acudiremos a la definida por el DIH<sup>8</sup>. En términos generales, el DIH distingue entre dos tipos de conflictos armados: a) *conflictos armados internacionales* y b) *conflictos armados no internacionales*. De acuerdo con lo establecido en el artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949, los *conflictos armados internacionales* son aquellos que se dan entre las *Altas Partes Contratantes* o Estados, cuando uno o más Estados recurren al uso de la fuerza armada para enfrentarse a uno o más Estados<sup>9</sup>. En una ampliación de esta definición y acorde con lo estipulado en el Protocolo Adicional I, entre los *conflictos armados internacionales* también están presentes las luchas y enfrentamientos por parte de los pueblos contra una dominación colonial u ocupación extranjera, como también la lucha de aquellos pueblos que acuden al ejercicio de su derecho a la libre determinación frente a regímenes racistas<sup>10</sup>.

---

<sup>8</sup> Véase: UPPSALA CONFLICT DATA PROGRAM (UCDP), INTERNATIONAL PEACE RESEARCH INSTITUTE, OSLO (PRIO), *UCDP/PRIO Armed Conflict Dataset Codebook- Version 4-2015*, UCDP- PRIO, Oslo, 2015, págs. 1 a 3 y ESCOLA DE CULTURA DE PAU, *Alerta 2015! Informe sobre conflictos, derechos humanos y construcción de paz*, cit., pág. 15.

<sup>9</sup> Artículo 2 común a los Convenios de Ginebra de 1949: "El presente Convenio se aplicará en caso de guerra declarada o de cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias Altas Partes Contratantes, aunque una de ellas no haya reconocido el estado de guerra. El Convenio se aplicará también en todos los casos de ocupación total o parcial del territorio de una Alta Parte Contratante, aunque tal ocupación no encuentre resistencia militar".

<sup>10</sup> Protocolo adicional I, artículo 1.4: "los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas, en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrado en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas".

Por su parte, los *conflictos armados no internacionales* son definidos a partir del artículo 3 común a los Convenios de Ginebra de 1949 y el artículo 1 del Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra de 1949. Para empezar, el artículo 3 hace referencia a la aplicación del mismo respecto a aquel *conflicto que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes*. De esta manera, en un *conflicto armado no internacional* pueden participar una o más fuerzas armadas, disidentes o grupos armados no gubernamentales que pueden tener hostilidades con un grupo armado gubernamental o fuerzas regulares o con otros grupos armados no gubernamentales, también se presenta la situación de sólo enfrentamientos entre grupos armados no gubernamentales<sup>11</sup>.

Por otra parte, continuando con la definición y los contenidos de la educación en situaciones de emergencia, ésta pueda ser entendida como el apoyo educativo que se presta en aquellas situaciones en las que las personas no tienen acceso a los sistemas educativos formales o sistemas comunitarios o alternativos, debido a que el impacto y las condiciones generadas por una determinada emergencia no le permite a la comunidad brindar los servicios de manera habitual y hacer frente a la contingencia<sup>12</sup>. Esta atención tiene como objetivos principales garantizar el derecho a la educación en situaciones de emergencia y brindar oportunidades de aprendizaje de calidad para todas las personas de una determinada comunidad o población, con el fin de que éstas puedan superar la crisis desde las primeras etapas de la emergencia hasta su recuperación. Este tipo de aprendizaje abarca el desarrollo de la

---

<sup>11</sup> Esta definición se especifica en el artículo 1 del Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, en el que los conflictos armados no internacionales son entendidos como aquellos que se desarrollan en el territorio de una Alta Parte contratante o Estado en el que participan las fuerzas armadas del mismo y entre las fuerzas armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejercen sobre una parte de dicho territorio un control tal que les permite realizar operaciones militares sostenidas y concertadas. Del mismo modo, en el artículo 1.2 del mismo protocolo, se establece la diferencia entre *conflicto armado no internacional* y otras manifestaciones de la violencia que no mantienen la misma intensidad, como las tensiones internas, los disturbios interiores, tales como los motines, los actos esporádicos y aislados de violencia, entre otros actos similares que no son considerados como conflictos armados. Véase: *Protocolo adicional II a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional*, Artículo 1: Ámbito de aplicación material.

<sup>12</sup> NICOLAI, Susan, TRIPLEHORN, Carl, *The role of education in protecting children in conflict*, Humanitarian Practice Network- Overseas Development Institute, London, 2003, pág. 3.

primera infancia, la educación primaria, secundaria, no formal, técnica, profesional, superior y de adultos<sup>13</sup>.

La educación en emergencia no es un tipo de educación, es una acción que hace parte de la labor humanitaria, la cual, en los últimos años, ha incluido a la educación como uno de sus principales pilares de acción y como una respuesta humanitaria de carácter prioritario. La educación en emergencia, se desarrolla durante el transcurso de la emergencia, las crisis crónicas y los refuerzos de reconstrucción temprana. Ubica, en primer lugar, la protección de la vida y la garantía de la supervivencia, a través de la prevención de riesgos en catástrofes naturales, accidentes por minas y municiones terrestres y posible transmisión del VIH/SIDA. Previene y protege contra la explotación, el abuso sexual, el reclutamiento forzado de menores y el trabajo infantil. Contribuye a la recuperación física y emocional causada por la crisis. Genera el desarrollo de habilidades entre la comunidad para el manejo de la crisis, la construcción de estructuras físicas y comunitarias, y educa en la esperanza por un futuro mejor como forma de remediar y superar la crisis, especialmente entre niños, niñas y adolescentes. Asimismo, desarrolla habilidades para la resolución de conflictos y la construcción de la paz, aspectos que se relacionan con la educación para la paz.

En situaciones de emergencia, los Estados tienen la obligación de garantizar el derecho a la educación. Sin embargo, en la mayoría de casos se requiere urgentemente de la ayuda de varios actores, como organismos internacionales, ONG's e instituciones internacionales, nacionales y locales, agencias de cooperación y otros actores que actúan en pro del derecho a la educación de diversas maneras. En los últimos años, las necesidades de la acción humanitaria han propiciado la creación de la Red Interinstitucional para la Educación en Situaciones de Emergencia –INEE-, entre cuyos propósitos se encuentra vigilar el adecuado acceso del derecho a la educación en tiempos de emergencia, como también propiciar el aporte de la misma en la reconstrucción después de la crisis. En el 2004, la Red desarrolló las "Normas Mínimas para la Educación en Situaciones de Emergencia, Crisis Crónicas y Reconstrucción Temprana", una serie de estándares elaborados a partir de los principios y derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, el "Marco de Acción de Dakar sobre Educación para Todos -EPT", los Objetivos de Desarrollo del Milenio –ODM- y la "Carta Humanitaria del Proyecto Esfera". Estas normas se constituyen como herramientas para llevar a cabo acciones y esfuerzos que permitan alcanzar un nivel mínimo de acceso a la educación y a los suministros adecuados para cumplir este derecho.

---

<sup>13</sup> INTER-AGENCY NETWORK FOR EDUCATION IN EMERGENCIES –INEE, *Minimum Standards for Education. Preparedness, Response, Recovery*, INEE Coordinator for Minimum Standards and Network Tools, New York, 2012, pág 2.

Estas normas se desarrollan a partir de cinco principales categorías de acción: 1. normas mínimas comunes a todas las categorías: enfocadas en la participación comunitaria, el uso de recursos locales, la evaluación de las necesidades y la consideración de los posibles programas; 2. acceso y ambiente de aprendizaje: enfocado en la promoción y acceso a las oportunidades de aprendizaje y su vinculación con otros sectores como la salud, el agua, el saneamiento, la nutrición y la vivienda; 3. enseñanza y aprendizaje: enfocado en la promoción de la enseñanza y el aprendizaje efectivos, en aspectos como: a) plan de estudio, b) capacitación, c) instrucción y d) evaluación; 4. maestros y otro personal educativo: enfocado en la administración y la gestión de los recursos humanos en el campo de la educación, el reclutamiento, la capacitación y la participación docente; y 5) política educativa y coordinación: son las normas que guían la formulación, promulgación, planificación, implementación y coordinación de la política educativa.

En este sentido, también es necesario mencionar las "Directrices para Prevenir el Uso Militar de Escuelas y Universidades durante Conflictos Armados", que fueron adoptadas por varios Estados en diciembre de 2014. De estas directrices se deriva la "Declaración sobre Escuelas Seguras", creada como instrumento para adoptar y aplicar las mismas. La Declaración quedó abierta para su adhesión durante la conferencia de educación llevada a cabo en Oslo, Noruega, el 28 y 29 de mayo de 2015<sup>14</sup>.

A pesar del desarrollo de estas pautas de acción y de la implementación de programas de acción humanitaria para garantizar el derecho a la educación en situaciones de conflicto armado, la educación es el sector menos favorecido dentro de tales programas. En el 2014, este sector tuvo la posibilidad de solicitar el 2.9% de ayuda humanitaria internacional, como resultado tan sólo obtuvo el 2% del presupuesto destinado<sup>15</sup>. En parte, esta situación se debe a que en el terreno de la asistencia humanitaria, la educación y el derecho a la educación, aún siguen siendo considerados como aspectos a resolver a largo plazo, mientras que la supervivencia, la seguridad y el buen gobierno son considerados como prioritarios.

---

<sup>14</sup> COALICIÓN GLOBAL PARA PROTEGER LA EDUCACIÓN DE ATAQUES, *Comentario de las "Directrices para Prevenir el Uso Militar de Escuelas y Universidades durante Conflictos Armados"*, GCPEA, 2015.

<sup>15</sup> EDUCATION FOR ALL GLOBAL MONITORING REPORT, *Policy Paper 21. Humanitarian Aid for Education: Why It Matters and Why More is Needed*, EFA, 2015, pág. 5.

### **3. EL IMPACTO DE LOS CONFLICTOS ARMADOS EN LA EDUCACIÓN: IMPACTOS INMEDIATOS Y A LARGO PLAZO**

Los conflictos armados debilitan los sistemas educativos, destruyen infraestructuras e instituciones educativas, producen pérdidas, generan lesiones y traumas psicológicos entre estudiantes y profesores; como también traen consigo desarraigo, destrucción de la vida familiar y comunitaria, aumento de la violencia social y de la pobreza, entre otros impactos negativos que paralizan u obstaculizan el proceso de aprendizaje y, por ende, el desarrollo de un país.

Según cifras de "Educación para Todos", se estima que aproximadamente más de 28.5 millones de niños y niñas en edad de escolaridad primaria no asisten a la escuela, de éstos 12.6 millones viven en el África subsahariana, 5.3 en Asia Meridional y Occidental y 4 millones en los Estados Árabes; la mayoría de países de estas regiones se encuentran en situación de conflicto armado. Aproximadamente un 95% de estos niños y niñas viven en países de ingresos medios bajos y bajos, mientras que un 55% es representado por mujeres, generalmente la población más afectada, debido a los diversos tipos de violencia sexual ejercida contra ellas<sup>16</sup>.

En los países pobres y en situación de conflicto armado, la probabilidad de terminar la educación primaria es de casi un 65%, en contraste con el 86% alcanzado por los países pobres que no se encuentran en conflicto armado. Respecto a la escolarización de la educación secundaria, los países en situación de conflicto registran una tasa de 48%, mientras que los países que no se encuentran en conflicto registran un 67%. Las tasas de alfabetización en países en conflictos alcanza aproximadamente un 79% para los jóvenes y un 69% para los adultos, mientras que los países sin conflicto armado tienen unas tasas de 93% y 85% respectivamente<sup>17</sup>.

Por todo ello, debido a las duras condiciones generadas por los conflictos armados y a la necesidad de proteger a la población civil durante los enfrentamientos, en el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 se hace una clara exigencia respecto a la protección de los niños y niñas y a la garantía de su derecho a la educación durante

---

<sup>16</sup> EDUCATION FOR ALL GLOBAL MONITORING REPORT, *Policy Paper 10. Children still battling to go to school*, EFA Global Monitoring Report, July 2013, pág. 2. Consultado en: <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002216/221668E.pdf> 15 de noviembre de 2015. Los datos de este reporte son la actualización más reciente del informe especial emitido en el 2011 por la UNESCO sobre educación y conflicto armado. Para más información véase: UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011. *The hidden crisis: Armed conflict and education*, UNESCO, París, 2011.

<sup>17</sup> UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011, *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., pág. 150 y 151.

el conflicto o la ocupación de un territorio por parte de una potencia extranjera. Entre las obligaciones señaladas en el Convenio, las partes deben asegurar la adecuada educación de los menores de 15 años que son huérfanos o han sido separados de sus padres o de una persona a su cargo y también de los que se encuentren retenidos, y facilitar siempre el mantenimiento de la educación. Pero, a pesar de lo establecido por el DIH, la educación sigue siendo uno de los derechos más vulnerados durante épocas de conflicto armado y ocupación militar extranjera, a continuación analizaremos algunos de los impactos más relevantes:

*-Ataques a niños, niñas y adolescentes:* De acuerdo con cifras de UNICEF, en el 2014 se estimó que alrededor de 230 millones de niños y niñas viven en países afectados por conflictos armados. De éstos, casi 15 millones no pueden escapar de conflictos que ocurren en países como República Centroafricana, Irak, Sudán del Sur, el Estado de Palestina, Siria y Ucrania. En Gaza fallecieron 538 niños y niñas debido a los enfrentamientos entre el ejército de Israel y el grupo armado Hamas durante el verano de 2014, más de 3.370 resultaron heridos y con algún tipo de discapacidad, 1.500 quedaron huérfanos y 54.000 quedaron sin hogar. Mientras que en Siria más de 7 millones de niños y niñas se encuentran atrapados en medio del conflicto y casi dos millones de niños y niñas se encuentran en situación de refugiados<sup>18</sup>. Durante los conflictos, esta población suele ser víctima de ataques violentos directos e indirectos, como la negación del derecho a la alimentación, agua potable, salud, vivienda y educación, violaciones y agresiones sexuales, reclutamiento forzado, desplazamiento forzado de sus comunidades, maltrato psicológico e intimidación, entre otros que afectan tanto el proceso de aprendizaje como a las condiciones de vida de esta población.

*-Ataques a las infraestructuras escolares:* Al igual que otros bienes de uso público, las escuelas suelen ser el blanco de los enfrentamientos durante los conflictos armados. Parte de las motivaciones de estos ataques, es el castigo ejercido a las instituciones estatales por parte de los grupos rebeldes o como una forma estratégica de perturbar la cotidianidad de las comunidades, en especial de estudiantes y maestros. Además, el ataque y destrucción de escuelas es una de las formas más simbólicas de destruir el tejido y la cohesión social. Adicionalmente, las infraestructuras escolares también son usadas como espacios para el reclutamiento forzoso de niños soldados y la implementación de

---

<sup>18</sup> UNICEF, *Children and emergencies in 2014 Facts & Figures*, UNICEF, New York, 2014. Consultado en: [http://www.unicef.org/media/files/UNICEF\\_Children\\_and\\_Emergencies\\_2014\\_fact\\_sheet\(1\).pdf](http://www.unicef.org/media/files/UNICEF_Children_and_Emergencies_2014_fact_sheet(1).pdf) 5 de noviembre de 2015.

campamentos militares por parte de los rebeldes<sup>19</sup>. Los ataques a las infraestructuras educativas también se presentan en las instituciones de educación superior, afectando también a estudiantes y profesores y, por ende, al sector académico y al desarrollo de los países. Entre los principales motivos para los ataques se encuentran: 1. las actividades académicas y manifestaciones que rechazan la politización de las universidades acorde con los intereses de las partes en conflicto; 2. la investigación o denuncia de violaciones de derechos humanos ejecutados por el gobierno o los actores armados; 3. los ataques a los estudiantes por motivos religiosos, por procedencia étnica o por la realización de investigaciones sobre el tema que se relacionan con las causas de los conflictos; y 4. la visibilidad o aumento de la producción académica durante los conflictos<sup>20</sup>. En este aspecto, el informe *Education Under Attack 2014* señala que en países como Afganistán, Colombia, Pakistán, Somalia, Sudan y Siria, entre el 2009 y el 2012, se registraron más de 1.000 ataques a escuelas, universidades y otras infraestructuras educativas<sup>21</sup>.

*-Violencia sexual y agresiones a niñas y mujeres:* desafortunadamente, ambos tipos de ataques hacia la población femenina han estado presentes en las guerras y los conflictos armados a lo largo de la historia. Entre las formas más conocidas de agresión se encuentran el abuso sexual, ya sea al interior de las milicias, cerca de lugares de interés público, como las escuelas y hospitales, y en momentos posteriores a los enfrentamientos entre las partes. Las poblaciones más vulnerables a estos abusos, aunque no exclusivamente, son las maestras, las niñas y adolescentes, quienes en algunos casos se ven obligadas a abandonar las escuelas debido a los constantes abusos o represalias<sup>22</sup>. Estas agresiones violentas producen traumas psicológicos que afectan al proceso de aprendizaje y a la vida de las estudiantes. Igualmente, su situación

---

<sup>19</sup> Ejemplos de estos casos se encuentran en Pakistán, donde, entre 2007 y 2009, alrededor de 172 escuelas ubicadas en la provincia de Khyber Pakhtunkhwa fueron destruidas o averiadas por los insurgentes. Un caso similar se registra en Gaza, durante la "Operación Plomo Fundido" llevada a cabo por el ejército de Israel, entre diciembre de 2008 y enero de 2009, se registraron daños en 280 escuelas y la destrucción total de 18. Hasta la fecha, algunas escuelas de la UNRWA siguen siendo utilizadas como lugares de resguardo para las personas que perdieron sus hogares durante la operación. BURDE, Dana, KAPIT-SPITALNY, Amy, WAHL, Rachel and GUVEN, Ozen, *Education and Conflict Mitigation: What the Aid Workers Say*, cit., pág. 15. O'MALLEY, Brendan, *Education Under Attack 2010*, UNESCO París, 2010, págs. 70 y 71.

<sup>20</sup> O'MALLEY, Brendan, *Education Under Attack 2010*, cit., págs. 73 y 74.

<sup>21</sup> GLOBAL COALITION TO PROTECT EDUCATION FROM ATTACK, *Education Under Attack 2014*, págs. 42 a 44. Consultado en: [http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua\\_2014\\_full\\_0.pdf](http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua_2014_full_0.pdf) 5 noviembre de 2015.

<sup>22</sup> BURDE, Dana, KAPIT-SPITALNY, Amy, WAHL, Rachel and GUVEN, Ozen, *Education and Conflict Mitigation: What the Aid Workers Say*, cit., pág. 16.

como víctimas de estas agresiones las estigmatiza, excluyéndolas y eliminando su participación en la sociedad. En muchos casos las agresiones y violaciones no son denunciadas por las víctimas debido al miedo por posibles nuevas agresiones, creencias culturales y religiosas, acceso limitado a la justicia y la impunidad por parte de las instituciones<sup>23</sup>.

-*Reclutamiento forzoso de niños y niñas soldado*: en el Artículo 30 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, se establece el respeto por las normas de DIH que se aplican directamente a la infancia, la no participación de menores de 15 años en los enfrentamientos y la especial protección a los menores de 18 años que participan en los conflictos. En contradicción con esta norma, en muchos conflictos armados las fuerzas armadas estatales o rebeldes practican el reclutamiento de menores, lo que constituye uno de los mayores obstáculos para el derecho a la educación en situaciones de conflicto. La participación de los menores en los ejércitos abarca el espionaje, el cuidado de campamentos, la vigilancia para la seguridad y defensa de otros combatientes, etc. Asimismo, como parte del entrenamiento en las milicias, reciben todo tipo de maltrato físico y psicológico y son obligados a cometer delitos en contra de su voluntad, como asesinar a sus familiares o amigos<sup>24</sup>. Estas experiencias tienen un profundo impacto psicológico en los niños y niñas, como víctimas y victimarios, quienes difícilmente logran reintegrarse a la vida civil y, además, finalizar su educación básica y secundaria<sup>25</sup>. Según el Informe del Secretario General de la ONU sobre "Los niños y los conflictos armados" del 2014, el reclutamiento y uso de niños y niñas por parte de los grupos armados continúa en aumento. En el 2013 la ONU registró más de 4.000 de casos de reclutamiento y utilización de menores, pero se estima que la cifra pueda ser aún mayor debido al alto porcentaje de impunidad<sup>26</sup>. En el 2014, el

---

<sup>23</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General sobre La violencia sexual relacionada con los conflictos*, S/2015/203, 23 de marzo de 2015. Consultado en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2015/203> 6 de noviembre de 2015.

<sup>24</sup> DAVIES, Lynn, *Education and Conflict: Complexity and Chaos*, Routledge Falmer, cit., págs. 101 y 103.

<sup>25</sup> Para conocer diferentes casos y cifras de niños soldados en diferentes países, se recomienda: COALITION TO STOP THE USE OF CHILD SOLDIERS, *The Child Soldiers Global Report 2013*; BEAH, Ishmael, *A Long Way Gone: Memoirs of a Boy Soldier*, Sarah Crichton Books, New York, 2007; CABALLERO, Chema, *Suluku, la historia de un niño soldado en Sierra Leona*, Fundación la Caixa, Barcelona, 2009; DENOV, Myriam, *Child Soldiers: Sierra Leone's Revolutionary United Front*, Cambridge University Press, Cambridge, 2010; y CRUZ ROJA ESPAÑOLA, Peter, *niño soldado. Testimonio de un niño forzado a combatir en Sierra Leona*, Ediciones Martínez Roca, Madrid, 2004.

<sup>26</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD Y ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General sobre Los niños y los conflictos armados*, A/68/878-S/2014/339, 15 de mayo de 2014, párrafo 9. Consultado en:

mismo organismo registró que entre los países con mayor número de reclutamientos se encuentran Afganistán, Chad, República Centroafricana, República Democrática del Congo, Irak y Somalia<sup>27</sup>. Asimismo, las niñas que son reclutadas sufren una situación especialmente grave, al ser sometidas a diversos tipos de violencia sexual, como ya lo hemos comentado antes, por su condición de mujer son tratadas como esclavas sexuales, obligadas a casarse con militares al mando u obligadas a tener abortos que ponen en riesgo sus vidas<sup>28</sup>.

*-Efectos físicos y psicológicos:* los conflictos armados ocasionan diversos tipos de daños físicos y psicológicos, que generan diferentes impactos tanto en las personas como en las sociedades. Generalmente, los impactos físicos producidos producen algún tipo de discapacidad a corto o a largo plazo cuya atención requiere de una rehabilitación integral. Ciertamente la discapacidad es una de las principales consecuencias derivadas de los conflictos armados y representa un enorme desafío para los países que se encuentran en esta situación y adicionalmente poseen altos índices de pobreza. Debido a estas condiciones, desde el momento en que las personas adquieren algún tipo de discapacidad, deben enfrentarse a un sistema lleno de vacíos y de falencias respecto a la atención temprana, servicios de salud, rehabilitación física y psicológica, entre otros aspectos, que hacen parte de una rehabilitación integral. Esta violación de sus derechos representa un obstáculo para la realización de su proyecto personal y para su integración en la sociedad, lo que se convierte en un círculo vicioso entre pobreza, exclusión, vulnerabilidad y conflicto.

Por otra parte, los traumas psicológicos generados por la violencia directa e indirecta hacia niños/as y maestros/as, afectan tanto el proceso de aprendizaje de los estudiantes como el rendimiento laboral de los profesores. Muchos de estos efectos se manifiestan en los altos niveles de estrés y ansiedad, fobias y bajos

---

<http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2014/339> 24 de noviembre de 2015.

<sup>27</sup> CONSEJO DE SEGURIDAD Y ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS, *Informe del Secretario General sobre Los niños y los conflictos armados*, A/69/926-S/2015/409, 5 de julio de 2015, Consultado en: <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2015/409> 24 de noviembre de 2015.

<sup>28</sup> Al respecto, es valioso destacar la historia de China Keitetsi, quien a los ocho años de edad fue forzosamente reclutada por el Ejército Nacional de Resistencia de Uganda, liderado por Yowere Museveni (presidente de Uganda desde 1986). En su libro, China relata la manera en que su identidad como mujer fue eliminada, sus derechos como niña fueron violados, fue sometida a todo tipo de violencia sexual, fue obligada a cometer varios crímenes, entre otros hechos que marcaron su infancia y adolescencia y que aún tienen un impacto en su vida como mujer adulta. Véase: KEITETSI, China, *Mi Vida De Niña Soldado: Me Quitaron a Mi Madre y Me Dieron un Fusil*, Trad. J. A. Bravo, Daeva, Madrid, 2005.

niveles de autoestima. Asimismo, la no oportuna atención de estos traumas, puede tener efectos a largo plazo en la vida emocional, social y laboral de las personas. Igualmente, la atención psicológica no debe limitarse a los primeros momentos de la emergencia, sino integrarse en espacios como la escuela, la familia y la comunidad<sup>29</sup>.

*-Desplazamiento forzado interno:* los desplazamientos forzados internos producidos por la violencia, constituyen una violación múltiple de los derechos y son, a la vez, un crimen de lesa humanidad. A diferencia de los refugiados, quienes también huyen de la violencia, las personas desplazadas internas permanecen en su mismo país. De acuerdo con el informe del *Internal Displacement Monitoring Centre* (IDMC) publicado en el 2015, para diciembre del 2014 se registraron 38 millones de desplazados internos en 53 países. La cifra presenta un aumento de 11 millones de desplazados internos más, que representa un 15% de incremento respecto al 2013. Entre los países con mayor número de desplazados internos se encuentran Siria (7.6 millones), Colombia (6 millones) e Irak (3.3 millones)<sup>30</sup>.

Desafortunadamente, no existen aún instrumentos jurídicos internacionales vinculantes que promuevan el respeto y cumplimiento de los derechos de las personas que han sufrido desplazamiento forzoso. Tan sólo existen los Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas, que, a partir de lo establecido por otros instrumentos de protección de derechos humanos, buscan promover el reconocimiento de los derechos de esta población. Ante esto, la responsabilidad de garantizar sus derechos recae directamente en los Estados y sus instituciones. Y aunque en algunos países los tribunales de justicia nacionales han hecho algunos avances al respecto, aún existen muchas barreras que impiden a estas personas acceder y gozar de sus derechos como el resto de los ciudadanos. En consecuencia, el acceso al derecho a la educación es muy limitado para los niños, niñas y adolescentes desplazados internos. Por ejemplo, en Colombia un 51% de los jóvenes desplazados asisten a la escuela secundaria, a diferencia del 63% de los jóvenes no desplazados. Igualmente, en la República Democrática del Congo tan sólo el 34% de los niños y niñas desplazados tienen acceso a la educación básica, mientras

---

<sup>29</sup> DAVIES, Lynn, *Education and Conflict: Complexity and Chaos*, cit., págs. 99 y 100.

<sup>30</sup> INTERNAL DISPLACEMENT MONITORING CENTRE, *Global Overview 2015, People internally displaced by conflict and violence*, Geneva, Internal Displacement Monitoring Centre, Norwegian Refugee Council 2015, pág. 10. Consultado en: <http://www.internal-displacement.org/assets/library/Media/201505-Global-Overview-2015/20150506-global-overview-2015-en.pdf> 24 de noviembre de 2015.

que el promedio nacional de niños y niñas no desplazados que asisten es del 52%<sup>31</sup>.

-*Refugiados*: según las últimas cifras de ACNUR<sup>32</sup>, al finalizar el 2013 se registraron un total de 16.7 millones de refugiados, entre los que también se encuentran los 5 millones de palestinos refugiados registrados en el mismo año por la UNRWA. Los países que cuentan con mayor número de refugiados son Siria, Territorios Palestinos Ocupados, Afganistán, Irak, Somalia, Sudán y República Democrática del Congo. A diferencia de las personas desplazadas, las personas refugiadas sí cuentan con un marco jurídico internacional que protege sus derechos y establece las obligaciones de los Estados al respecto. Se trata de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, donde se obliga a los Estados a garantizar, entre otros derechos, la educación básica, de la misma forma que a sus ciudadanos y ciudadanas. No obstante, la mayoría de niños y niñas deben enfrentar muchos obstáculos para acceder y disfrutar de este derecho. Por ejemplo, la negación del acceso a la oferta educativa, ya que los gobiernos de la mayoría de países de acogida no pueden proporcionar la enseñanza básica a sus propios ciudadanos. Asimismo, estos países tampoco cuentan con infraestructuras y recursos adecuados, ofreciendo así una educación de baja calidad. Y aunque, en algunos casos, los niños y niñas pueden acceder a la oferta educativa, deben enfrentarse a aprender en una lengua que no es la suya, lo que dificulta su proceso de aprendizaje<sup>33</sup>. De acuerdo con estudios realizados por ACNUR, en 92 de sus campamentos y 47 entornos urbanos de 73 países, el Promedio de Tasa de Matricula –PTM- en la escuela primaria, entre niños de 6 a 11 años de edad, fue del 72%. Mientras que la PTM en educación secundaria, entre adolescentes de 12 a 17 años de edad, fue de un 36%. Lo que evidencia las pocas posibilidades que tiene esta población de terminar sus estudios y lograr mejores oportunidades en el futuro. Así mismo, el acceso a los servicios educativos puede variar entre países y localidades. Por ejemplo, para el 2009 en Kenia se registró un 51% de PTM en educación primaria, y en los campamentos de Dadaab y Kakuma, ubicados en Kenia, se registraron tasas de un 56% y 79% respectivamente. Respecto a las tasas de PTM en educación secundaria, en Nairobi fueron de un 52%, en Dadaab un 21% y en Kakuma un 19%<sup>34</sup>.

Por otra parte, y en adición a estos efectos inmediatos, los conflictos también tienen una serie de impactos a largo plazo sobre la educación, producidos por la prolongación de los conflictos y la

---

<sup>31</sup> UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011, *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., págs. 178 y 179.

<sup>32</sup> UNHCR, *UNHCR Mid-Year Trends 2014*, UNHCR, 2014, pág. 3.

<sup>33</sup> UNHCR, *Handbook for emergencies*, UNHCR, 2011. pág. 94.

<sup>34</sup> UNHCR, *Refugee Education A Global Review*, UNHCR, Geneva, 2011, pág. 22-23.

persistencia de ataques durante un extenso número de años. Entre estos efectos se pueden incluir el abandono permanente de estudiantes, docentes y personal administrativo, la interrupción o retroceso en los avances educativos, la escasez de oferta educativa, la disminución de la calidad de los servicios educativos y, obviamente, las lesiones y muertes de los maestros y estudiantes, entre otros. A pesar de la poca información e investigación al respecto, O'Malley se ha dedicado a analizar y clasificar estos efectos de la siguiente manera: 1. efectos sobre los docentes y la enseñanza, 2. efectos sobre los estudiantes y el aprendizaje, 3. efectos sobre la infraestructura, 4. efectos sobre la administración educativa, y 5. efectos simbólicos, que explicaremos a continuación<sup>35</sup>:

Respecto a los *efectos sobre los docentes y la enseñanza*, O'Malley los contempla desde las siguientes tres subcategorías:

- *La pérdida de profesores*: los ataques contra las infraestructuras y las amenazas de muerte pueden llevar a los profesores a la renuncia de sus puestos de trabajo y la huida de su comunidad e incluso del país. En este aspecto, según el *informe Education Under Attack 2014*, en Colombia, durante el 2009 y el 2012, 305 maestros y maestras fueron obligados a abandonar sus hogares debido al alto riesgo que corrían sus vidas<sup>36</sup>.
- *Amenazas y asesinatos de profesores*: los asesinatos selectivos de maestros y las amenazas de muerte en las comunidades más locales, afectan la seguridad, el ánimo y la capacidad de enseñanza de los maestros. Volviendo al caso de Colombia, según el *informe Education Under Attack 2014*, este país es uno de los lugares más inseguros en el mundo para los maestros y maestras, ya que presenta el índice más alto de personal docente asesinado o con amenazas de muerte. Según cifras registradas entre el 2009 y el 2012, más de 140 maestros y maestras fueron asesinados y 1.806 recibieron amenazas<sup>37</sup>.
- *La reducción de la calidad en los docentes*: los ataques a las instituciones de educación superior y de formación del profesorado restringen la investigación, el avance del desarrollo en contenidos de enseñanza y la formación pedagógica. Como

---

<sup>35</sup> O'MALLEY, Brendan, *The longer-term impact of attacks on education on education systems, development and fragility and the implications for policy responses*, Background paper prepared for the Education for All Global Monitoring Report 2011 *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., págs. 4 a 14.

<sup>36</sup> GLOBAL COALITION TO PROTECT EDUCATION FROM ATTACK, *Education Under Attack 2014*, pág. 14. Consultado en: [http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua\\_2014\\_full\\_0.pdf](http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua_2014_full_0.pdf) 23 de noviembre de 2015.

<sup>37</sup> GLOBAL COALITION TO PROTECT EDUCATION FROM ATTACK, *Education Under Attack 2014*, pág. 14. Consultado en: [http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua\\_2014\\_full\\_0.pdf](http://protectingeducation.org/sites/default/files/documents/eua_2014_full_0.pdf) 23 de noviembre de 2015.

consecuencia, se reduce la capacidad de formación docente, los docentes se desmotivan al no encontrar espacios de capacitación y se reduce el número de jóvenes interesados en formarse como maestros.

Con relación a los *efectos sobre los estudiantes y el aprendizaje*, los ataques persistentes conllevan el cierre de un gran número de escuelas y, por ende, la baja del número de matrículas y asistencia escolar. Y el cierre de escuelas por un determinado período, lleva a un retroceso o estancamiento del proceso educativo. Según informes realizados por el Instituto de Estadística de la UNESCO –IEU–, los países que se encuentran en conflicto armado tienen un alto riesgo de interrumpir o hacer retroceder los avances en materia de educación<sup>38</sup>. Por ejemplo, en Afganistán los 20 años de conflicto antes de 2001 produjeron una pérdida de 5,5 años de escolaridad. En el caso de Mozambique, la guerra civil produjo una pérdida de 5 años de escolaridad. La invasión de Iraq desde el 2003, ha producido un retraso de 1.4 años. Estos retrocesos en materia de educación no sólo afectan las vidas de los estudiantes, sino que, a la vez, tiene efectos a largo plazo en el crecimiento económico del país, las oportunidades laborales o la reducción de la pobreza, entre otros factores estructurales<sup>39</sup>.

El estancamiento en los estudios también tiene relación con la violencia y el abuso sexual por parte de las fuerzas de seguridad y los grupos armados hacia las niñas y mujeres, especialmente cuando éstas van camino a la escuela. Muchas de ellas resultan embarazadas y son obligadas a convertirse en madres y esposas de sus opresores, olvidadas y excluidas, no continúan sus estudios, postergando o eliminando sus futuras oportunidades laborales y de participación en la sociedad. Adicionalmente, los continuos ataques, el no acceso a un oportuno y adecuado tratamiento psicológico y los prolongados cierres de las escuelas, provocan fracaso escolar, abandono y exclusión. Si bien O'Malley centra su atención en el impacto de los ataques en el proceso de aprendizaje, es necesario señalar el impacto directo que tienen éstos sobre las vidas de los y las estudiantes. Dichos ataques son, a su vez, empleados como arma política para enviar mensajes de amenaza a la comunidad educativa y en general. Tres recientes y simbólicos casos al respecto son los de México, Nigeria y Kenia. En el primero de ellos, el 26 de septiembre de 2014 se registró la demanda por desaparición forzada de 43 estudiantes que se preparaban para ser docentes en la escuela normalista de Ayotzinapa, en el estado de Guerrero. El crimen se le atribuye a la policía municipal que opera mancomunadamente con el crimen organizado, en medio del conflicto armado interno. Las investigaciones al respecto continúan

---

<sup>38</sup> UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011, *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., pág. 208.

<sup>39</sup> Op. cit., pág. 211.

pero avanzan de manera lenta, sin resultados y enjuiciamientos concretos, evidenciando así el nivel de impunidad del sistema judicial mexicano<sup>40</sup>. Mientras que en el caso de Nigeria, el grupo armado islámico Boko Haram ha perpetrado deliberadamente ataques y amenazas contra maestros y estudiantes con el fin de evitar que éstos asistan a escuelas no islámicas, ya que lo consideran un pecado y un símbolo del imperialismo Occidental. Con este pretexto, durante el 2012 y el 2013, el grupo armado asesinó a más de 100 niños y niñas y más 70 maestros y maestras, quemó más 50 escuelas, obligó al cierre de 60 escuelas y forzó la expulsión de estudiantes de todas las escuelas de los estados de Adamawa, Borno, Yobe y Kaduna. Uno de los hechos más simbólicos llevados a cabo por el grupo fue el secuestro de más de 200 niñas, que fueron raptadas mientras atendían sus clases. A pesar de que algunas lograron escapar, más de la mitad de ellas no han regresado a sus hogares y se presume que han sido víctimas del tráfico de personas, especialmente con fines sexuales<sup>41</sup>. Finalmente, en Kenia, en abril de 2015, al menos 147 personas, la mayoría de ellas estudiantes, fueron asesinadas en las instalaciones de la Universidad de Garissa. La masacre fue cometida por militantes de al-Shabab un grupo armado radical islámico que posee vínculos con Al Qaeda. Al-Shabab surge en Somalia en el 2003 y tiene como principal misión convertir a este país en un Estado islámico y expandir dicho modelo en todo el continente africano, para ello su principal estrategia es perseguir a los no-musulmanes, incluyendo cristianos, como es el caso de al menos la mayoría de los estudiantes asesinados<sup>42</sup>.

Por otra parte, y continuando con el análisis de los efectos de los conflictos sobre la educación, encontramos los *efectos sobre la infraestructura*, que suelen ser de los más visibles durante y después de los conflictos, ya que los ataques y daños a la infraestructura de las instituciones escolares es uno de los principales obstáculos para el acceso al derecho a la educación en todos los niveles. La rehabilitación de las infraestructuras requiere de planeación, tiempo y recursos. En países o zonas en conflicto, el

---

<sup>40</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *Mexico submission to the un committee on enforced disappearances*, London 2015, pág. 5. Consultado en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/AMR4100012015ENGLISH.pdf> 23 de noviembre de 2015.

<sup>41</sup> AMNESTY INTERNATIONAL, *'Keep away from schools or we'll kill you': Right to education under attack in Nigeria*, London, 4 October 2013. Consultado en: <https://www.amnesty.org/download/Documents/12000/afr440192013en.pdf> 23 de noviembre de 2015. AMNESTY INTERNATIONAL, *Amnesty International Report 2014/15*, "Nigeria". Consultado en: <https://www.amnesty.org/en/countries/africa/nigeria/report-nigeria/> 23 de noviembre de 2015.

<sup>42</sup> BBC, "Kenya attack: 147 dead in Garissa University assault", Abril 03 de 2015. Consultado en: <http://www.bbc.com/news/world-africa-32169080> Abril 27 de 2015.

inicio de obras de rehabilitación y reconstrucción se retrasan debido a las difíciles condiciones económicas o los constantes ataques directos a las escuelas. En países como Sierra Leona, tres años después de que terminara el conflicto, se registró que alrededor del 60% de las escuelas primarias y un 40% de las escuelas secundarias requerían rehabilitación y reconstrucción. Muchas de estas escuelas sufrieron daños durante los primeros años del conflicto y permanecieron así durante los diez años del mismo<sup>43</sup>.

Después de la rehabilitación y reconstrucción de las infraestructuras educativas, uno de los más importantes retos de los sistemas educativos consiste en restablecer los *efectos sobre la administración educativa*. En muchos casos, durante y después de los conflictos, los sistemas educativos estatales no cuentan con el suficiente capital económico y humano para restablecer sus servicios, contratar el personal administrativo y docente adecuado o recuperar los sistemas de registro averiados tras el impacto de los ataques, entre otros. Al respecto, uno de los casos más significativos es el de los TPO, debido a los efectos de la masacre de cientos de palestinos y la expulsión de cerca de 750.000 personas en 1948, la UNRWA debió suministrar los servicios educativos a miles de niños y niñas palestinos refugiados, convirtiéndose hasta la fecha en un importante soporte para el sistema educativo palestino, el cual aún no ha podido garantizar el derecho a la educación de su población. Según cifras del organismo, a julio de 2014 se había registrado un total de 479.519 estudiantes refugiados matriculados en el sistema, de los cuales un 49.8% eran mujeres<sup>44</sup>.

Por último, sobre los *efectos simbólicos*, O'Malley afirma que existen dos principales tipos de efectos simbólicos: psicológicos y sociales. En primer lugar, los efectos psicológicos surgen a raíz de los constantes ataques directos a los estudiantes, profesores e infraestructuras. Muchos de éstos se reflejan en los altos niveles de estrés y paranoia frente a posibles futuras agresiones. Hechos como la muerte de algún familiar o de un compañero de clase y los constantes ataques a las infraestructuras físicas generan una serie de traumas y fobias que les impide a los estudiantes continuar adecuadamente con su proceso de aprendizaje, como también participar de manera activa en su sociedad.

Los profesores y el personal administrativo también pueden padecer el mismo tipo de temores y niveles de ansiedad y estrés. Las causas de ello están generalmente relacionados con la muerte o lesiones de algunos de sus estudiantes o colegas, los ataques de

---

<sup>43</sup> UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011, *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., pág. 213.

<sup>44</sup> UNRWA, *UNRWA in figures 01-July 2014*, UNRWA, 2015, pág. 1. Consultado en: [http://www.unrwa.org/sites/default/files/in\\_figures\\_july\\_2014\\_en\\_06jan2015\\_1.pdf](http://www.unrwa.org/sites/default/files/in_figures_july_2014_en_06jan2015_1.pdf) 24 de noviembre de 2015.

violencia directos mientras ejercían su labor y las amenazas de muerte. Dichas situaciones, obviamente, provocan en ellos altos niveles de estrés y ansiedad, que les impide concentrarse en su trabajo y relacionarse adecuadamente con su entorno familiar y laboral. Un efecto colateral de esta situación es la ansiedad que los profesores transmiten a sus estudiantes, lo cual puede aumentar los niveles de temor y ansiedad generalizada. Por último, el abandono de las clases por parte de los profesores debido a sus temores y amenazas, conlleva la cancelación de las clases y el cierre de las escuelas debido a la falta de personal.

Respecto a los efectos simbólicos sociales, éstos corresponden a los efectos ideológicos y sociales que tienen los ataques frente a la educación y la sociedad en general. Para Vernor Muñoz, ex Relator Especial de la ONU sobre el Derecho a la Educación, estos ataques son la promulgación del miedo entre las personas y la negación del derecho a la educación, como también de los valores y propósitos que ésta tiene. El ataque a las escuelas y la comunidad educativa, significa también un rechazo a las posibilidades de construir sociedades más justas, democráticas y con mejores oportunidades para todos sus miembros. Asimismo, la violencia sexual y las agresiones hacia niñas y mujeres en las escuelas y fuera de ellas, demuestra el rechazo social a la mujer, a sus derechos, y elimina su importancia en la sociedad<sup>45</sup>.

Finalmente, también es necesario señalar una forma menos visible de atacar el derecho a la educación, se trata de la inversión económica en gasto militar que los países en conflicto realizan para la seguridad y defensa, en vez de invertir en educación, salud o justicia. Esta inversión también la llevan a cabo los países donantes y en desarrollo, que dedican mayor porcentaje al gasto militar que en ayuda internacional para la atención humanitaria. De acuerdo con cifras de UNESCO, 21 de los países más pobres del mundo gastan más en armamento y seguridad que en servicios de educación primaria. En países como Etiopía, el presupuesto militar supera dos veces la inversión en educación primaria, mientras que en el Chad se invierte cuatro veces más y en Pakistán siete<sup>46</sup>. Aunque cada país tiene sus prioridades ante la inversión militar, los gobiernos deben reflexionar frente al desbalance de recursos para cubrir otras necesidades, como los servicios de alimentación, salud y educación. El estudio también señala que una pequeña reducción en los gastos militares puede llegar a ser una importante inversión

---

<sup>45</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, *Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación en situaciones de emergencia, A/HRC/8/10, 20 de mayo de 2008, pág. 2.*

<sup>46</sup> Véase: UNESCO, EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011, *The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., págs. 148 y 149.

en educación. Por ejemplo, si los 21 países anteriormente mencionados redujeran tan sólo un 10% del gasto militar y lo invirtieran en servicios de educación básica, esto permitiría que 9.5 millones de niños y niñas accedieran a la escuela, lo que equivale al actual 40% de la población infantil sin escolarizar<sup>47</sup>.

#### **4. MARCO LEGAL PARA LA DEFENSA Y GARANTÍA DEL DERECHO A LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO**

El derecho a la educación, como todos los derechos consagrados por el DIDH, debe ser protegido tanto en tiempo de paz, como en tiempos de conflicto armado y en otras emergencias. Para cumplir con ello, los Estados tienen la obligación jurídica de proteger y garantizar el derecho a la educación en condiciones de calidad, que satisfaga las diversas necesidades y que también sea accesible a aquellas personas con estatus jurídico de refugiado/a, niño/a soldado o desplazado/a interno/a<sup>48</sup>.

Como primer instrumento jurídico, encontramos la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que en su artículo 26 establece tres principios básicos que componen el derecho a la educación, a saber: 1. Toda persona tiene derecho a la educación; la instrucción elemental y fundamental debe ser gratuita. 2. La educación tiene por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales, como también favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos. Y 3. Los representantes legales de los niños y niñas tienen el derecho a elegir la educación preferente para ellos y ellas. Estos principios han sido desarrollados y adoptados en otros instrumentos de protección de los derechos humanos<sup>49</sup>.

En segundo lugar, encontramos el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966, que hace

---

<sup>47</sup> Op. cit., págs. 153 y 154.

<sup>48</sup> Para ampliar información al respecto, recomendamos consultar: HYLLE-LARSEN, Peter, *Background paper prepared for the Education for All Global Monitoring Report 2011, The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., y MOZAH, Sheikha, "International law and the protection of education systems", en UNESCO, *Protecting Education from Attack A State-of-the-Art Review*, UNESCO, París, 2010.

<sup>49</sup> En cuanto a los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, se encuentran: La Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José", el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981, el Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre los Derechos de las Mujeres en África de 1998 y la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2005.

referencia al derecho a la educación en los artículos 13 y 14. De manera especial, en el artículo 13 se abordan los fines y propósitos de la educación como el pleno respeto por la dignidad humana, fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Tales propósitos deben darse en el marco de una sociedad libre que favorezca la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las diversas actividades a favor del mantenimiento de la paz. Los Estados parte de este Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación, convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Respecto al artículo 14 del Pacto, los Estados se comprometen a establecer la enseñanza primaria de forma obligatoria y gratuita para todos y todas de manera progresiva.

En cuanto a los derechos particulares de la infancia y la niñez, los instrumentos más relevantes son la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 y la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989. El primero de estos instrumentos consagra el derecho a la educación en dos de sus principios: el principio 7 establece que todo niño y niña tiene derecho a recibir educación de manera gratuita y obligatoria, al menos en la etapa elemental de instrucción. La educación debe ofrecerse en condiciones de igualdad y debe fortalecer el fomento de la cultura general y el desarrollo de aptitudes que les permita participar adecuadamente en la sociedad. En el principio 10 menciona que el niño debe ser protegido de toda práctica discriminatoria y educado desde el espíritu de la comprensión, la amistad, la tolerancia y la paz universal. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 consagra el derecho a la educación en los artículos 28 y 29. El artículo 28 promueve la educación primaria, gratuita y obligatoria, e insta a los Estados al desarrollo de una educación secundaria accesible y de otras formas de aprendizaje. Mientras que en el artículo 29 se establece que el principal propósito de la educación consiste en contribuir al pleno desarrollo de la personalidad, las aptitudes y las capacidades psicológicas y físicas de los niños y las niñas. Asimismo, afirma que la educación debe promover el respeto y cumplimiento de los derechos, libertades fundamentales y principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas. Por último, este artículo explica que la educación debe orientarse a desarrollar en los niños y las niñas todas las habilidades necesarias para emprender un proyecto de vida autónomo y responsable, con el fin de que puedan participar en una sociedad libre, en la que se promuevan

valores como la igualdad, la justicia, la solidaridad y el rechazo a toda forma de discriminación<sup>50</sup>.

En el caso de los conflictos armados, el DIH, en el Cuarto Convenio de Ginebra, relativo a la protección de personas civiles en tiempo de guerra de 1949, en su Artículo 50 establece que la Potencia ocupante debe facilitar el buen funcionamiento de los establecimientos dedicados a la asistencia y educación de los niños y niñas. También, en aquellos casos en que las instituciones locales resulten averiadas, la Potencia ocupante deberá llevar a cabo medidas para garantizar la manutención y educación de las personas, procurando recurrir a personal con la misma nacionalidad, idioma y religión. El Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1977 sobre la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional establece, en el Artículo 4.3a, la obligación de garantizar el cuidado y la ayuda para todos aquellos que lo necesiten. Entre ellos, permitir el acceso a la educación, incluida la educación religiosa o moral, conforme a los deseos de los padres o de las personas que tengan la guarda de los niños y niñas. A la vez, la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 establece, en su Artículo 22, que las personas en condición de refugiadas tienen el derecho al acceso a la enseñanza elemental con el mismo trato que los nacionales del país en el que se encuentran y, respecto a la educación no elemental, tienen el derecho a recibir un trato no menos favorable que el ofrecido a los extranjeros.

Respecto a las personas en situación de desplazamiento forzoso, encontramos los "Principios Rectores de los Desplazamientos Internos de las Naciones Unidas", que basados en lo establecido por el DIH y el DIDH, buscan promover el respeto y garantía de los derechos de esta población. Específicamente, en su Principio 23 establece que todo ser humano tiene el derecho a la educación y que, para hacerlo efectivo, las autoridades competentes deben asegurar a los desplazados internos, especialmente a los niños y niñas, el servicio de educación gratuita y obligatoria en el nivel primario, respetando su identidad cultural, religión e idioma.

---

<sup>50</sup> Otros instrumentos en los que se establece al acceso y goce del derecho a la educación son: 1) La Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer de 1979, que en su artículo 10 establece las obligaciones que tienen los Estados para eliminar la discriminación y asegurar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres; 2) la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de 1965, en cuyo artículo 7 se pide a los Estados tomar medidas en las esferas de la enseñanza, la educación, la cultura y la información, para combatir los prejuicios que conduzcan a la discriminación racial; y 3) la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad del 2006, que en su artículo 24 establece las medidas que se deben tomar para garantizar el derecho a la educación por parte de esta población.

Asimismo, deben garantizar la plena igualdad de participación de las niñas y mujeres en los diferentes programas educativos.

De todos modos, como pudimos apreciar en el apartado dedicado a los efectos de los conflictos armados en la educación, son muchos y diversos los ataques perpetrados contra los niños y niñas, jóvenes, maestros y maestras, como también contra la infraestructura escolar y la administración educativa. Estos traen consecuencias negativas respecto a la oferta y el acceso al sistema educativo y a la calidad y diversidad de los servicios educativos. Es decir, afecta a las dimensiones que componen el derecho a la educación, las cuales permiten la plena garantía y goce de este derecho. La ausencia o debilitamiento de alguna de estas dimensiones, tanto en tiempo de conflicto como de estabilidad, supone un riesgo para el cumplimiento y garantía del derecho a la educación.

Según la ex Relatora Especial de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, Katarina Tomaševski, el derecho a la educación posee al menos tres grandes dimensiones: 1) La dimensión sobre la naturaleza y el alcance normativo del derecho a la educación, que se deriva de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos, las constituciones nacionales y las leyes locales. 2) La dimensión sobre la realización de todos los derechos humanos a través del derecho a la educación, es decir, la promoción y garantía del respeto de todos los derechos humanos como un proceso de aprendizaje en sí mismo. Y 3) la dimensión sobre el papel del derecho a la educación como multiplicador de los derechos humanos, lo que implica que el adecuado y oportuno acceso al derecho a la educación contribuye al pleno disfrute de otros derechos y libertades<sup>51</sup>. En relación con estas tres dimensiones, el derecho a la educación posee cuatro componentes que han sido organizados por la ex Relatora a través del sistema de las 4-A: *availability, accessibility, acceptability y adaptability*, que en español se traducen como: *disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad*. Así, este sistema busca tres objetivos fundamentales: informar sobre la situación del derecho a la educación alrededor del mundo, promover el respeto y cumplimiento del derecho a la educación de acuerdo a lo establecido por el DIDH y asesorar a los Estados y sus respectivas instituciones para la elaboración de planes y programas que contribuyan a garantizar el efectivo cumplimiento del derecho a la educación. Y analizando ahora cada uno de ellos, se sostiene que<sup>52</sup>:

---

<sup>51</sup> TOMAŠEVSKI, Katarina, *Human rights obligations: making education available, accessible, acceptable and adaptable*. Gothenburg: Novum Grafiska AB, 2001.

<sup>52</sup> ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, CONSEJO DE DERECHOS HUMANOS, Informe del Relator Especial sobre el derecho a la educación, Vernor Muñoz, *Promoción y Protección de Todos los Derechos Humanos, Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales, Incluido el Derecho al Desarrollo, El derecho a la educación en situaciones de emergencia*, cit.

*-Disponibilidad:* consiste en la obligación que tiene el Estado de suministrar los recursos que permitan recibir adecuadamente el derecho a la educación. Entre ellos, asignaciones fiscales, número y tipos de escuelas acondicionadas para niños y niñas en edad escolar, adecuado personal docente que cuente con oportunidades de educación y formación, contratación, derechos laborales y libertades sindicales. La disponibilidad también implica dos tipos de obligaciones gubernamentales: la primera se relaciona con la característica del derecho a la educación como un derecho civil y político, que obliga a los Estados a permitir el establecimiento de instituciones educativas por parte de actores o sectores no estatales. La segunda obligación se deriva de la característica del derecho a la educación como derecho económico, social y cultural, que insta a los Estados a establecer y financiar los medios que garanticen la disponibilidad de la educación. Igualmente, la disponibilidad de instrucción académica constituye un pilar del derecho individual a la educación, así como el incumplimiento de ésta por parte de los Estados indica una manifiesta violación del derecho a la educación<sup>53</sup>.

*-Accesibilidad:* este segundo componente busca garantizar que las instituciones y los programas educativos que se encuentran disponibles sean accesibles para todos los niños y niñas. Según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales-DESC-, el criterio de *accesibilidad* posee tres dimensiones: a) la no discriminación, que establece que la educación debe ser accesible para todas las personas, especialmente para los más vulnerables; b) la accesibilidad material, es decir, que la educación debe ser asequible materialmente desde su ubicación geográfica; y c) la accesibilidad económica, que implica que la educación debe ser accesible económicamente de acuerdo con las condiciones socio económicas de las personas. Por último, entre las medidas que deben tomar los Estados para cumplir con el criterio de accesibilidad en el sistema educativo, se encuentran: la eliminación de las barreras legales y administrativas, la eliminación de los obstáculos financieros, la identificación y eliminación de las normas discriminatorias de acceso y la eliminación de los obstáculos que impidan el adecuado aprovechamiento de la escolarización, como los horarios, ubicación geográfica u honorarios de maestros, entre otros. Especial consideración implica la accesibilidad del sistema educativo para las personas con discapacidad, tanto en lo referido a la eliminación de barreras arquitectónicas, como a la "accesibilidad

---

<sup>53</sup> NACIONES UNIDAS, *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Informe provisional de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación, Katarina Tomaševski, presentado de conformidad con la resolución 1999/25 de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/2000/6*, 1 de febrero de 2000, Párrafo 32.

universal” respecto a cualquier obstáculo que pudiera dificultar el real disfrute igualitario de este derecho<sup>54</sup>.

*-Aceptabilidad:* esta dimensión insta a los Estados a establecer unas normas mínimas que regulen la calidad de los programas, métodos y servicios educativos, con el fin de que la calidad de la educación sea aceptable para padres, niños y niñas. Adicionalmente, la calidad de la educación implica el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos de derechos, el disfrute del proceso de aprendizaje en un adecuado lenguaje y con la especial garantía de proporcionar educación bilingüe a aquellos grupos étnicos que lo necesiten. Entre otras medidas que deben desarrollar los Estados para garantizar la aceptabilidad del sistema educativo se hallan: la elección de los padres de la educación para sus hijos bajo el adecuado cumplimiento y respetos de los derechos humanos, la aplicación de normas mínimas para la calidad, seguridad y salud ambiental, etc.

*-Adaptabilidad:* se refiere a la obligación que tienen los Estados de garantizar que la educación se adapte a las necesidades de los niños, niñas, la comunidad educativa y la sociedad en general, y no al contrario. Para lograrlo, los Estados deben eliminar todo tipo de barreras y discriminación presentes en el sistema educativo, como también implementar todo tipo de medidas que garanticen la adecuada permanencia de los estudiantes. La adaptabilidad implica, a su vez, un cambio en el enfoque en la manera en que se presta el servicio, ya que ésta exige a las instituciones educativas realizar un esfuerzo para adaptarse a las necesidades de aprendizaje de acuerdo a las condiciones físicas, psicológicas y socioeconómicas de los estudiantes. De esta manera, se busca garantizar la plena integración educativa de niños y niñas, pertenecientes a poblaciones vulnerables, como las personas con discapacidad, con talentos excepcionales, déficit de atención, niños y niñas indígenas, desplazados, refugiados, trabajadores, privados de su libertad y aquellos vinculados a ejércitos regulares e irregulares. La adaptabilidad implica lo que también se denomina como *educación inclusiva*, generalmente entendida como el tipo de educación que busca identificar y responder a las diversas necesidades educativas de las niñas, niños y adolescentes. Así, la educación se entiende como un proceso de formación proactivo en el que la comunidad educativa identifica y remueve las barreras y obstáculos de exclusión fundados en diferencias étnicas, lingüísticas, de origen, de condición social y económica, de creencias, de capacidades, entre otras, que no les permite a los y

---

<sup>54</sup> Véase: Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de 2006, especial atención al Artículo 9 “Accesibilidad” y al Artículo 24 “Educación”.

las estudiantes acceder a una educación de calidad en igualdad de oportunidades<sup>55</sup>.

## **5. SUPERANDO LA PARADOJA DE LA EDUCACIÓN EN SITUACIONES DE CONFLICTO ARMADO: LA EDUCACIÓN COMO GENERADORA DE VIOLENCIA O COMO CONSTRUCTORA DE PAZ**

Durante la década de los setenta, tanto el área de las Ciencias de la Educación como de la Sociología analizaron la relación dialéctica entre educación y sociedad. Autores como Gramsci, Bourdieu, Passeron y Althusser, intentaban explicar cómo la educación y la escuela actuaban como instrumentos de reproducción de las desigualdades sociales<sup>56</sup>. Sin embargo, la relación dialéctica entre educación y conflicto ha sido estudiada de manera más reciente. Los primeros intentos se hallan en la "Declaración Mundial sobre Educación para Todos" de 1990, en la que se hace referencia a los conflictos como un obstáculo para el adecuado acceso al derecho a la educación. Igualmente, el cambio [en el](#) interior de la acción humanitaria durante la década los noventa, contribuyó a visibilizar las necesidades y desafíos de la educación en situaciones de conflicto armado y la ubicó como una acción prioritaria dentro de su labor.

Sin embargo, sólo hasta el año 2000 un estudio realizado por UNICEF logró un análisis más profundo sobre las implicaciones de la educación en los conflictos y las posibilidades de construcción de paz a partir de la educación, nombrando ambos aspectos como *las dos caras de la educación*<sup>57</sup>. Más adelante, autores como Davies<sup>58</sup> y uno de los más recientes informes anuales de la UNESCO<sup>59</sup> han ampliado y contribuido al respecto.

Como hemos explicado, los conflictos armados generan una serie de efectos negativos en el acceso al derecho a la educación y, por consiguiente, en el proceso de aprendizaje de las personas y las

---

<sup>55</sup> UNESCO, *Overcoming Exclusion through Inclusive Approaches in Education: A Challenge and a Vision*, UNESCO, París, 2003, pág. 7 y TOPPING, Keith, MALONEY, Sheelagh, *The RoutledgeFalmer Reader in Inclusive Education*, New York, 2005, págs. 31 a 33.

<sup>56</sup> Véase: GRAMSCI, Antonio, *La alternativa pedagógica*, Nova Terra, Barcelona, 1973, BORDIEU, Pierre y PASSERON, Jean-Claude, *La reproducción. Elementos para una teoría del sistema de enseñanza*, Fontamara, Barcelona, 1996 y ALTHUSSER, Louis, *Ideología y aparatos ideológicos del Estado*, Trad. de Freud y Lacan, Nueva Visión, Buenos Aires, 1988.

<sup>57</sup> BUSH, Kenneth y SALTARELLI, Diana, *The Two Faces of Education in Ethnic Conflict: Towards a Peacebuilding Education for Children*, UNICEF Innocenti Research Centre, Siena, 2000.

<sup>58</sup> DAVIES, Lynn, *Education and Conflict: Complexity and Chaos*, Routledge Falmer, New York, 2004.

<sup>59</sup> UNESCO, *EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011. The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit.

comunidades. No obstante, también existe una relación a la inversa entre educación y conflicto, es decir, en la manera en que la educación puede socavar la paz y fomentar la violencia en distintos niveles, contribuyendo indirectamente a fortalecer las causas de los conflictos, debido a su interacción con ciertos procesos sociales, políticos, económicos y culturales que los generan. Esta relación puede estar presente en momentos clave, como el antes, durante y después de los conflictos. Debido a su potencial, la educación, especialmente a través de los sistemas educativos y políticas educativas, suele ser utilizada por las partes en disputa como un poderoso instrumento o *arma* para justificar el uso de la violencia, promover los nacionalismos y patriotismos extremos, el chauvinismo, el racismo y otros similares. La educación *per se* no es una causa directa de los conflictos armados, obviamente, pero sí puede ser un factor que contribuya a la generación y legitimidad de los mismos, como también puede influir negativamente en la transformación de las estructuras durante el posconflicto.

Para Brown, la manera en que la educación afecta o interviene en las causas y dinámicas de los conflictos, opera al menos en los siguientes aspectos<sup>60</sup>:

1. Efectos de la educación en la estructura socioeconómica: el sistema educativo se constituye como una de las más importantes instituciones por medio de las cuales se puede transmitir y mantener las desigualdades sociales respecto a la condición socio económica, al género, la religión, la etnia, la orientación sexual o la cultura, entre otras ideas y valores que se mantienen en el interior del sistema educativo y la sociedad. Las tendencias de los conflictos contemporáneos muestran que parte de su raíz se encuentra en este tipo de desigualdades sociales. Sin embargo, aunque en el sistema educativo se mejoren tales desigualdades, las probabilidades de un conflicto se mantienen si en la sociedad aún permanecen otras estructuras que discriminan injustamente a otros grupos.
2. Efectos políticos de la educación en la dinámica del conflicto: la educación puede ser usada como herramienta para la exclusión, promoviendo una única identidad nacional, un sólo idioma oficial o reforzando narrativas etnocentristas, nacionalistas, racistas y sexistas.
3. La exclusión cultural en el sistema educativo: la preferencia o exclusión de ciertas culturas, grupos étnicos y religiosos puede producir diversos impactos en los conflictos armados, especialmente en los conflictos por causas étnicas o de identidad. Algunos estudios demuestran que el desarrollo de

---

<sup>60</sup> BROWN, Graham, *Education and Violent Conflict- Background paper prepared for the Education for All Global Monitoring Report 2011*, The hidden crisis: Armed conflict and education, UNESCO-EFA, París, 2010.

contenidos educativos bajo una única preferencia cultural, religiosa o identitaria puede generar discriminación y exclusión. Igualmente, los grupos minoritarios pueden encontrarse mal preparados para un mercado laboral que sólo está estructurado de acuerdo a las normas de la mayoría de la sociedad.

4. La educación como un espacio para el reclutamiento: Brown señala que más allá de los efectos de la educación sobre las causas estructurales de los conflictos, la escuela y otros espacios educativos pueden dar lugar al adoctrinamiento, la radicalización e incluso el reclutamiento directo de grupos minoritarios y excluidos para la participación en organizaciones rebeldes, aunque en la mayoría de los casos no haya clara evidencia de ello.

Igualmente, la desigualdad en el acceso a la educación y la escasez de oportunidades de aprendizaje y empleo también producen efectos sobre las dinámicas de los conflictos. Este tipo de desigualdades es un factor de riesgo para el aumento de tensiones sociales y en algunos casos para el crecimiento de un conflicto armado. Según las conclusiones de un estudio realizado por Thynel, el adecuado acceso a la educación primaria puede llegar a reducir hasta en un 50% el riesgo del estallido de una guerra civil. En el caso de la educación secundaria, la escolarización de al menos un 80% de la población masculina reduce en dos tercios la probabilidad de que estalle una guerra civil<sup>61</sup>. Un importante caso al respecto fue Sierra Leona, donde durante la guerra civil los movimientos insurgentes y las fuerzas de contrainsurgencia reclutaron combatientes provenientes de los grupos menos favorecidos e instruidos del país. Después de la guerra, un estudio realizado entre excombatientes y no combatientes, concluyó que más del 80% de los que participaron en los combates abandonaron sus estudios poco tiempo antes de sumarse a los grupos rebeldes. Entre las causas del hecho se encontraban los altos índices de pobreza, la falta de acceso a la educación, la represión y alienación política. Tales condiciones convirtieron a los jóvenes en una población más vulnerable para el reclutamiento por parte de los grupos armados<sup>62</sup>.

Por ello, los altos índices de desigualdad social y la escasez de oportunidades en educación y empleo, aunque no necesariamente han de convertirse en una de las causas directas de los conflictos armados, deben entenderse y valorarse como un factor universal de riesgo. Ya que en algunos casos los jóvenes con alto nivel de

---

<sup>61</sup> THYNEL, Clayton, *ABC's, 123's, and the Golden Rule: the pacifying effect of education on civil war, 1980-1999*, *International Studies Quarterly*, Vol. 50, Nº 4, 2006, págs. 733 a 754.

<sup>62</sup> MACARTAN, Humphreys y WEINSTEIN, Jeremy, *Who fights? The determinants of participation in civil war*, *American Journal of Political Science*, Vol. 52, Nº 2, 2008, pág. 452.

escolaridad también pueden participar en actos de violencia en medio de los conflictos, como ha ocurrido en Pakistán (conflicto interno desde 1947), Sri Lanka (1983-2009) y los TPO (Primera Intifada 1987-1993 y Segunda Intifada 2000-2005), en los que el porcentaje de alfabetización de la población oscila entre un 80 a 90%<sup>63</sup>. Así, hay sociedades en situación de conflicto armado que presentan una alta tasa de instrucción dentro de los jóvenes, pero un escaso mercado laboral, aumentando así el número de jóvenes sin empleo, en situación de pobreza, con sentimiento de frustración y resentimiento ante la escasez de oportunidades. Esta situación los convierte en víctimas de las circunstancias injustas de su sociedad y, a la vez, en blanco de los movimientos insurreccionales y armados que reclutan jóvenes para apoyar sus causas utilizando factores como la identidad o la injusticia social y económica, entre otros. También existen casos en que jóvenes bajo esta misma situación deciden enlistarse en el ejército con el fin de tener un empleo estable y con garantías y, así, mejorar su condición.

Por otra parte, y continuando con las implicaciones de la educación en los conflictos armados, también es posible analizar a las escuelas como instrumentos de segregación social. Así pues, encontramos que en algunas sociedades las instituciones escolares pueden llegar a ser el medio por el cual se reproducen las desigualdades sociales, al igual que las ideas y actitudes que contribuyen al aumento y prolongación de la violencia y en algunos casos a la detonación o ampliación de los conflictos armados. Son variadas las formas en las que la escuela y la educación pueden tomar parte en los conflictos, entre las más visibles se encuentran los obstáculos lingüísticos, la manipulación de textos escolares y currículos, especialmente en asignaturas como historia y geografía, y el fomento de una cultura de la violencia a través del castigo corporal y la discriminación por motivos de identidad religiosa o étnica, entre otras.

Para empezar, los obstáculos lingüísticos pueden encontrarse en aquellas sociedades multiétnicas y multilingüísticas en las que el Estado desarrolla políticas, incluso educativas, en las que se establece un único idioma oficial, discriminando y negando, de esta forma, los idiomas de otros grupos y, con ello, la identidad étnica y cultural de los diversos grupos humanos. En el caso de las sociedades con conflictos armados o crisis por motivos étnicos, la defensa del idioma como parte fundamental de la identidad se convierte en una de las causas de disputa o incompatibilidad<sup>64</sup>. De acuerdo con el informe del "Índice de Estados Fallidos" del 2015, de

---

<sup>63</sup> UNESCO, *EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011. The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., pág. 184.

<sup>64</sup> PINNOCK, Helen, *Perspective. Language and education: the missing link. How the language used in schools threatens the achievement of Education For All*, Save the Children Alliance- CFBT Education Trust, 2009.

los países que ocupan los 20 primeros lugares de la lista, tres países poseen un alto fraccionamiento lingüístico: Somalia, Irak y la República Democrática del Congo<sup>65</sup>.

Varios son los ejemplos en los que se muestra cómo la enseñanza de un idioma oficial hace parte de la controversia política de los conflictos, en algunos casos obedeciendo a una larga historia de dominación de un grupo sobre otros o a un proceso de descolonización. Uno de ellos se encuentra en la Sudáfrica del Apartheid, en la que se impuso el *afrikaans* como lengua de enseñanza, la cual era considerada por los nativos como medio de opresión. Por otra parte, después de la independencia de Argelia, la imposición del árabe sobre el francés en la educación básica y secundaria fue utilizada como una de las medidas para consolidar el nuevo régimen, pero a la vez marginó a la minoría bereber que no hablaba árabe y, en consecuencia, no podía acceder al sistema educativo y a las diferentes futuras oportunidades laborales. Otro caso es el de Tailandia, en donde los malayos musulmanes consideran que el uso exclusivo del tailandés como idioma de enseñanza constituye una amenaza para su identidad cultural y su futuro<sup>66</sup>.

Otro importante punto de análisis son los currículos y los textos escolares, ya que ambos tienen una importante función en la formación cultural, social y cognitiva de los estudiantes. Adicionalmente, influyen en los procesos educativos dentro y fuera de clase, no sólo por su alto potencial para transmitir conocimiento, sino, además, en la construcción de imaginarios históricos, conceptos políticos, sociales, culturales y de los valores e ideas que una generación desea transmitir a la futura. Por su gran potencial, ambos son utilizados como un arma de guerra, como forma de provocar a los oponentes, justificar nacionalismos y patriotismos extremos, anular o sobredimensionar grupos étnicos, religiosos y poblacionales<sup>67</sup>.

Varios estudios reflejan los diferentes usos del currículo y libros escolares a favor de una determinada ideología o intereses a favor de un Estado, una nación o grupos específicos. Un interesante caso se encuentra en Macedonia, país en el que durante la dictadura los textos escolares oficiales sobre Historia y Ciencias Sociales hacían referencia a las palabras paz y no-violencia, pero les restaban importancia a legitimar y demostrar la lucha militar, la guerra y la violencia como forma de alcanzar el desarrollo de su

---

<sup>65</sup> FOUND FOR PEACE, *Failed States Index 2015*, Consultado en: <http://fsi.fundforpeace.org/rankings-2015> 24 de noviembre de 2015.

<sup>66</sup> UNESCO, *EFA GLOBAL MONITORING REPORT 2011. The hidden crisis: Armed conflict and education*, cit., págs. 189 y 190.

<sup>67</sup> ALAYAN, Samira, "History Curricula and Textbooks in Palestine: Between Nation Building and Quality Education", en ALAYAN, Samira, ROHDE, Achim y DHOUBI, Sarhan, *The Politics of Education Reform in the Middle East*, Berghahn, United States, 2012, pág. 91.

nación o una determinada civilización. Otro ejemplo es el de Bosnia, donde, unos pocos años antes de la guerra de 1992 a 1995, en el currículo y en los textos de Historia se introdujeron las diferencias entre grupos étnicos, también explicaciones e interpretaciones sobre el término guerra, refiriéndose en algunos casos a éste tan sólo como un "acto de agresión"<sup>68</sup>. En el conflicto palestino-israelí, según las conclusiones de la investigación realizada por Peled-Elhanan, el contenido de los textos escolares israelíes tienen como propósito deshumanizar al pueblo palestino e incentivar prejuicios y estereotipos entre los niños, niñas y jóvenes israelíes. En dichos textos, los palestinos y los árabes son personificados con máscaras y ubicados en contextos que representan amenazas para los israelíes. Para la autora, los libros transmiten un discurso racista y justifican la limpieza étnica que el Estado de Israel ejerce sobre el pueblo palestino<sup>69</sup>.

Igualmente, en algunas sociedades en conflicto las manifestaciones violentas se encuentran vinculadas a la acción de los grupos armados ilegales y los grupos políticos, convirtiéndose en un factor más de violencia y conflicto. Tal es el caso de Colombia, país en el que la mayoría de escuelas y colegios ubicados en zonas en conflicto presentan altos niveles de violencia entre los estudiantes. Según varios estudios, en contextos de violencia paramilitar especialmente los niños y las niñas son más propensos a la agresividad y al acoso escolar como forma de defenderse antes quienes actúan violentamente contra ellos, reproduciendo así la violencia a través de medios violentos<sup>70</sup>.

Así, recapitulando, a pesar del enorme potencial de la educación, ésta, en sí misma, no es generadora de los conflictos armados, ni tampoco los soluciona de manera directa, ni trae consigo la paz. Sin embargo, la educación, y especialmente los sistemas educativos, pueden ser un vehículo o medio por el cual las sociedades pueden generar las condiciones de violencia propicias para la detonación de un conflicto armado o, de manera contraria, las condiciones que contribuyan a la construcción de sociedades más pacíficas, que rechacen la cultura de la violencia y aspiren al fomento de una cultura de paz. Este último aspecto de la educación es esencial y se encuentra relacionado con los fines de la misma, consagrados por varios instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, como antes hemos señalado.

Dependiendo de la situación y las necesidades del contexto, en distintos países y regiones del mundo los abordajes pacifistas de

---

<sup>68</sup> DAVIES, Lynn, *Education and Conflict: Complexity and Chaos*, cit., págs. 117 y 118.

<sup>69</sup> PELED-ELHANAN, Nurit, *Palestine in Israeli School Books: Ideology and Propaganda in Education*, I.B. Tauris, New York, 2012.

<sup>70</sup> CHAUX, Enrique, MOLANO, Alvaro y PODLESKY, Paul, *Socio-economic, socio-political and socio-emotional variables explaining school bullying: a country-wide multilevel analysis*, *Aggressive Behaviour*, Vol. 35, 2009, págs. 520 a 529.

la educación se llevan a cabo desde diversos enfoques, como educación para el conflicto y la reconciliación, educación para la ciudadanía, educación para los derechos humanos, educación para la convivencia democrática, educación para la resistencia, educación para la construcción de la paz o educación para la paz, entre otros. Sin embargo, más allá de los distintos nombres, estos tipos de educación buscan la reconstrucción social, la transformación de las condiciones que han generado los conflictos, mitigar el impacto de la violencia y construir las oportunidades necesarias para la paz a través de la educación.

En el caso concreto de las sociedades afectadas por conflictos armados, un tipo de educación comprometida con los fines de la paz puede contribuir en múltiples formas y niveles durante y después del conflicto. Desde los primeros momentos de la emergencia o estallido del conflicto, una educación comprometida con el respeto al derecho a la vida contribuye a educar sobre los riesgos de las minas terrestres y municiones sin explotar, sobre las formas de protección y evacuación en caso de ataques a las instalaciones educativas, los posibles daños físicos e infecciones tras un ataque o el respeto por los derechos humanos y el DIH, entre muchas otras acciones.

Durante el conflicto armado, el acceso a una educación de calidad, comprometida con los valores democráticos y la promoción de la paz, favorece el desarrollo de habilidades para la supervivencia y el cuidado de los unos a los otros, evitando así el reclutamiento infantil y el abuso sexual. Ofrecer este tipo de educación genera seguridad física y psicológica, favorece la rehabilitación integral y crea sentido de esperanza aún en medio de las adversas circunstancias generadas por los conflictos armados. Del mismo modo, contribuye a que las comunidades afectadas por los conflictos puedan organizarse rápidamente, identificar líderes representativos, ofrecer ayudas a los otros miembros, detectar prioridades y necesidades de la comunidad. Como también favorece la promoción de la paz, el respeto por los derechos humanos, la tolerancia y comprensión entre las personas, la estabilidad democrática o la resolución y transformación de los conflictos en diversos niveles y sectores.

Incluso tras el fin de los conflictos armados, las sociedades afectadas enfrentan un alto grado de vulnerabilidad e inestabilidad política y económica que de no ser tratadas adecuadamente pueden generar nuevos brotes de violencia y una posible reanudación del conflicto. Así pues, durante el postconflicto y las distintas etapas de reconstrucción social, la educación comprometida con la transformación de los conflictos y el fomento de la paz también posee un importante rol en la construcción de un nuevo contrato social que permita establecer las bases de una sociedad más justa e integradora. Por ello, los distintos planes y programas de educación

para el postconflicto suelen abarcar la reconstrucción de sistemas educativos y de escuelas, la reforma del currículo y de los textos escolares para hacerlos más incluyentes, la preparación y contratación de docentes experimentados, el trabajo en comunidad, la educación bilingüe, la transformación de las instituciones educativas, la introducción de mecanismos de resolución alternativa de conflictos, la enseñanza integral de la historia y de las religiones, el multiculturalismo, los derechos humanos, la democracia y la reconciliación. Todo ello con miras a transformar las condiciones y estructuras violentas que forjaron el conflicto y, a la vez, para generar las nuevas condiciones que permitan la construcción y consolidación de la paz.

# "BEBÉ MEDICAMENTO", PROTECCIÓN DE LA SALUD Y SISTEMA SANITARIO PÚBLICO: UNA REFLEXIÓN DESDE EL PRINCIPIO DE JUSTICIA\*

SAVIOUR SIBLING, HEALTH PROTECTION AND NATIONAL HEALTH SERVICE: A PRINCIPLE OF JUSTICE REFLECTION

Fernando Pinto Palacios\*\*  
Ana M<sup>a</sup> Marcos del Cano\*\*\*

**RESUMEN:** El día 29 de agosto de 2000 nació Adam Nash, el primer bebé del mundo seleccionado genéticamente para curar a un hermano enfermo. Esta revolución biotecnológica provocó un intenso debate bioético acerca de los límites de la libertad reproductiva de los padres, la manipulación de los embriones y la instrumentalización del "bebé medicamento". El presente trabajo pretende analizar si el principio de justicia distributiva exige que la técnica del "bebé medicamento" esté incluida dentro de la cartera de prestaciones del Sistema Nacional de Salud.

**ABSTRACT:** Adam Nash was born on the 29th of August 2000. He was the first baby who was genetically selected for saving his ill sibling. This biotechnological revolution caused an important bioethical discussion about which were the limits of the reproductive autonomy of the parents, the handling of the embryos and the exploitation of the savior sibling. This article aims to analyse whether the principle of distributive justice require the savior sibling technique to be included in the range of the National Health services.

**PALABRAS CLAVE:** "Bebé medicamento", derecho a la protección de la salud, justicia distributiva, atención sanitaria, Sistema Nacional de Salud.

**KEYWORDS:** Saviour sibling, health protection right, distributive justice, health care, National Health Service.

**Fecha de recepción: 14/04/2016**  
**Fecha de aceptación: 03/05/2016**

doi: <http://dx.doi.org/10.20318/universitas.2016.3182>

---

\*Este trabajo se realiza dentro del marco del Proyecto de Investigación DER 2013-41462-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

\*\*Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 3 de Mahón (Menorca). Master en Derechos Fundamentales y Bioética de la UNED. Doctor en Derecho. Profesor Asociado de Derecho Penal de la Universidad de Islas Baleares. Email: [fpintopalacios@gmail.com](mailto:fpintopalacios@gmail.com)

\*\*\*Catedrática (acreditada) de Filosofía del Derecho de la UNED, [amarcos@der.uned.es](mailto:amarcos@der.uned.es)

## 0.- INTRODUCCIÓN

Cada tiempo y época requieren una novedad en la reflexión tanto ética como jurídica que viene dada por las especiales circunstancias en las que se vive. Circunstancias sociales, culturales, económicas y, como es el caso que nos ocupa, científico-técnicas. El avance vertiginoso que se está produciendo en el campo tecnológico aplicado a las ciencias de la vida y, sobre todo, a la Medicina, está provocando un repensar valores, que hasta hace poco se consideraban sagrados y hasta intocables, y en los que las nuevas coordenadas en las que lo sitúan los avances científicos, implican una profundización mayor en su naturaleza, alcance y comprensión de los mismos. Todo esto afecta de pleno a la labor tanto del legislador como a la del operador jurídico que debe aplicar las leyes.

En el caso que nos ocupa en este trabajo, el de "bebé medicamento", en el que ahora entraremos, la ciencia ha dado un paso considerable en la mejora de la calidad de vida de muchos niños que, aquejados de graves enfermedades, observan cómo la vida se les consume ante la falta de donantes compatibles. Se abre, por tanto, un nuevo camino de esperanza que invitaba a la reflexión bioética y jurídica acerca de los límites de la investigación científica, de los deberes médicos, del poder de decisión de las familias afectadas y de la función del Estado en la garantía y protección de la salud de sus ciudadanos, sobre todo, menores, como es el caso. ¿Debemos hacer todo aquello que sea técnicamente posible? ¿Cuáles son las consecuencias de seleccionar un embrión para cumplir un fin determinado en la vida? ¿Pueden manipularse los embriones con el argumento de que es necesario para salvar la vida de una persona enferma? ¿Acaso el Estado debe asumir el coste de estos tratamientos experimentales cuya eficacia es muy reducida? ¿Existe algún límite al poder de decisión de los padres sobre los aspectos relacionados con su reproducción? ¿Debemos tener en cuenta los posibles daños físicos y psicológicos para el "hermano salvador"? ¿Existe alguna repercusión para las generaciones futuras? ¿Es posible que los "bebés medicamento" sean el comienzo de un camino que nos lleve a los "niños de diseño"? ¿Estamos convirtiendo la reproducción asistida en una "experiencia de consumo"? Como se puede advertir, el calado de estas cuestiones provoca un intenso debate bioético que analiza, desde perspectivas muy diferentes, la licitud moral del "bebé medicamento". No es esta la pretensión del trabajo en este momento<sup>1</sup>, pero sí que nos parece oportuno en el actual debate sobre los límites de la intervención del Estado en la protección de la salud de los ciudadanos, adentrarnos en el debate

---

<sup>1</sup> Todo este desarrollo se puede ver en la brillante y exhaustiva tesis doctoral de PINTO PALACIOS, F. *Nacidos para salvar. Análisis ético-jurídico del "bebé medicamento"*, (en prensa).

acerca de si estas técnicas constituyen un deber para el Estado desde el principio de justicia, toda vez que en nuestro país, como más adelante veremos, está incluido en la cartera de servicios del Sistema Nacional de Sanidad desde el 2014.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar si el principio de justicia distributiva exige que la técnica del "bebé medicamento" esté sufragada por el sistema sanitario público. Para llevar a cabo este cometido, hemos creído conveniente contextualizar esta técnica mediante una referencia a la historia del primer "hermano salvador" nacido en Estados Unidos. Si no abordáramos este estudio, correríamos el riesgo de olvidar los elementos fácticos (sociales, emocionales y familiares) sobre los que pivota este procedimiento. De ahí que, a continuación, realicemos una breve aproximación a los dilemas éticos asociados a esta revolución biotecnológica a fin de acreditar que –más allá de la aparente menor relevancia de la técnica debido a su reducida aplicación en la práctica clínica- el DGP extensivo esconde complejos dilemas éticos y jurídicos que afectan a cuestiones sobre las que la Bioética ha reflexionado de manera profusa. Basta indicar en este momento que la técnica del "bebé medicamento" incide en el estatuto del embrión humano, plantea interesantes dilemas sobre los límites de la autonomía reproductiva de los padres, nos hace reflexionar sobre la instrumentalización del donante y nos introduce de lleno en los problemas asociados a la justicia distributiva en el acceso a los tratamientos médicos.

Una vez efectuado este breve *excursus*, nos adentramos de lleno en el estudio de las razones que avalan que este procedimiento se encuentre sufragado por el sistema sanitario público lo que analizamos desde el punto de vista del principio bioético de justicia y la teoría del "funcionamiento normal de la especie" de Norman Daniels.

## 1.- ¿QUÉ ES UN "BEBÉ MEDICAMENTO"?

Las técnicas de reproducción humana asistida<sup>2</sup> constituyen, sin duda, uno de los campos de las ciencias biomédicas que mayores cambios ha experimentado en los últimos años. Desde que en 1978 naciera el primer bebé fruto de un proceso de fecundación *in vitro*<sup>3</sup>,

---

<sup>2</sup> Las técnicas de reproducción humana asistida comprenden toda manipulación de los elementos reproductores humanos –células germinales, gametos, cigotos, embriones- encaminada a la procreación por medios no naturales. *Vid.* LACADENA, J.R., *Genética y bioética*, Editorial Desclée de Brower, Universidad Pontificia de Comillas, Bilbao, 2002, p. 107.

<sup>3</sup> El primer "bebé probeta" del mundo, Louise Joy Brown, nació el día 25 de julio de 1978 en el *Royal Oldham Hospital*. Su nacimiento fue el resultado de un largo proceso de investigación científica dirigido por el fisiólogo Sir Robert Edwards (1925) y el ginecólogo Patrick Steptoe (1913-1988). A partir de dicho momento, se produjo un cambio sustancial en el estatuto del embrión humano debido a las posibilidades técnicas de manipulación de los orígenes de la vida.

hemos asistido a un vertiginoso avance de nuevas técnicas que han transformado las concepciones culturales sobre la parentalidad, el género<sup>4</sup> o la reproductividad<sup>5</sup>. La aceptación mayoritaria de estas técnicas ha permitido ofrecer soluciones terapéuticas al creciente problema de la esterilidad humana<sup>6</sup>, así como sentar las bases de una nueva "medicina genética"<sup>7</sup> enfocado a la prevención de enfermedades.

El principal instrumento de esta nueva rama de conocimiento científico es el Diagnóstico Genético Preimplantacional (DGP). La finalidad básica de este procedimiento es detectar las posibles anomalías cromosómicas o alteraciones genéticas que pudieran tener los embriones *in vitro* antes de ser transferidos a la mujer<sup>8</sup>. De esta

---

<sup>4</sup> Las técnicas de reproducción asistida han contribuido, en cierta medida, a modificar la perspectiva histórica sobre la culpabilidad femenina en la esterilidad. En la actualidad, las mujeres ya no viven la esterilidad como una "vergüenza social" sino como una quiebra existencial que dificulta su proyección individual y conyugal (VEGETTI-FINZI, S., "Technologie del Desiderio, logiche dell' immaginario", en Di Meo, A. y Mancina, C. (eds.), *Bioetica*, Laterza, Roma-Bari, p. 273). No obstante, aún no se ha destruido por completo la exigencia cultural de que la mujer debe aportar hijos a la unidad familiar (HÉRITIER, F., *Masculin/Féminin. La pensée de la différence*, Odile Jacob, París, p. 86).

<sup>5</sup> Uno de los cambios más significativos en esta materia ha sido, sin duda, el acceso a las técnicas de reproducción asistida por las mujeres solas. En contra de esta posibilidad, se ha argumentado que la falta de la figura del padre puede ocasionar traumas psicológicos al niño nacido. Desde un planteamiento cristiano, Cruz señala que: "la psicología demuestra que la existencia de un padre y una madre juega un papel decisivo en la formación de la personalidad de la nueva criatura. El niño o la niña necesita modelos de referencia válidos y cercanos con los que poder identificarse. También requiere la posibilidad de compararse y complementarse con ellos" (CRUZ, A., *Bioética cristiana. Una propuesta para el tercer milenio*, Editorial Clie, Barcelona, 1999, pp. 89-90). Por el contrario, otros autores sostienen que el acceso a las mujeres solas a la reproducción asistida no puede ser limitado dado que, en primer lugar, se estaría privando a éstas de su legítimo derecho a tener descendencia y, en segundo lugar, se provocaría una discriminación respecto a la mujer que desea concebir de manera natural (GÓMEZ SÁNCHEZ, Y., *El derecho a reproducción humana*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho-Marcial Pons, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1994, pp. 72-76).

<sup>6</sup> Los estudios científicos sobre fertilidad acreditan que la especie humana posee una baja eficacia reproductiva. En efecto, la probabilidad máxima de embarazo en período fértil es del 30-35 % (ROSAS, M.R., "Infertilidad femenina. Un problema multifactorial", *Offarm*, vol. 27, núm. 8, septiembre 2008, p. 91).

<sup>7</sup> La "medicina genética" o "genómica" está enfocada al conocimiento y la comprensión de la estructura genética de un individuo concreto con la finalidad de avanzar en el diagnóstico y tratamiento de enfermedades. Abellán sostiene que esta nueva rama de conocimiento está provocando una variación sustancial de los fines clásicos de la medicina. En este sentido, considera que la medicina "genómica" persigue, básicamente, la prevención de enfermedades más que, *strictu sensu*, promover la conservación de la salud, prolongar la vida y aliviar el sufrimiento. *Vid.* ABELLÁN, F., *Selección genética de embriones. Entre la libertad reproductiva y la eugenesia*, Comares, Granada, 2007, pp. 3-4).

<sup>8</sup> *Vid.* DE MIGUEL BERIAIN, I., *El embrión y la biotecnología. Un análisis ético-jurídico*, Comares, Granada, 2004, pp. 382-383.

manera, se persigue un doble objetivo: 1) se evita el nacimiento de niños afectados de graves enfermedades graves que no sean susceptibles de tratamiento curativo; y 2) se mejora la eficacia de las técnicas de reproducción humana asistida aumentando la tasa de implantación y reduciendo el número de abortos espontáneos. Si bien su finalidad inicial fue evitar la transmisión de enfermedades hereditarias ligadas al sexo, en la actualidad ha desarrollado un espectacular abanico de posibilidades que amplían no sólo la libertad reproductiva de los padres, sino las soluciones terapéuticas para ciertas enfermedades. Desde este punto de vista, se ha llegado a decir que el DGP constituye, junto con la investigación con células madre, el futuro de la Medicina<sup>9</sup>.

Una de las aplicaciones más controvertidas de esta técnica consiste en la creación de un "bebé medicamento"<sup>10</sup>, también llamado "hermano salvador"<sup>11</sup>, "niño donante", "niño amado"<sup>12</sup> o "bebé de doble esperanza"<sup>13</sup>. En este trabajo hemos optado por utilizar el término "bebé medicamento" por ser la denominación más utilizada por la doctrina española, así como por los medios de comunicación.

Este procedimiento –llamado DGP extensivo o con fines

---

<sup>9</sup> Vid. IRIBERRI, A., "El diagnóstico preimplantacional es el futuro de la medicina", *El Mundo, Salud*, 13 de diciembre de 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2012/12/12/noticias/1355338631.html>. [Consultado 12-4-2016].

<sup>10</sup> El término "bebé medicamento" ha sido criticado por la doctrina al considerar que contribuye a la cosificación del recién nacido. En este sentido, se considera que la expresión denota que el niño se concibe con un fin utilitarista lo que, desde luego, resulta contraria al respeto a la dignidad humana. Desde este punto de vista, se estaría quebrando la autonomía del recién nacido al vincular su existencia al cumplimiento de un fin predeterminado por terceros. Vid. TURNER, S., "Preimplantation genetic diagnosis for donor babies carries some harm", *British Medical Journal*, vol. 324, abril 2002, p. 976-977).

<sup>11</sup> La expresión "hermano salvador" procede del inglés *saviour sibling*. Según Quinion, este término fue utilizado por primera vez en el año 2002 por Julian Savulescu y Merle Spriggs en su artículo "Saviour siblings" publicado en el *Journal of Medical Ethics*. Con el paso de los años, se ha convertido en la expresión más comúnmente utilizada en la literatura anglo-americana para referirse al DGP con fines terapéuticos de tercero (QUINION, M., "Savior sibling", *Word Wide Words*, disponible en: <http://www.worldwidewords.org/turnsofphrase/tp-sav1.htm> [Consultado 12-4-2016].

<sup>12</sup> Vid. DEVOLDER, K., "Preimplantation HLA typing: having children to save our loved ones", *Journal of Medical Ethics*, vol. 31, núm. 10, pp. 582-586.

<sup>13</sup> Esta expresión es la más utilizada en Francia para referirse al DGP con fines terapéuticos de tercero. El bebé nacido representa, por un lado, la esperanza de venir al mundo y, por otro lado, la esperanza de curar a su hermano enfermo. Vid. *Le Monde*, Idées, "L'enfant du double espoir n'est pas un bébé médicament", disponible en el siguiente enlace: [http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/02/15/l-enfant-du-double-espoir-n-est-pas-un-bebe-medicament\\_1480262\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2011/02/15/l-enfant-du-double-espoir-n-est-pas-un-bebe-medicament_1480262_3232.html). [Consultado 14-4-2016].

terapéuticos de tercero<sup>14</sup>- se utiliza cuando la pareja solicitante tenga uno o más hijos afectados por una enfermedad hereditaria o por una patología adquirida cuya curación depende de un trasplante de progenitores hematopoyéticos. La finalidad del proceso es concebir un hijo que pueda curar a su hermano enfermo gracias a la donación de sangre del cordón umbilical y, en su caso, de médula ósea. A tal efecto, la pareja debe someterse a un proceso de fecundación *in vitro* para generar el mayor número posible de embriones. El siguiente paso consiste en realizar una biopsia de los embriones *in vitro* a fin de someterlos a un examen genético que persigue una doble finalidad: 1) determinar la presencia de enfermedades hereditarias que pudieran transmitirse a la descendencia; y 2) examinar la histocompatibilidad de los embriones con el sistema inmunitario del receptor. Para lograr este objetivo, se analiza la herencia de antígenos leucocitarios humanos (HLA). Esta clase de moléculas se encuentran en los glóbulos blancos de la sangre y en la superficie de casi todas las células de un individuo. Su función principal es reconocer lo propio y lo ajeno a fin de asegurar una respuesta inmune del organismo frente a los agentes externos que generan infecciones. Si alguno de los embriones concebidos *in vitro* resulta compatible con su hermano, se transfiere al útero de la mujer. Una vez nacido el bebé, se recolecta la sangre de su cordón umbilical para utilizarla posteriormente en un trasplante que recibirá el hermano enfermo.

## 2.- EL PRIMER "HERMANO SALVADOR"

El día 4 de julio de 1994 el matrimonio formado por Lisa y Jack Nash tuvo una hija, Molly, que nació afectada de anemia de Fanconi. Esta rara enfermedad hereditaria reduce la producción de hematíes, leucocitos y plaquetas lo que provoca anemia, desprotege al organismo contra las infecciones y facilita el desarrollo de hemorragias. Los pacientes afectados tienen una mayor probabilidad de sufrir determinados tipos de cáncer<sup>15</sup>, así como de fallos en la médula ósea. La esperanza de vida oscila entre los 22<sup>16</sup> o 30<sup>17</sup> años de edad.

---

<sup>14</sup> Vid. ABELLÁN, F., "Aspectos bioéticos y legales del diagnóstico genético preimplantatorio (DGP)", *Revista Iberoamericana de Fertilidad*, vol. 23, núm. 2, marzo-abril 2006, pp. 128-129.

<sup>15</sup> Más del 15% de los pacientes desarrollan leucemias mieloide aguda y síndrome mielodisplásico. Vid. POMPA GARZA, T., "Factores pronósticos en anemia de Fanconi", *Gaceta Médica de México*, vol. 138, núm. 1, 2002, S-78.

<sup>16</sup> En este sentido, vid. FROHNMAYER, L. Y FROHNMAYER, D., *Anemia de Fanconi. Un manual para las familias y sus médicos*, 3ª edición, Fanconi Anemia Research Fund, octubre 2001, Oregón, p. 22.

<sup>17</sup> Vid. ALTER, B.P., "Fanconi's anemia and its variability". *British Journal of Haematology*, vol. 85, núm. 1, septiembre 1993, pp. 9-14.

El mejor tratamiento de esta enfermedad es un trasplante de progenitores hematopoyéticos de un donante completamente histocompatible. En vista de la situación, y ante la ausencia de un donante idóneo, el matrimonio Nash sopesó la idea de concebir otro hijo de forma natural. Los medios de comunicación habían dado a conocer el caso de dos familias, Ayala<sup>18</sup> y Curry, que habían concluido con éxito este proceso. No obstante, este proceso presentaba dos inconvenientes: 1) existía la posibilidad de que el hijo concebido padeciera la misma enfermedad hereditaria que su hermana y, por tanto, el matrimonio tendría que acudir a un aborto por razones eugenésicas; y 2) la probabilidad de que los padres tuvieran un hijo con HLA idéntico a Molly era tan sólo de un 25%.

En el verano de 1996, el matrimonio Nash acudió a la reunión anual que celebran en Casco (Maine) las familias en las que alguno de sus miembros sufre anemia de Fanconi<sup>19</sup>. Uno de los invitados a dicho evento era el doctor John Wagner, un reputado hematólogo especializado en los trasplantes de sangre de cordón umbilical. Durante su exposición, el doctor explicó que la ciencia estaba diseñando procedimientos que permitieran efectuar una selección de los embriones concebidos *in vitro* para conseguir el nacimiento de un bebé que tuviera un HLA idéntico a su hermano. De esta manera, se evitaban los riesgos e incertidumbres de la concepción natural, al tiempo que se aseguraba la perfecta compatibilidad del donante con el receptor.

Después de reflexionar sobre las implicaciones éticas de este novedoso procedimiento, el matrimonio Nash aceptó iniciar un proceso de FIV y DGP. El doctor Wagner se puso en contacto con Mark Hughes, un científico que estaba desarrollando un protocolo para examinar la histocompatibilidad de los embriones en el Instituto de Genética Molecular y Humana de la Universidad de Georgetown. El doctor Hughes aceptó el encargo, si bien estableció tres condiciones: 1) que la mujer debía ser menor de 35 años dado que, a partir de esa edad, se reduce la producción y calidad de los óvulos; 2) que la familia fuera portadora de la mutación cromosómica Tipo C, llamada IVS4, que es la más frecuente; y 3) que la familia expresara un deseo real de concebir otro hijo a fin de evitar la creación *ad hoc* de

---

<sup>18</sup> Mary y Abe Ayala decidieron concebir un hijo con la esperanza de que fuera compatible con su hermana de 16 años que padecía leucemia. En 1990 nació Marissa y, catorce meses más tarde, los médicos del *City of Hope National Medical Center* de Duarte (California) extrajeron médula ósea para transplantarla a su hermana enferma. El procedimiento fue un éxito. *Vid.* MORROW, L., "When one body can save another", *Time*, 24 de junio de 1991, disponible en el siguiente enlace: <http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,157259,00.html>. [Consultado 12-4-2016].

<sup>19</sup> En este punto, seguimos el relato de FAISON, A.M., "The Miracle of Molly", *5280 The Denver Magazine*, 8 de agosto de 2005, disponible en: <http://www.5280.com/magazine/2005/08/miracle-molly>. [Consultado 12-4-2016].

un donante<sup>20</sup>.

El tratamiento de estimulación hormonal ayudó a Lisa Nash a producir varios ovocitos que, tras su captura, fueron fertilizados en una placa de Petri con el semen de su marido. Tres días después, el doctor Hughes realizó una biopsia embrionaria a fin de determinar, por un lado, si los embriones estaban afectados por anemia de Fanconi y, por otro lado, si presentaban un HLA idéntico con su hermana enferma. Solo uno de los embriones constituidos *in vitro* reunía ambas condiciones. No obstante, a los dieciséis días de transferirlo al útero, Lisa recibió la noticia de que la FIV había fracasado.

Mientras tanto el estado de salud de Molly empeoraba. Al cumplir los tres años, los doctores informaron al matrimonio que el número de plaquetas de su hija se estaba reduciendo drásticamente. Sus glóbulos rojos, por otro lado, aumentaban de tamaño lo que, a su vez, indicaba un posible fallo de la médula ósea. En vista de dicha situación, el matrimonio decidió iniciar otro proceso de FIV. No obstante, los intentos de ponerse en contacto con el doctor Hughes fueron infructuosos. A través de los medios de comunicación, el matrimonio tuvo conocimiento de que el doctor estaba siendo investigado por utilizar fondos federales para la investigación con células madre embrionarias lo que suponía una violación de la prohibición establecida en el año 2001 por el Presidente George W. Bush<sup>21</sup>. El escándalo obligó al doctor Hughes a renunciar a los cargos que ostentaba en el Instituto Nacional de la Salud y en la Universidad de Georgetown. En agosto de 1998, el doctor Hughes envió un email a la familia Nash en el que se disculpaba y les invitaba a que siguieran el proyecto para salvar la vida de Molly.

Poco tiempo después, la pareja acudió al Instituto de Genética Reproductiva de Chicago, un centro privado fundado por el doctor Yuri Verlinsky en el año 1990 y que se había especializado en DGP. El doctor Charles Strom ya conocía la historia de la pareja pues un año antes Mark Hughes le había comentado en una reunión de genetistas los intentos de una pareja de concebir un hijo histocompatible con su hermana a fin de donarle la sangre del cordón umbilical. Inmediatamente, Lisa inició el tratamiento de estimulación hormonal. En enero de 1999, Lisa produjo doce ovocitos que, tras ser

---

<sup>20</sup> Vid. BELKIN, L., "The Made-to-Order-Savior", *The New York Times*, Magazine, 1 de junio de 2001, disponible en: <http://www.nytimes.com/2001/07/01/magazine/01FANCONI.html>. [Consultado 12-04-2016].

<sup>21</sup> Sobre esta cuestión, vid. MURUGAN, V., "Embryonic Stem Cell Research: A Decade of Debate from Bush to Obama", *Yale Journal of Biology and Medicine*, vol. 82, núm. 3, septiembre 2009, pp. 101-103; SCHECHTER, J., "Promoting Human Embryonic Stem Cell Research: A Comparison of Policies in the United States and the United Kingdom and Factors Encouraging Advancement", *Texas International Law Journal*, vol. 45, 2010, pp. 603-629.

fertilizados, dieron lugar a dos embriones con HLA idénticos y libres del gen anómalo. Lisa quedó embarazada pero, al poco tiempo, sufrió un aborto. El segundo intento en junio de ese mismo año tampoco dio resultado positivo dado que el embrión no se llegó a implantar. Tres meses más tarde, Lisa produjo ocho ovocitos. Seis de los embriones resultantes padecían anemia de Fanconi. El único embrión compatible fue transferido a Lisa. De nuevo, el resultado fue negativo.

Desesperados por la situación y ante el agravamiento del estado de salud de su hija<sup>22</sup>, el matrimonio decidió realizar un último intento en el Centro de Medicina Reproductiva de Colorado, dirigido por el doctor William B. Schoolcraft. Debido a un cambio en el tratamiento hormonal, Lisa consiguió producir veinticuatro ovocitos. A pesar de las buenas noticias, el doctor Strom confirmó que solo uno de los embriones constituidos *in vitro* era compatible HLA con Molly. Nueve días después de la transferencia, Lisa recibió la noticia de que estaba embarazada. A fin de evitar un aborto y debido a diversas complicaciones obstétricas, Lisa guardó reposo absoluto hasta el parto. Tras más de 50 horas de parto y gracias a una cesárea, el día 29 de agosto de 2000 nació Adam Nash, el primer bebé del mundo seleccionado genéticamente para curar a un hermano enfermo.

Apenas dos meses más tarde, el día 26 de octubre de 2000 el doctor Wagner y sus colaboradores de la Universidad de Minnesota transfundieron a Molly la sangre del cordón umbilical de su hermano que había obtenido en el momento del parto. El trasplante fue un éxito. A las cuatro semanas, el injerto había provocado una reconstitución de la médula ósea. Tres años más tarde, los análisis mostraban que el sistema inmunitario y hematopoyético de Molly funcionaban correctamente<sup>23</sup>. Si bien el trasplante no había curado la anemia de Fanconi, ha reducido considerablemente el riesgo de desarrollar leucemia lo que, a su vez, ha permitido aumentar su esperanza y calidad de vida.

### **3.- EL PRINCIPIO DE JUSTICIA DISTRIBUTIVA Y EL ACCESO AL DGP EXTENSIVO**

El nacimiento del primer "hermano salvador" provocó un espectacular revuelo mediático, a la vez, que una profunda reflexión ética y jurídica sobre los valores y bienes jurídicos que se encontraban en liza en tal situación. El estudio de los diferentes argumentos a favor y en contra de esta revolución biotecnológica

---

<sup>22</sup> Por aquel entonces, el nivel de plaquetas de Molly había caído hasta 10.000. Por tal motivo, el doctor Wagner aconsejó al matrimonio que, debido al fracaso de los tratamientos de FIV, iniciaran la búsqueda de un donante no emparentado.

<sup>23</sup> En este sentido, DOBSON, R., "Designer baby cures sister", *British Medical Journal*, vol. 321, octubre de 2000, p. 1040.

excede sobradamente del objeto de este trabajo<sup>24</sup>. Nuestra atención se va a centrar en demostrar que el acceso a la técnica del DGP extensivo constituye una exigencia del principio de justicia. La distribución de los limitados recursos sanitarios de una determinada comunidad debe corregir las desigualdades producidas por la enfermedad. Si consideramos que los padecimientos para los que resulta apto el DGP extensivo son enfermedades cuya aparición depende de un cúmulo de circunstancias ajenas a la familia implicadas se debe arbitrar procedimientos que garanticen el acceso a la técnica. El argumento se basa en dos premisas: 1) existe una relación directa entre la salud y el derecho a la igualdad de oportunidades; y 2) deben existir mecanismos de distribución equitativa de las cargas del sistema sanitario para evitar desigualdades en el acceso al cuidado de la salud.

Para llevar a cabo este cometido, hemos dividido nuestro análisis en dos apartados: 1) el primero, dedicado al principio bioético de justicia; y 2) el segundo, relativo a la propuesta de Norman Daniels sobre el "funcionamiento normal de la especie". De esta manera, estaremos en condiciones de explicar porqué una redistribución de los recursos sanitarios en una comunidad regida por el principio de justicia debe permitir el acceso de los padres al DGP extensivo con cargo al sistema sanitario público<sup>25</sup>.

### 3.1 El principio bioético de justicia

El principio de justicia pone de relieve las desigualdades que se producen en el acceso al cuidado de la salud por parte de los distintos colectivos y al incremento de costes que dichos cuidados ocasionan en el ámbito de la sanidad<sup>26</sup>. Se trata de un principio que se escapa del ámbito individual y apela a la colectividad<sup>27</sup>. En este sentido,

---

<sup>24</sup> Esta cuestión se desarrolla detenida y profusamente en la Tesis Doctoral de PINTO PALACIOS, F., "Nacidos para salvar. Un análisis ético-jurídico del bebé medicamento", (en prensa).

<sup>25</sup> Véase al respecto el trabajo de MARCOS DEL CANO, A.M./PINTO PALACIOS, F. "El derecho a la salud y su universalidad en el contexto del derecho español", en prensa.

<sup>26</sup> Vid. GONZÁLEZ R. ARNÁIZ, G., Vid. "Bioética: saber y preocupación", en Junquera de Estéfani, R., (dir.), *Bioética y bioderecho. Reflexiones jurídicas ate los retos bioéticos*, Comares, Granada, 2008, p. 23.

<sup>27</sup> En este sentido, Gracia manifiesta que: "Las primeras partes, los pacientes, aportan a la relación médico-enfermo el principio moral de autonomía. Las segundas partes, los médicos, el principio de beneficencia [...] Por terceras partes deben entenderse, en sentido estricto, todos los agentes sociales que intervienen en la relación médica y son distintos de los sanitarios, los pacientes y de la familia. Terceras partes son el hospital, la Seguridad Social, el Estado. La característica típica y unificadora de todas ellas es que aportan a la relación médico-paciente un nuevo principio, el de justicia. Cuando un director de un hospital se plantea el problema de cómo distribuir los recursos limitados de que dispone, a fin de que produzcan el mayor beneficio posible a la comunidad; cuando un juez retira la

GOIKOETXEA ITURREGUI<sup>28</sup> considera que este principio "explicita la dimensión social del principio de no maleficencia, es decir, la obligación de no lesionar la consideración social de los seres humanos". Este principio exige la consecución del bien común que puede entenderse –como señala FORMENT<sup>29</sup>– como "el conjunto de las condiciones de vida social, que permiten que los individuos y los grupos que la realizan, consigna más fácilmente y con mayor plenitud su perfección propia".

El fundamento del principio de justicia es la igualdad de todos los seres humanos. En este sentido, BOLADERAS<sup>30</sup> considera que esta igualdad se despliega en dos ámbitos: 1) igualdad en cuanto que cualidad de poseer los mismos derechos y libertades; y 2) igualdad de cara a la atención que debe ser suministrada a cada persona. La consecuencia de este principio es –según FLECHA<sup>31</sup>– que todo ser humano merece el mismo respeto y todos tienen la oportunidad de reivindicar su derecho a la vida, la salud y la equidad en el reparto de los recursos sanitarios.

Según el Informe Belmont, el principio de justicia está relacionado en el ámbito de la Bioética con la llamada justicia<sup>32</sup>

---

patria potestad a un padre como consecuencias de las lesiones producidas a su hijo; o cuando evita que un testigo de Jehová deje morir a su hijo por su negativa a que se le transfunda sangre; en todos estos casos, las terceras partes están haciendo uso del principio de justicia. Su importancia es tan grande, que sin él no hay vida moral posible". Vid. GRACIA, D., *Fundamentos de Bioética*, Triacastela, Madrid, 2008, p. 202.

<sup>28</sup> Vid. GOIKOETXEA ITURREGUI, M<sup>a</sup>. J., "Las decisiones éticas en situaciones sanitarias conflictivas", en Vélez, J., (coord.), *Bioéticas para el siglo XXI, 30 años de Bioética (1970-2000)*, Universidad de Deusto-Fundación BBVA, Bilbao, 2003, pp. 178-179.

<sup>29</sup> Vid. FORMENT, E., "La filosofía del bien común", *Anuario Filosófico*, vol. 27, 1994, pp. 797-815.

<sup>30</sup> Vid. BOLADERAS, M, *Bioética*, Síntesis, Madrid, 1998, p. 35.

<sup>31</sup> Vid. FLECHA, J.R., *La fuente de la vida. Manuel de Bioética*, Sígueme, Salamanca, 1999, p. 64.

<sup>32</sup> Desde tiempos de Aristóteles, la justicia suele dividirse en dos categorías, general o legal y particular. Ésta, a su vez, se clasifica en distributiva y conmutativa. Sobre estos conceptos, Preciado Hernández señala que: "La justicia se divide en general y particular, según que se considere los actos humanos en relación con lo que exige la conservación de la unidad social y el bien común, o en relación con lo que corresponde a los particulares entre sí o frente a la comunidad. La primera regula los derechos de la sociedad; la segunda los derechos de los particulares. Y a la general se le llama legal, porque es propio de las leyes humanas determinar los actos debidos al bien común que la sociedad tiene el derecho de exigir. La justicia particular se subdivide en distributiva y conmutativa, porque el hombre tiene derechos frente a la sociedad –éste debe asignar y reconocer a cada uno su participación en el bien común–, y frente a sus semejantes o frente a la misma sociedad cuando ésta se coloca en el mismo plano que los particulares". Vid. PRECIADO HERNÁNDEZ, R., *Lecciones de Filosofía del Derecho*, 2<sup>o</sup> edición, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1984, p. 214.

distributiva<sup>33</sup>. BEAUCHAMP y CHILDRESS<sup>34</sup> definen la justicia distributiva como la "distribución imparcial, equitativa y apropiada en la sociedad, determinada por normas justificadas que estructuran los términos de la cooperación social". Por su parte GAFO<sup>35</sup> entiende que este concepto hace referencia a la "distribución equitativa de los derechos, beneficios y responsabilidades o cargas entre los miembros de la sociedad".

Para determinar si la distribución de las cargas y beneficios es justa, debemos acudir a principios de justicia formales y materiales.

En cuanto a los primeros, BEAUCHAMP y CHILDRESS<sup>36</sup> parten de la concepción aristotélica de la según el cual "los iguales debe ser tratados igualmente, y los desiguales deben ser tratados desigualmente". Se trata de una concepción meramente formal pues no sirve para resolver los problemas que plantea la igualdad de trato. En efecto, en esta máxima no se especifica quien es igual a quién. Como señala GAFO<sup>37</sup>, este principio no nos indica "desde qué punto de vista los casos son o deben ser iguales, ni nos da criterios para determinar la igualdad". La igualdad presupone una relación comparativa en la que se selecciona un patrón de comparación que, en tal medida, resultará relevante. Por tal motivo, todo juicio de igualdad de trato requiere de un acto de decisión en el que se seleccione quiénes y qué datos<sup>38</sup> van a considerarse relevantes en

---

<sup>33</sup> La justicia distributiva regula la participación que corresponde a cada uno de los miembros de la sociedad en el bien común, asigna el bien común distribuible, así como las tareas o cargas con que los particulares deben contribuir. En este sentido, Bernal Moreno manifiesta que: "Tiene por objeto directo los bienes comunes que hay que repartir, y por indirecto solamente las cargas. Y como no todos los particulares son iguales, ni contribuyen en la misma proporción al bien común, el criterio racional de la justicia distributiva es el de una igualdad proporcional. En este caso, la relación considerada por la justicia general, se invierte: ya que el sujeto activo, el sujeto titular del derecho para la justicia distributiva, es siempre la persona individual, mientras que el sujeto pasivo u obligado, es en este caso la autoridad política como representante de la comunidad" (BERNAL MORENO, J.K., "La idea de justicia", *Revista del Postgrado en Derecho de la UNAM*, vol. 1, núm. 1, 2005, p. 165).

<sup>34</sup> Vid. BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., *Principios de ética biomédica*, Masson, Barcelona, 1999. p. 227.

<sup>35</sup> Vid. GAFO, J., *Bioética religiosa*, 3<sup>a</sup> edición, Desclée de Brouwer-Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2003. p. 49.

<sup>36</sup> Vid. BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., ob. cit., p. 227.

<sup>37</sup> Vid. GAFO, J., ob. cit., p. 50.

<sup>38</sup> En este sentido, Sen argumenta que, partiendo de que la igualdad es un valor inexcusable en cualquier teoría de la justicia social, es necesario identificar los valores que deben ser objeto de comparación. En efecto, cualquier teoría de la organización social pone el acento en el tratamiento igualitario de los individuos. Sin embargo, las distintas respuestas a la pregunta "¿Igualdad de qué?" son las que permiten comprender las diferencias entre las distintas concepciones éticas. Así, por ejemplo, la doctrina libertaria considera que debe existir una igualdad de libertades. Por otro lado, la teoría utilitarista pone el acento en la ponderación de las utilidades de cada uno de acuerdo con la maximización del bien común. Vid. SEN, A., "Equality of What?", *The Tanner Lectures of Human Values*, Conferencia

orden a la emisión de un juicio comparativo de igualdad<sup>39</sup>.

Respecto de los segundos, BEAUCHAMP y CHILDRESS<sup>40</sup> consideran que los principios materiales sugieren diferentes propiedades relevantes cuya tenencia hace que una persona sea candidata para participar en una determinada distribución. En este sentido, afirman que estos principios "identifican una obligación *prima facie* cuyo peso no puede evaluarse independientemente de las circunstancias particulares o de los ámbitos en los que son particularmente aplicables<sup>41</sup>". En este sentido, los autores citados enuncian seis principios de esta naturaleza: 1) a cada persona una parte igual; 2) a cada persona de acuerdo con su necesidad; 3) a cada persona de acuerdo con su esfuerzo; 4) a cada persona de acuerdo con su contribución; 5) a cada persona de acuerdo con el mérito; y 6) a cada persona de acuerdo con los intercambios del libre mercado. Estas concepciones pueden convivir en una misma sociedad y, por tanto, no son excluyentes. Su aplicación dependerá de las circunstancias particulares que se produzcan en el caso examinado<sup>42</sup>.

Como se puede observar, el principio de justicia tiene una especial incidencia en la gestión de la política sanitaria de una determinada comunidad. Los escasos recursos sanitarios, unido al hecho del considerable aumento del coste de las nuevas tecnologías médicas, determina la necesidad de aplicar criterios de distribución que superen los conflictos entre quienes precisan los servicios de salud y los que soportan sus gastos. En este sentido, GONZÁLEZ R. ARNÁIZ<sup>43</sup> considera que la aplicación de este principio implica que un paciente no podrá pedir menos de lo que la sociedad considera un

---

pronunciada en la Universidad de Stanford, 22 de mayo de 1979, pp. 197-220, disponible en el siguiente enlace: <http://tannerlectures.utah.edu/documents/a-to-z/s/sen80.pdf> [Consultado 12-4-2016].

<sup>39</sup> Vid. BARRERE UNZUETA, M<sup>a</sup>.A., "Igualdad y discriminación positiva: Un esbozo de análisis teórico-conceptual", *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*, núm. 9, 2003, pp. 2-3.

<sup>40</sup> Vid. BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., ob. cit., p. 228.

<sup>41</sup> La configuración de los principios *prima facie* fue elaborada por el filósofo escocés W.D. Ross en su obra *The Right and the Good* publicada en 1930. Según este autor, los principios son concebidos como punto de partida que debe interpretarse después según el contexto de su aplicación. De esta manera, los principios obligan siempre, a menos que entren en conflicto con obligaciones expresadas en otro principio moral. Por ejemplo, el deber de no matar a una persona deja de aparecer como absoluto y se convierte en *prima facie* cuando matar es el único medio de legítima defensa. Para un estudio detenido de esta cuestión, vid. GARCÍA-YZAGUIRRE, J.V., "La validez *prima facie* y el principio de derrotabilidad de las normas jurídicas", *Revista Dikaion*, año 26, vol. 21, núm. 2, diciembre de 2012, pp. 459-487; REQUENA MEANA, P., "Sobre la aplicabilidad del principialismo norteamericano", *Cuadernos de Bioética*, vol. XIX, núm. 1, 2008, pp. 11-27.

<sup>42</sup> Así, por ejemplo, ante una urgencia médica habrá que dar a todos la misma atención, comenzado por aquellos que tenga riesgo vital. Sin embargo, a la hora de adjudicar la plaza en un hospital se deberá tener en cuenta en primer lugar los méritos de cada candidato.

<sup>43</sup> Vid. GONZÁLEZ R. ARNÁIZ, G., ob. cit., p. 25.

mínimo decente, pero tampoco podrá pedir más de lo que la sociedad pueda ofrecerle en el marco de una distribución equitativa de los recursos sanitarios.

### **3.2 El derecho a una atención sanitaria que garantice el "funcionamiento normal de la especie": la propuesta de Norman Daniels**

El filósofo norteamericano Norman Daniels expuso la relación existente entre la justicia y la sanidad en su conocido libro *Just Health Care*<sup>44</sup> publicado en 1985. En dicho libro aplica el pensamiento de Rawls con una doble finalidad<sup>45</sup>: 1) reconocer que la sociedad tiene el deber de proporcionar a sus miembros una parte justa y adecuada del total de recursos sociales relacionados con el bienestar y las necesidades; y 2) garantizar una justa asignación de servicios sanitarios teniendo en cuenta las distintas necesidades.

El razonamiento de Daniels parte de la constatación de que las necesidades de salud de las personas son relevantes para la justicia<sup>46</sup>. Como hemos visto anteriormente, el pensamiento rawlsiano no presta especial atención a la salud y los servicios sanitarios dado que no se incluyen en la lista de "bienes sociales primarios". Para conjugar ambos planteamientos, Daniels examina dos posibles soluciones.

La primera sería incluir la atención y el cuidado de la salud en la lista de "bienes sociales primarios"<sup>47</sup>. No obstante, el filósofo descarta

---

<sup>44</sup> Vid. DANIELS, N., *Just Health Care*, Cambridge University Press, Cambridge, 1985.

<sup>45</sup> Vid. ZÚÑIGA FAJURI, A., "Una teoría de la justicia para el cuidado sanitario: la protección de la salud en la Constitución después de la reforma AUGÉ", *Revista de Derecho*, vol. XXIII, núm. 2, diciembre 2010, p. 121.

<sup>46</sup> Las necesidades de salud son relevantes para el desarrollo de la persona. En este sentido, Doyal y Gough ya expresaron que: "La salud física constituye una necesidad humana básica cuya satisfacción es prioritaria para los individuos [...] Para desenvolverse bien en la vida cotidiana –con independencia de su actividad o contexto cultural–, los seres humanos han de ir mucho más allá de la mera supervivencia. Han de gozar de un mínimo de buena salud física". Vid. DOYAL, L. y GOUGH, I., *Teoría de las necesidades humanas*, FUEM/Icaria, Barcelona, 1994, p. 86.

<sup>47</sup> En este mismo sentido, Green considera que la asistencia sanitaria es un "bien social primario en el sentido de Rawls. Sobre esta autor, Gracia manifiesta que: "En su opinión [Green] la salud no puede considerarse una mera contingencia natural, ajena a los objetivos de distribución social. Piensa, por el contrario, que la salud está en la sociedad moderna en función de la tecnología médica y de las decisiones sociales. Por ello, la asistencia sanitaria tiene un valor instrumental en orden a la realización de la propia vida, y debe hallarse sujeta a la distribución según los principios rawlsianos de la justicia". Vid. GREEN, R.M., "Health Care and Justice in Contract Theory Perspective", en Veatch, R.M. y Branson, R (eds.), *Ethics and Health Policy*, Ballinger Publishing, Cambridge, 1976, pp. 111-126; GRACIA, D., ob. cit., p. 257.

esta opción porque ello generaría tres nuevos problemas<sup>48</sup>: 1) existirán importantes dificultades para determinar el peso relativo de cada una de las categorías de dicho índice; 2) si se trata a los servicios de salud como "bienes sociales primarios" especialmente importantes estaremos renunciado a concepto más general de "bien social primario"<sup>49</sup>; y 3) existe el riesgo de generar una larga lista de tales bienes relacionándola con cada necesidad importante<sup>50</sup>.

La segunda opción consiste en incluir las instituciones relativas al cuidado de la salud entre las instituciones encargadas de proporcionar una justa igualdad de oportunidades<sup>51</sup>. En efecto, una persona que padece una enfermedad se encuentra en una situación de desventaja respecto de las demás lo que, a su vez, repercute en sus oportunidades de desarrollo personal<sup>52</sup>. Dado que la enfermedad y la discapacidad constituyen restricciones inmerecidas que limitan las oportunidades de las personas<sup>53</sup> para lograr sus metas, Daniels propone un sistema sanitario basado en la regla de la "oportunidad justa" según la cual "nadie debe tener garantizados beneficios

---

<sup>48</sup> Vid. DANIELS, N., "Health-Care Needs and Distributive Justice", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núm. 2, 1981, p. 164.

<sup>49</sup> Si se incluyera la salud en la lista de "bienes sociales primarios", deberíamos añadir otros como, por ejemplo, la vivienda, la educación o la Seguridad Social pues también tienen una importancia clave en el desarrollo de la persona.

<sup>50</sup> En este mismo sentido, Arrow considera que la inclusión de la salud en los bienes sociales primarios provocaría dos problemas: 1) podría obligar al Estado a destinar excesivos recursos para satisfacer las necesidades extremas de asistencia sanitaria de ciertas personas, quizá hasta el punto de que el resto de la sociedad se vea condenada a la pobreza; y 2) llevaría a enfrentar ese índice con otros de la lista – como los ingresos o la riqueza–, lo que indefectiblemente obligaría a discriminar entre ambos por criterios de utilidad. Vid. ARROW, K., "Some ordinalist-utilitarian notes on Rawl's theory of justice", *The Journal of Philosophy*, vol. 70, núm. 9, 1973, pp. 245-263; GRACIA, D., ob. cit., p. 256.

<sup>51</sup> Vid. LEMA AÑÓN, C., *Salud, Justicia, Derechos. El derecho a la salud como derecho social*, Dykinson/ Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas/ Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2009, p. 139.

<sup>52</sup> En este sentido, Daniels compara la importancia de la salud con la educación al sostener que, al igual que resultar necesario disminuir las diferencias de origen social que colocan a algunos en una situación de desventaja educacional inmerecida, se puede decir que no se "merecen" las desventajas genéticas que determinan un mal estado de salud. Vid. DANIELS, N., *Just Health. Meeting Health Needs Fairly*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008, pp. 21 y 47.

<sup>53</sup> Desde un punto de vista crítico, Vidiella considera que Daniels otorga demasiada importancia a la salud frente a otros bienes que también son relevantes para la justa igualdad de oportunidades. En efecto, las personas tiene múltiples capacidades que deben desarrollarse para permitir a las personas actuar como sujetos morales, libres e iguales. El buen funcionamiento físico y mental es una de las múltiples capacidades. No posee un carácter preferencial. Sin embargo, no por ello debe ser excluida de las demandas de justicia. Para un estudio detenido de esta cuestión, vid. VIDIELLA, G., *El derecho a la salud*, Eudeba, Buenos Aires, 2000, pp. 80 y ss; y de la misma autora "La justicia en la salud", en Luna, F. y Salles A.L.F., *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, Capítulo XII.

sociales sobre la base de condiciones ventajosas no merecidas (porque ninguna persona es responsable de tenerlas) y que a nadie se deberían negar beneficios sociales sobre la base de condiciones desventajosas no merecidas (porque tampoco son responsables de esas propiedades)<sup>54</sup>". La atención sanitaria, por tanto, debe operar como regla de compensación para aquellos que tienen desventajas<sup>55</sup>.

Una vez constatada la importancia de la salud en el desarrollo de la autonomía de las personas, el siguiente paso consiste en determinar de qué necesidades de salud de una persona pueden tener relevancia en la teoría de la justicia y, especialmente, para el principio de "justa igualdad de oportunidades". A tal efecto, Daniels distingue objetivamente entre las auténticas necesidades de salud y las meras preferencias subjetivas<sup>56</sup>. Para responder a esta cuestión propone el criterio del "funcionamiento normal de la especie" según el cual se consideran enfermedades que exigen asistencia sanitaria conforme al principio de justicia distributiva todas aquellas "desviaciones de la organización funcional natural de un miembro típico de la especie"<sup>57</sup>". Desde este punto de vista, estas necesidades se podrían caracterizar por dos notas<sup>58</sup>: 1) son adscribibles de modo objetivo y, por tanto, con independencia de las preferencias individuales de los sujetos; y 2) si no están satisfechas, disminuye el "normal funcionamiento" del individuo como miembro de la especie<sup>59</sup>. A tal efecto, Daniels incluye dentro de las necesidades de salud las siguientes: nutrición y abrigo adecuados; vivienda sanitaria salubre y ambiente libre de contaminación; ejercicio, descanso y otros rasgos de vida sana; servicios médicos preventivos, curativos y de rehabilitación; servicios sociales no médicos<sup>60</sup>. Todas ellas resultan

<sup>54</sup> Vid. BEAUCHAMP, T.L. y CHILDRESS, J.F., ob. cit., p. 235.

<sup>55</sup> Según Requena, en este enunciado coexisten dos ideas: 1) ninguna persona debe recibir ventajas sociales por propiedades o capacidades personales de las que no sea responsable; y 2) nadie se le debe negar un beneficio por una tara de la que no sea causante. Vid. REQUENA MEANA, P., *El principialismo y la casuística como modelos de bioética clínica. Presentación y valoración crítica*, Tesis Doctoral, Pontificia Universidad de la Santa Cruz, Facultad de Teología, Roma, 2005, p. 117.

<sup>56</sup> Sobre esta cuestión Guzmán Urrea clarifica que "no se trata de que las personas entren por igual al sistema sanitario ni el mismo número de veces, como afirman algunas teorías de la igualdad en la distribución de los recursos sanitarios, sino de que éstos sean distribuidos según sus necesidades". Vid. GUZMÁN URREA, M<sup>a</sup>, "Aportes de las teorías de la justicia de John Rawls y Amartya Sen en la interpretación de la justicia sanitaria", *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, vol. VII, núm. 14-15, 2006, pp. 35-61., p. 43.

<sup>57</sup> Vid. DANIELS, N., *Just Health Care...*, ob. cit., p. 28.

<sup>58</sup> Vid. MARTÍNEZ OLIVA, L., "La equidad en la asignación de recursos en salud. Una conciliación entre la ética de máximos y el mínimo decente", *Clínica y Ciencia*, vol. 2, núm. 1, suppl. 1, 2004, p. S7.

<sup>59</sup> Según esta definición, la apendicitis es una enfermedad y debe caer dentro del principio de justa igualdad de acceso a los cuidados médicos, pero no una operación de cirugía estética tendente a corregir una nariz aguileña. Vid. GRACIA, D., ob. cit., p. 255-256.

<sup>60</sup> Vid. DANIELS, N., *Just Health Care...*, ob. cit., pp. 47-48.

necesarias para mantener, restaurar, prevenir o compensar las desviaciones respecto al "normal funcionamiento" de la especie.

Como se puede observar, el criterio propuesto por Daniels pretende garantizar el mantenimiento de las capacidades físicas, emocionales y cognitivas de los beneficiarios lo más próximas a la "normalidad". La finalidad de este criterio es preservar la igualdad de oportunidades en el desarrollo de los planes de vida autoescogidos por la persona<sup>61</sup>. En cualquier caso, este rango de oportunidades no es ilimitado, sino que está condicionado por otros factores ajenos a la salud de la persona, entre otros, el estado de desarrollo histórico, el nivel de bienestar material, el grado de desarrollo tecnológico y otros hechos culturales importantes como la actitud ante la familia y el trabajo. Se trata, por tanto, de limitar ciertos impedimentos en sus oportunidades que puedan afectar su "normal funcionamiento"<sup>62</sup>. De esta manera, como señala LEMA AÑÓN<sup>63</sup>, el principio propuesto por Daniels no "modifica la distribución normal de talentos y habilidades", sino que asegura que las personas actúan como "competidores normales" lo que no significa que sean estrictamente iguales<sup>64</sup>.

---

<sup>61</sup> Para Daniels, la importancia de la salud radica en su relación con el principio de igualdad de oportunidades. Este planteamiento supone una diferencia sustancial respecto a Rawls que considera que debe aplicarse exclusivamente a la obtención de empleos y oficios. Como señala Lema Añón, esta extensión que hace Daniels "se basa en parte en ampliar los conceptos de sociedad y de oportunidad". A este respecto, afirma que: "[...] la sociedad no la integrarían solo los productores, y las oportunidades no se limitan a la obtención de cargos y oficios, sino de persecución de los «planes de vida»" (LEMA AÑÓN, C., ob. cit., p. 148). Desde un punto de vista crítico, Vidiella considera que la idea del "funcionamiento normal" de Daniels supone tomar partido por las concepciones de lo bueno que cada sociedad acepta como "razonables". En este sentido, afirma que: "A mi modo de ver, este modo de enfocar la cuestión no solo evitar a apelar a las concepciones del bien, sino que puede tener un impacto negativo en la libre prosecución de los planes de vida. En efecto, Daniels entiende que los servicios y necesidades sanitarias deben priorizarse en función de la incidencia respecto a la oportunidad para alcanzar los planes de vida ordinarios que ofrece cada sociedad. Con ello, más que eludir la referencia a las concepciones de lo bueno, se toma partido por aquellas que cada sociedad acepta como «razonables»" (VIDIELLA, G., *El derecho a la salud...*, ob. cit., p. 84).

<sup>62</sup> Según Brock, para que las personas puedan construir una vida humana relativamente completa deben gozar de cuatro tipos de funciones primarias: 1) la biológica que incluye el buen funcionamiento de los órganos; 2) la física, que comprende la capacidad ambulatoria; 3) la social, que comprende la capacidad de comunicación; y 4) la mental, que está relacionada con una variedad de capacidades emocionales y de razonamiento. *Vid.* BROCK, D., "Quality of Life Measures in Health Care and Medical Ethics", en NUSSBAUM, M. Y SEN, A. (eds.), *Quality of Life*, Clarendon Press, Oxford, 1993, p. 127.

<sup>63</sup> *Vid.* LEMA AÑÓN, C., ob. cit., p. 140.

<sup>64</sup> Sobre la finalidad de este principio, Zúñiga Fajuri ha señalado que: "[...] Luego, el principio de justa igualdad de oportunidades no sería ni un principio «nivelador» que intente colocar a todas las personas bajo un común denominador mínimo, ni un principio fuerte excesivamente demandante que busque asegurar el acceso de todas las personas al mayor rango de oportunidades posibles. Las oportunidades son iguales en el sentido de que todas las personas debieran, por igual, limitar

### **3.3 El acceso al DGP extensivo en el sistema sanitario público: una apuesta favorable a la justicia distributiva.**

La distribución de las cargas y beneficios dentro de una determinada comunidad exige que no se penalice a aquellos sujetos que padecen una enfermedad de la que no son responsables. Desde este punto de vista, es necesario asegurar una atención sanitaria que proteja el "funcionamiento normal de la especie". En caso contrario, se estaría limitando las posibilidades de las personas de desarrollar sus planes de vida libremente escogidos. De acuerdo con este planteamiento, el DGP extensivo debe formar parte del contenido del derecho a la protección de la salud<sup>65</sup>. Las razones que apoyan este argumento, básicamente, son las siguientes: 1) la aparición de las enfermedades que motivan el DGP no depende la exclusiva voluntad del paciente por cuanto, en la mayoría de los casos, el hermano nace con dicha enfermedad o, en su caso, la desarrolla con posterioridad debido a una combinación de múltiples factores que escapan de su control; y 2) las enfermedades para las que está indicada la técnica perjudican seriamente la salud de los afectados lo que conduce a una pérdida de oportunidades reales de desarrollar su plan de vida.

La aplicación del principio de justicia a la atención sanitaria exige que esos niños gravemente enfermos dispongan de los tratamientos médicos necesarios que permitan garantizar su "funcionamiento normal". Esta necesidad básica pretende restablecer, en la medida de lo posible, la salud de dichos niños. Si se denegara el acceso a dicha prestación, se estaría vulnerando la "justa igualdad de oportunidades" al perpetuar una desventaja a personas que, debido a su grave enfermedad, se encuentran en una situación menos aventajada dentro la sociedad. No podemos olvidar, por otro lado, que las personas enfermas son niños que todavía no han tenido la oportunidad de desarrollar su plan de vida. Cercenar este proyecto de vida argumentando que existe una posible instrumentalización del "bebé medicamento" supone desconocer el compromiso del Estado en la promoción de la igualdad real y efectiva de todos los miembros que integran la sociedad<sup>66</sup>. En definitiva, como señala WHITEHEAD<sup>67</sup>, la

---

ciertos impedimentos en sus oportunidades que puedan afectar su normal funcionamiento". Vid. ZÚÑIGA FAJURI, A., "Teorías de la justicia distributiva: una fundamentación moral del derecho a la protección de la salud", *Convergencia. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 55, 2011, p. 204.

<sup>65</sup> Vid. PINTO PALACIOS, F., "Consideraciones éticas y jurídicas acerca de la exclusión de la población inmigrante del derecho a la protección de la salud", en *Dilemata, Revista internacional de éticas aplicadas*, nº 19, año 7, 2015, pp. 103-133; GÓMEZ FRANCO, T./REPULLO LABRADOR, J.R., "Buscando el reforzamiento constitucional efectivo y proporcionado del derecho a la protección de la salud", en *Universitas: Revista de filosofía, derecho y política*, ISSN-e 1698-7950, Nº. 23, 2016, págs. 13-34.

<sup>66</sup> Vid. Artículo 9.2 CE.

técnica del DGP extensivo pretende garantizar la "equidad en salud" lo que implica que "idealmente todo el mundo tenga una oportunidad justa para lograr toda su salud potencial y más pragmáticamente, que nadie deba estar en desventaja para lograr ese potencial, si esto puede evitarse".

En lo que se refiere a la legislación española, el art. 43 de la Constitución, garantiza el derecho a la protección a la salud, pero evidentemente nada dice acerca del contenido básico de la cartera de servicios mínimos que debe incluir el Sistema Nacional de Salud. Antes de noviembre de 2014<sup>68</sup>, el DGP no formaba parte de la cartera de servicios incluidos dentro del Sistema Nacional de Salud. Por tal motivo, las Comunidades Autónomas no incluyeron esta técnica dentro de las prestaciones de su sistema sanitario<sup>69</sup>.

La única excepción fue la Comunidad Autónoma de Andalucía que ha regulado en el Decreto 156/2005, de 28 de junio<sup>70</sup>, la

---

<sup>67</sup> Vid. WHITEHEAD, M., "The Concepts and Principles of Equity and Health", *International Journal of Health Services*, vol. 22, núm. 3, 1992, p. 433.

<sup>68</sup> Por medio de la Orden SSI/2065/2014, de 31 de octubre, por la que se modifican los anexos I, II y III del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización.

<sup>69</sup> Ello no impide que, si la técnica recibe el informe favorable de la CNRHA, la Administración sanitaria autonómica deriva a la pareja solicitante a un clínica privada y, posteriormente, sufrague los costes del tratamiento. No obstante, al menos hasta la fecha, existe un caso en el que la Administración sanitaria ha denegado sufragar los costes de derivación. Es el caso de una familia de Vinaròs que tiene un hijo de ocho años aquejado de Anemia de Fanconi. Después de recibir el informe favorable de la CNRHA, la Sanidad Valenciana comunicó a la pareja que no costeaba los gastos del tratamiento en el Instituto Valenciano de Infertilidad. Alegaba que se trataba de una técnica experimental y que no estaba incluida dentro de la cartera de servicios de la Seguridad Social. No obstante, en el año 2011 había costeado la derivación de dos solicitudes de DGP extensivo que no llegaron a producir embarazos después de la selección embrionaria. Dicha negativa motivó que los padres acudieran al Instituto de Genética Reproductiva de Chicago. Debido al alto coste del tratamiento que ascendía a 35.000 euros, los padres tuvieron que solicitar la ayuda ciudadana a través de rifas y conciertos solidarios. La madre se quedó embarazada, si bien meses más tarde tuvo que someterse a un aborto. Cuando la noticia se dio a conocer en los medios de comunicación, el Síndic de Greuges inició un procedimiento para investigar la negativa de la Sanidad valenciana. Vid. GIL, J., "Antonio, sin hermano que le salve", *El País*, Valencia, 28 de abril de 2012, disponible en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/28/valencia/1335637807\\_539240.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/04/28/valencia/1335637807_539240.html); y del mismo autor: "Jonathan, una vida por 35.000 euros", *El País*, Valencia, 26 de diciembre de 2012, disponible en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/12/26/valencia/1356552877\\_651225.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2012/12/26/valencia/1356552877_651225.html); y "La madre de Jonathan pierde al bebé que concibió en Chicago para curarle", *El País*, Valencia, 20 de enero de 2013, disponible en: [http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/19/valencia/1358620464\\_047628.html](http://ccaa.elpais.com/ccaa/2013/01/19/valencia/1358620464_047628.html) [Consultados 12-4-2016].

<sup>70</sup> El Decreto se publicó el día 13 de julio de 2005 en el número 135 del Boletín Oficial de la Junta de Andalucía. La norma entró en vigor al día siguiente de su

utilización del DGP en el sistema sanitario público, siendo la primera norma de estas características en el ordenamiento jurídico. Dicha norma se dictó en ejecución del III Plan Andaluz de Salud que contemplaba el "establecimiento de estrategias de intervención en genética" y la "incorporación a los procesos asistenciales de las técnicas e intervenciones relacionadas con la genética médica"<sup>71</sup>. El ámbito de aplicación de dicha norma autonómica se limita a las "personas con vecindad administrativa en cualquier municipio de Andalucía, con cobertura sanitaria a cargo del Sistema Sanitario Público de Andalucía"<sup>72</sup> y que presenten riesgo de transmitir a sus descendientes cualquiera de las enfermedades que se relacionan en el Anexo II<sup>73</sup>. Por su parte, la norma dispone que los solicitantes deberán acudir "al Servicio de Ginecología y Obstetricia del centro hospitalario que les corresponda por razón de su domicilio"<sup>74</sup> donde se les derivará a la Unidad de Genética y Reproducción Humana Asistida del Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla<sup>75</sup>. La norma crea, a su vez, la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción, órgano asesor de la Consejería de Salud en la materia y entre cuyas funciones se encuentra la actualización de enfermedades y el establecimiento de los criterios de indicación de este técnica en las parejas que se van a someter al procedimiento y velar por su cumplimiento<sup>76</sup>. Lógicamente, el Decreto autonómico no

---

publicación. Posteriormente, el día 15 de septiembre se publicó una corrección de errores que afectaba al artículo 7.2, letra d relativo a la composición de la Comisión Andaluza de Genética y Reproducción.

<sup>71</sup> En el III Plan Andaluz de Salud (2003-2008) se hacía referencia a la necesidad de integrar los avances científicos del genoma humano en la investigación y la prestación de servicios. El Plan recordaba la importancia de las pruebas genéticas "tanto para diagnosticarla enfermedad, antes de que sus síntomas sean manifiestos, como para predecir el riesgo individual de padecer enfermedades multifactoriales, tan frecuentes como las cardiovasculares, el cáncer o las neurodegenerativas". Ya se advertía que este tipo de pruebas suscitaban un intenso debate desde el punto de vista de la eficacia social. Se trataba, por un lado, de ofrecer la oportunidad de atender necesidades individuales (enfermedades raras) y, por otro, de priorizar aquellos procedimientos que fuesen de utilidad para el mayor número de ciudadanos. En el Objetivo 30 se definían las estrategias de actuación de la Consejería de Salud, los factores claves de éxitos y criterios de evaluación. Para un estudio de este documento, *vid.* CONSEJERÍA DE SALUD DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, *III Plan Andaluz de Salud (2003-2008)*, "Andalucía en Salud: construyendo nuestro futuro juntos", disponible en el siguiente enlace: [www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/galerias/documentos/c\\_1\\_c\\_6\\_planes\\_estrategias/III\\_plan\\_andaluz\\_salud/III\\_plan\\_andaluz\\_salud.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/salud/sites/csalud/galerias/documentos/c_1_c_6_planes_estrategias/III_plan_andaluz_salud/III_plan_andaluz_salud.pdf) [Consultado 12-4-2016].

<sup>72</sup> Artículo 3 de la Ley 2/1998, de 15 de julio, de Salud de Andalucía.

<sup>73</sup> El listado de enfermedades comprendía las siguientes: 1) Atrofia Muscular Espinal; 2) Distrofia Muscular de Duchenne; 3) Enfermedad de Huntington; 4) Fibrosis Quística; 5) Hemofilia A y B; 6) Otras enfermedades con herencia recesiva ligada al cromosoma X; y 7) Síndrome de Alport ligado al cromosoma X.

<sup>74</sup> Artículo 4.1 Decreto 156/2005.

<sup>75</sup> En el Anexo I del Decreto 156/2005.

<sup>76</sup> Artículo 6, letra b, del Decreto 156/2005.

hace referencia a la técnica del "bebé medicamento" pues todavía no se había aprobado la LTRHA de 2006. Precisamente, a raíz de la aprobación de la normativa estatal, se aprobó una actualización del listado de enfermedades susceptibles de ser tratados mediante DGP incluyendo expresamente en el Anexo II la selección de HLA<sup>77</sup>. Al amparo de dicha normativa, han nacido en el Hospital Universitario Virgen del Rocío de Sevilla<sup>78</sup> dos "bebés medicamento" en el año 2008<sup>79</sup> y 2012<sup>80</sup> destinados a curar a un hermano aquejado, respectivamente, de beta-talasemia y de una aplasia medular severa<sup>81</sup>.

Tras la reforma de noviembre de 2014, la normativa prevé unos criterios específicos para acceder a esta técnica del "bebé medicamento" en el Sistema Nacional de Salud. Estos requisitos son los siguientes<sup>82</sup>: 1) debe tratarse de pacientes con edad menor o igual a 40 años con una reserva ovárica suficiente para el fin del tratamiento que se persigue; 2) debe existir un hijo previo aquejado de una enfermedad que precise tratamiento con precursores hematopoyéticos procedente de hermano histocompatible; 3) la técnica debe autorizarse expresamente por la autoridad sanitaria correspondiente, previo informe favorable de la CNRHA; 4) se establece un límite máximo de tres ciclos de tratamiento con estimulación ovárica a los que se pueden añadir otros tres ciclos adicionales tras la valoración clínica o por la CNRHA de los resultados obtenidos en los primeros ciclos de tratamiento. Sin embargo, el número de ciclos podrá reducirse en función del pronóstico y, en particular, del resultado de los tratamientos previos.

#### 4.- REFLEXIONES *IN FINE*

A pesar de que han transcurrido más de quince años desde el

---

<sup>77</sup> La actualización del listado de enfermedades susceptibles de ser detectadas por el procedimiento de DGP se realizó a través Orden de 25 de noviembre de 2008 de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía.

<sup>78</sup> El procedimiento en ambos casos se ha coordinado por el doctor Guillermo Antiñolo como director de la Unidad de Genética, Reproducción y Medicina Fetal. Puede consultarse su trayectoria profesional en el siguiente enlace: <http://www.medicalgenomeproject.com/content/prof-guillermo-antinolo> [Consultado 12-4-2016].

<sup>79</sup> Vid. CARBALLAR, O. y GONZÁLEZ, A., "Nace el primer «bebé medicamento» conseguido en España", *Público*, 14 de octubre de 2008, disponible en el siguiente enlace: <http://www.publico.es/164787/nace-el-primer-bebe-medicamento-conseguido-en-espana>. [Consultado 12-4-2016].

<sup>80</sup> Vid. ESTRELLA YÁÑEZ, A., "Nace en Sevilla el segundo «bebé medicamento» de España", *ABC*, Sociedad, 14 de febrero de 2012, disponible en el siguiente enlace: <http://www.abc.es/20120214/sociedad/abcp-nace-sevilla-segundo-bebe-20120214.html> [Consultado 12-4-2016].

<sup>81</sup> Tras la reforma de noviembre de 2014, las Comunidades Autónomas deberán incluir el DGP dentro de las prestaciones de su sistema sanitario público.

<sup>82</sup> Apartado 5.3.8.3, letra f, apartado 2, del Anexo III del Real Decreto 1030/2006.

nacimiento del primer "bebé medicamento", podemos seguir afirmando que se trata de una técnica, en cierta medida, experimental que presenta una reducida tasa de eficacia. Los estudios efectuados en este ámbito demuestran que las probabilidades son bastantes reducidas por cuanto oscilan entre un 15%<sup>83</sup> y un 19%<sup>84</sup>. En el caso de Adam Nash, la eficacia del procedimiento fue de tan solo un 3%<sup>85</sup>.

A nuestro juicio, los datos anteriormente referidos no varían la conclusión: el DGP extensivo debe estar cubierto por el Sistema Nacional de Salud. En efecto, las exigencias del principio de justicia distributiva obligan a los poderes públicos a remover aquellos obstáculos que se constituyen una rémora para la efectiva igualdad de oportunidades (artículo 9.2 CE). La enfermedad, sin duda, constituye un factor cuya aparición no depende de la voluntad del paciente afectado y que, sin embargo, puede reducir –incluso, eliminar– las posibilidades de desarrollar de forma autónoma su plan de vida. Si tenemos en cuenta que las enfermedades para las cuales está indicado este procedimiento son especialmente graves y, en muchas ocasiones, comportan riesgo vital, nuestra conclusión se ve reforzada.

Por tal motivo, juzgamos positivo que el legislador español haya incluido esta prestación dentro de la cartera de servicios de la sanidad pública. Desde la introducción del DGP extensivo en España en el año 2006, no son pocas las familias que han tenido que acudir a clínicas privadas, incluso al extranjero, para poder buscar una solución terapéutica de último recurso para su hijo enfermo. Cuando posteriormente han intentado el recobro de la Administración sanitaria de los gastos en que habían incurrido, la respuesta de los Tribunales de Justicia ha sido mayoritariamente negativa pues, en definitiva, se trataba de una técnica experimental que no reunía los estándares de eficacia científica para ser incluida dentro de la cartera de prestaciones de la sanidad pública<sup>86</sup>.

---

<sup>83</sup> Vid. PENNING, G., SCHOTS, R. y LIEBAERS, I., "Ethical considerations on preimplantation genetic diagnosis for HLA typing to match a future child as a donor of haematopoietic stem cells to a sibling", *Human Reproduction*, vol. 17, núm. 3, 2002, pp. 534-538.

<sup>84</sup> Vid. EUROPEAN SOCIETY OF HUMAN REPRODUCTION AND EMBRYOLOGY, "Taskforce on Ethics and Law Human Reproduction", Informe nº 9, 2005, p. 845.

<sup>85</sup> Para constituir el primer "bebé medicamento", Adam Nash, se produjeron 33 embriones en cuatro ciclos de estimulación ovárica. De ellos, 19 era portadores heterocigotos de la misma enfermedad que su hermana, anemia de Fanconi y 5 homocigotos. Otros 5 eran sanos. De entre los 24 sanos o heterocigotos, se detectaron 5 HLA compatibles, se transfirieron dos y se implantó uno. Vid. VERLINSKY, Y., RECHITSKY, S., SCHOOLCRAFT, W., STROM, C. y KULIEV, A., "Preimplantation diagnosis for Fanconi anemia combined with HLA matching", *The Journal of the American Medical Association*, vol. 285, núm. 24, 2001, pp. 3130-3133.

<sup>86</sup> Vid. STSJ de Canarias, Sede en Santa Cruz de Tenerife, Sala de lo Social, de 15 de diciembre de 2005 (Ponente: Ilmo. Sr. Don José Manuel Celada Alonso).

En definitiva, su inclusión a partir de noviembre de 2014 en el Sistema Nacional de Salud refuerza el compromiso real de los poderes públicos con la protección efectiva de la salud (artículo 43.1 CE) que –como ha declarado en repetidas ocasiones el Tribunal Constitucional<sup>87</sup>– guarda íntima conexión con derechos fundamentales de máxima importancia como son el derecho a la vida y el derecho a la integridad física o moral.

---

<sup>87</sup> Entre otras, STC 5/2002, Sala Primera, de 14 de enero, FJ 4<sup>a</sup> (Ponente: Excmo. Sr. Don Pablo García Manzano); 119/2001, Pleno, de 24 de mayo, FJ 6<sup>o</sup> (Ponente: Excmo. Sr. Don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera).