



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 27 – Enero 2018 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Massimo La Torre (2017). Nostra Legge è la Libertà. Anarchismo dei Moderni* por Francesco Biondo.
- 8 *Reflexiones sobre discapacidad, deporte e inclusión*, por Rafael de Asís Roig.
- 21 *El predominio de la agenda neoliberal en el mundo contemporáneo: hegemonía y consecuencias*, por Carmen Pineda Nebot y Francisco Fonseca.
- 45 *La teoría del castigo en el pensamiento jurídico de Hegel*, por Miguel Alejandro Herszenbaun.
- 76 *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos frente a la movilidad humana: entre cosmopolitismo y hospitalidad*, por Constanza Núñez Donald.
- 110 *Aplicación de los ajustes razonables en Qatar. Un análisis sobre la garantía de la igualdad de las personas con discapacidad en el derecho común qatarí*, por Rafael de Asís Roig, M. Carmen Barranco Avilés, María Laura Serra, Patricia Cuenca Gómez, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Khalid Al Ali y Pablo Rodríguez del Pozo.
- 127 *El Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su impacto en el derecho privado de Qatar*, por Patricia Cuenca Gómez, Rafael de Asís Roig, M. Carmen Barranco Avilés, María Laura Serra, Francisco Javier Ansuátegui Roig, Khalid Al Ali y Pablo Rodríguez del Pozo.

Participan en este número

Francesco Biondo, Ricercatore (Investigador), Università degli Studi di Palermo, (Italia).

Rafael de Asís Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Carmen Pineda Nebot, Consultora de Administraciones Públicas. Investigadora, Grupo Espaços Deliberativos e Governança Pública (GEGOP) - Conselho Latinoamericano de Ciências Sociais (CLACSO), (Brasil).

Francisco Fonseca, Profesor e Investigador en la Fundación Getulio Vargas y en la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, (Brasil).

Miguel Alejandro Herszenbaun, Profesor de Filosofía y Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA). Docente en los Departamentos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, y Docente de Filosofía del Derecho en la Universidad de Avellaneda. Becario doctoral del CONICET, (Argentina).

Constanza Núñez Donald, Abogada por la Universidad de Chile. Docente instructora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, (Chile). Actualmente cursando el Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

M. Carmen Barranco Avilés, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Patricia Cuenca Gómez, Profesora Visitante en la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Francisco Javier Ansuátegui Roig, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Khalid Al Ali, Professor of Health Sciences, Qatar University, (Qatar).

Pablo Rodríguez del Pozo, Associate Professor of Medical Ethics in Medicine, Joan and Sanford I. Weill Cornell Medical College in Qatar, (Qatar).

María Laura Serra, Investigadora Asociada en el Centre for Disability Law and Policy de la Universidad Nacional de Irlanda en Galway, (Irlanda).

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

Universitas

Director: Rafael de Asís Roig

Subdirector: Angel Llamas

Secretaría: María Laura Serra

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís Roig | María 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 | María 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"

**RECENSIONE DI MASSIMO LA TORRE, NOSTRA LEGGE È
LA LIBERTÀ. ANARCHISMO DEI MODERNI, DERIVE APPRODI,
ROMA 2017**

Francesco Biondo*

El siguiente artículo es una reseña del libro NOSTRA LEGGE È LA LIBERTÀ. ANARCHISMO DEI MODERNI, de MASSIMO LA TORRE, editorial Derive Approdi, Roma, 2017.

Fecha de recepción: 23/08/2017

Fecha de aceptación: 30/10/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4015>

* Ricercatore, Università degli Studi di Palermo (Italia). E-mail: francesco.biondo@unipa.it

RECENSIONE

Il testo qui recensito costituisce un sasso nello stagno del dibattito sulla giustificazione delle istituzioni giuridiche, sasso lanciato da uno dei più eminenti filosofi del diritto italiani. Il sasso è costituito dalla dottrina politica "anti-giuridica" per definizione: l'anarchismo. E che tale sasso sia lanciato in uno "stagno", e non in un "torrente" di idee, ci sembra dato dal fatto che ormai sembra cristallizzato un consenso generale tra i filosofi del diritto circa il primato del liberalismo politico (J. Rawls), o di forme di repubblicanesimo parassitarie del liberalismo politico (J. Habermas), su altre dottrine politiche alternative quando si discute dell'obbligo di obbedire al diritto. Generalmente al giorno d'oggi, la fonte della giustificazione non è considerata più lo Stato etico hegeliano, o il Leviatano hobbesiano, o la Volontà Generale di rousseaiana memoria, ma un insieme di principi di giustizia o di processi deliberativi svolti in condizioni ideali che assumono forma giuridica allorquando si "codificano" in procedure legislative e amministrative, in un insieme di diritti indisponibili, in un assetto istituzionale che tende alla separazione e mutuo controllo dei poteri. Allo stesso tempo, però, si considera come un dato di fatto, e non una costruzione teorica, l'idea che l'obbligo giuridico abbia una caratteristica: essere una efficace ragione escludente, o di secondo ordine, che sostituisce le ragioni di primo ordine, o morali, prudenziali, religiose, contrastanti con il contenuto della norma giuridica. E questa caratteristica viene riconosciuta sia da giuspositivisti (J. Raz) sia da giusnaturalismi (J. Finnis).

In questa temperie culturale, che tematizza l'autorità effettiva come nucleo indiscutibile di ogni esperienza giuridica, l'anarchismo sembra essere una dottrina politica ottocentesca frutto di una disperata reazione contro il progresso istituzionale, l'affermarsi dei regimi liberali di stato di diritto, e economico, con l'istituzionalizzazione a livello europeo del modo di produzione capitalista, che coinvolgeva l'Europa e le sue periferie. Come opportunamente ricorda l'autore, storici marxisti come E. Hobsbawm tacciano l'anarchismo di essere una forma di ribellismo, e non un movimento rivoluzionario, in questo aiutati dalla vulgata di storia delle dottrine politiche che o non dedica alcuno spazio alle dottrine anarchiche (come nel caso di G. Sabine), o non ritiene gli esponenti anarchici dei pensatori, ma solo dei cospiratori (come nel giudizio di I. Berlin su Bakunin). Non è poi da dimenticare il peso che la tradizione marxista ha avuto nel pensiero socialista, rendendo egemonica l'influenza di K. Marx ed F. Engels su quest'ultimo, e il loro giudizio negativo sul pensiero anarchico, bollato come antiscientifico, irrazionale, antimoderno, inconcludente. Infine per i positivisti giuridici valgono ancora le dure notazioni di H. Kelsen: il giusnaturalismo e qualunque forma di cognitivismo etico non sono

altro che forme nascoste di anarchismo. Tali dottrine infatti assumono che i valori siano coerenti tra di loro così che non c'è bisogno del diritto, e della sua ragione "artificiale" (prendendo a prestito la nota espressione di E. Coke), e di un apparato coercitivo per realizzare il bene nel mondo in quanto ciascun cittadino saprebbe cosa è bene fare, rendendo un ordinamento coattivo del tutto superfluo superfluo (questa critica come sappiamo sopravvive a Kelsen e perdura nel dibattito odierno circa il legame definitorio o concettuale tra diritto e morale).

Il fastidio, o il disinteresse, che poi un filosofo del diritto può nutrire circa l'anarchismo infine può essere dato dal diffondersi da oltre oceano delle dottrine c.d. "anarco-capitaliste" che auspicano un dissolvimento delle istituzioni giuridiche a favore di transazioni di mercato sostenute da contratti che ciascun privato può stipulare con agenzie di protezione, anch'esse private. Sarebbe poi il meccanismo "naturale" di equilibrio tra offerta e domanda a determinare quali diritti si possano garantire e quali no, rendendo possibile (distopicamente a nostro avviso e ad avviso dell'autore) un mercato senza Stato o diritto.

Il testo del Professor La Torre, che raccoglie e rimaneggia vari interventi pubblicati nell'arco di un ventennio, si presenta come un tentativo di rinverdire la tradizione anarchica mostrando il legame concettuale tra anarchismo e dottrina dell'obbligo politico nell'età moderna. Contro tale vulgata l'autore riesce in un agile percorso di natura soprattutto storica ad demolire i luoghi comuni, propri della vulgate sia marxista sia liberale prima citate, circa l'anarchismo, dedicando ogni capitolo a un autore anarchico la cui opera mostra i limiti delle tradizioni storiografiche prima citate.

Nell'introduzione l'autore si preoccupa di indicare che la sua indagine ha per oggetto non l'anarchismo teorico, la dottrina che nega la possibilità di una giustificazione razionale della pretesa morale di un'autorità di essere obbedita, il cui esponente è oggi R.P. Wolff, dottrina che La Torre mostra essere coerente con l'accettazione per ragioni prudenziali di quasi qualunque regime politico, ma bensì l'anarchismo politico. Quella dottrina cioè che unisce allo scetticismo per l'autorità, necessario per preservare la libertà individuale, la pretesa che sia possibile istituire un regime di cooperazione sociale in cui ciascun membro obbedisca per convinzione e non per coazione, un ideale che l'autore mostra essere già presente in I. Kant che nella sua *Antropologia* definisce l'anarchia come "Gesetz und Freiheit ohne Gewalt" (Legge e libertà senza violenza) (10).

Il primo capitolo è dedicato a W. Godwin, marito di M. Wollstonecraft, la cui opera è analizzata a partire dall'idea che l'anarchismo politico sia non un avversario, ma un continuatore del liberalismo, almeno quello che successivamente verrà esposto da J. Stuart Mill. La necessità del potere non viene negata, ma si approfondisce l'individualismo liberale e la richiesta di continua

legittimazione delle istituzioni giuridiche e sociali anche in ambiti, come l'ambito familiare, in cui il liberalismo rimane muto, e, allo stesso tempo, viene rifiutata l'idea che l'individuo formuli le proprie preferenze solo in base al proprio egoismo.

Il secondo capitolo tratta di un autore che per certi versi si avvicina all'anarchismo teorico, si tratta di Max Stirner, l'esponente più radicale, e iconoclasta, della c.d. sinistra hegeliana, e oggetto di una critica caustica, ma a giudizio dell'autore non corretta, da parte di Marx ed Engels nella *Ideologia tedesca*. La Torre si preoccupa di offrire una interpretazione di Stirner quale esponente di un emotivismo meta-etico e di un convenzionalismo morale che lo rendono un autore tipicamente positivista. Si tratta quindi di un esempio di come l'anarchismo politico sia da considerare non una dottrina antimoderna, ma addirittura contemporanea, in quanto espone quegli elementi teorici e metodologici (in particolare il metodo "genealogico della morale") che oggi contendono il dibattito tra positivisti, realisti e metodologici, e post-positivisti o giusnaturalisti. Tale modernità si manifesta poi nel giudizio che Stirner dà di Marx e Engels, un giudizio davvero "profetico", visti gli sviluppi del loro socialismo scientifico. Di essere prigionieri di una forma di determinismo scientifico: basta conoscere le strutture economiche per determinare come e quando l'uomo può liberarsi dal fenomeno dell'alienazione e diventare "autonomo".

Il terzo capitolo è dedicato a P.J. Proudhon che probabilmente è l'autore anarchico che più si è dedicato a elaborare una dottrina giuridica dell'anarchismo, cioè di come può configurarsi una società politica anarchica. Nello spazio angusto di una recensione non può darsi conto dell'elaborata analisi proposta da La Torre, che si preoccupa di offrire un ritratto a tutto tondo della vasta produzione dell'anarchico francese, soprattutto della sua cangiante idea di Stato, visto come "presente organizzazione politica, gerarchica e centralizzata della società", come "struttura politica federale della società mutualistica", e infine come "organizzazione sociale complessiva della cosa pubblica", cioè come "sfera pubblica" (97). Ci sembra di notare in questo capitolo una profonda simpatia dell'autore nei confronti di Proudhon che lo fa somigliare a certi autori contemporanei, anche normativisti e positivisti, che mostrano da una parte lo Stato come una minaccia alle libertà individuali, ma d'altra parte lo dipingono come uno strumento, o meglio "lo" strumento, che può eradicare discriminazioni accettate e non discusse in società.

Il quarto capitolo è dedicato a Bakunin e offre un quadro molto più articolato del pensiero del nobile russo, spesso ricordato anche in letteratura per i suoi sempre frustrati tentativi di insurrezione, un personaggio da romanzo, ma non un pensatore. Secondo La Torre, invece, Bakunin realizza con la sua prassi una precisa interpretazione "negativa", "sovversiva" dell'idealismo di Hegel, radicalizzando la lettura materialista già elaborata da Feuerbach: "Per il russo la legge,

come Dio, è il prodotto dell'immaginazione dell'uomo, prodotto che a un certo punto si trasforma in un feticcio al quale si deve adorazione e obbedienza. È un fantasma che lo spirito umano si crea nella sua rivolta contro l'esistente e che però non riesce più a sottoporre alla negazione della critica" (123). Da questo punto di vista l'anarchismo di Bakunin offre al lettore un'interpretazione radicale, negativa dell'hegelismo, che a nostro giudizio anticipa i c.d. "maestri del sospetto".

I primi quattro capitoli hanno avuto come oggetto teorie, dottrine con una metaetica o non cognitivista o non naturalista, il quinto capitolo, invece, presenta il pensiero di P. Kropotkin, anarchico nobile russo, che offre una giustificazione naturalistica del suo anarchismo. L'anarchia consisterebbe non in un atto rivoluzionario, in un atto di volontà suprema, ma in un atto di ristabilimento di un'armonia naturale che però è il risultato sempre di un temporaneo equilibrio tra le forze contrarie. In questo senso la politica e la morale si riduce alla scienza naturale, allo studio dell'equilibrio delle forze. Si tratta fa notare l'autore di una forma di naturalismo etico rigidissimo "tanto rigido da giungere fino al limite estremo dell'antivolontarismo e da incontrarsi su questo terreno con l'etica tolstoiana" (152).

Il sesto e settimo capitolo sono dedicati a S. Merlino, avvocato anarchico, autore di una produzione scientifica in cui l'anarchismo politico diventa "adulto" e riesce a delineare l'ideale kantiano della sintesi di libertà e legge senza violenza (o meglio con un minimo di coazione). Il sesto capitolo è dedicato al dibattito sull'anarchismo e lo Stato liberale tra E. Malatesta, che considera di nocimento qualsiasi partecipazione degli anarchici alle elezioni e considera equivalenti lo Stato liberale e forme di Stato di polizia in base a una formazione politica di stampo bakuniano (cadendo così in un errore di sottovalutazione del movimento fascista), e Merlino che avvocato di professione riconosce le opportunità che le istituzioni liberali e democratiche offrono di migliorare le condizioni di vita delle masse lavoratrici (e che implicitamente coglie la portata della sfida dell'illegalismo fascista). Con il settimo capitolo si esplicita l'originale traiettoria teorica di Merlino che vede ne "il principio di anarchia" l'ideale che può giustificare l'obbligo politico: "Quello cioè per il quale nessuno può accettare una norma di condotta se non è stato messo in condizione di partecipare effettivamente alla sua produzione e per cui una norma è valida (e obbligatoria) solo se essa può conquistarsi discorsivamente l'assenso informato e ponderato di tutti coloro che sono investiti dalla norma medesima. (...) Ciò significa- detto in breve- che ogni applicazione della norma deve ridurre al minimo la riduzione di autonomia individuale, dunque il tasso di coercizione e di violenza" (219-220). L'interpretazione di La Torre circa il pensiero di Merlino sembra avere una finalità più ampia di quella, pur meritoria, di riscattare dal silenzio una esemplare vicenda scientifica e un contrattualismo di sinistra ante litteram. Ci sembra, infatti, chiara,

dati i riferimenti a Habermas, a Dworkin e a U. Klug, l'intenzione dell'autore di mettere in evidenza che le dottrine discorsive del diritto o le dottrine "principialiste" mantengano un nucleo "anarchico", un tentativo di rinverdire l'ideale kantiano di una legge che per essere riconosciuta come obbligatoria non necessita di alcuna coazione. Questo punto lascia aperti degli interrogativi che investono in pieno il dibattito giusfilosofico odierno, e che costituiscono il sasso al quale ci riferivamo all'inizio.

La nozione di obbligo giuridico implica l'idea che almeno in condizioni ideali si raggiunga l'unanimità? E tale unanimità si deve raggiungere per ogni singolo "caso difficile" o solo sulle procedure di decisione? E se tale unanimità non si potesse realizzare neppure in condizioni ideali, per esempio per la incommensurabilità dei valori, allora la pretesa kantiana di una legge senza coazione sarebbe frustrata (e con sé la plausibilità di un anarchismo politico)? Quanta distanza tra la realtà fatta di interessi contrastanti, procedure fallibili, e risorse scarse, possiamo moralmente tollerare prima di considerare le nostre istituzioni, presuntamente democratiche e liberali, non degne della nostra obbedienza?

Il far sorgere al lettore tali interrogativi e mostrarne le loro radici nel pensiero anti-giuridico per eccellenza, l'anarchismo politico, riteniamo sia il maggior merito di questo prezioso volume.

REFLEXIONES SOBRE DISCAPACIDAD, DEPORTE E INCLUSIÓN^δ

REFLECTIONS ON DISABILITY, SPORT AND INCLUSION

Rafael de Asís Roig*

RESUMEN: En este trabajo se abordan una serie de temas que tienen que ver con el deporte y la discapacidad. Se utiliza un enfoque de derechos humanos tanto en relación con la discapacidad como en relación con el deporte, promoviendo una visión inclusiva del deporte.

ABSTRACT: *This paper deals with a series of topics that have to do with sport and disability. A human rights approach is used both in relation to disability and in relation to sport, promoting an inclusive vision of sport.*

PALABRAS CLAVE: deporte, discapacidad, inclusión, no discriminación.

KEYWORDS: *sport, disability, inclusion, nondiscrimination.*

Fecha de recepción: 10/11/2017

Fecha de aceptación: 25/11/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4016>

^δ Trabajo realizado en el marco de los proyectos "Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social en la Comunidad de Madrid" (S2015/HUM-3330) financiado por la Comunidad de Madrid y "Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad" (DER2016-75164-P) financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: rafael.asis@uc3m.es

La discapacidad es una cuestión de derechos humanos. Comienzo así estas breves reflexiones afirmando cual va a ser mi punto de vista. Ahora bien, quiero también aclarar desde el principio que no se trata de un punto de vista caprichoso, sino de un punto de vista obligado para todo aquel que aborda asuntos relacionados con la discapacidad desde la aprobación de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en 2006 (y que entró en vigor en España en 2008).

No se trata además de una afirmación vacía. El que la discapacidad sea una cuestión de derechos humanos exige, entre otras cosas, abandonar un enfoque asistencial y únicamente centrado en los rasgos o en la condición, y utilizar un enfoque de derechos y social.

Pues bien, voy a destacar, de manera general algunas de las implicaciones de este punto de vista sobre el deporte.

1.- DEPORTE E INCLUSIÓN SOCIAL

En la cultura jurídica, sobre todo en la europeo-continental, el análisis del deporte, hasta época reciente, era algo poco valorado y muy residual. La profesionalización del deporte y su mercantilización, unida a una nueva valoración de la importancia del ocio y del papel del deporte para la salud y la inclusión social, han cambiado algo este panorama. Hoy en día, importantes despachos de abogados, cátedras jurídicas universitarias o estudios de diferentes disciplinas jurídicas, están dedicados al deporte.

No obstante, este cambio es todavía superficial, sobre todo en lo que se refiere al deporte como herramienta de inclusión social o a la práctica del deporte como derecho. En efecto, a pesar de que estos dos postulados son generalmente aceptados, su importancia en los discursos generales donde estos se sitúan, esto es, el discurso de la inclusión o el discurso de los derechos, es muy baja.

Cuando nos referimos a personas y grupos en situación de vulnerabilidad y planteamos herramientas para su inclusión social, la educación, el trabajo o la participación política, suelen ser temas de obligado tratamiento, pero no ocurre lo mismo con el deporte. Cuando se habla de la necesidad de garantizar los derechos de estas personas y grupos, la práctica del deporte no suele estar presente.

Desde un punto de vista social, la razón de esto seguramente esté en la consideración de que el deporte y su práctica es algo menor, dentro de los problemas que afrontan estas personas o grupos. Lo verdaderamente importante es la integración de las personas con discapacidad en el sistema educativo o en el ámbito laboral. El ocio y el deporte es algo de importancia menor... Se trata de planteamientos que aceptan la discriminación y que debemos combatir.

Cuando se habla sobre discapacidad y deporte suele hacerse desde una perspectiva sanitaria o haciendo alusión al esfuerzo y a la

superación. Se trata de dos perspectivas importantes pero insuficientes.

No cabe duda que la práctica deportiva, bien realizada, es beneficiosa para la salud física y psicológica de cualquier persona y, como no, de las personas con discapacidad.

En la actualidad solemos diferenciar cuatro grandes situaciones de discapacidad: la física, la sensorial, la intelectual y la psicosocial. Cada una de ellas presenta singularidades propias y ello dificulta en muchas ocasiones tanto un tratamiento unitario de la discapacidad cuanto una respuesta coherente a las cuestiones sociales que estas situaciones plantean.

Estas diferencias de enfoque se proyectan, como no podría ser de otra forma, en la práctica del deporte. Así, mientras que para la discapacidad física o la intelectual la práctica del deporte es, además de un tema de salud, un asunto de inclusión y de lucha contra la discriminación, para la discapacidad psicosocial es, sobre todo, una actividad rehabilitadora en términos de salud.

El término discapacidad psicosocial sirve para identificar a aquellas personas que están en una situación de discapacidad fruto de una enfermedad mental que interacciona con barreras sociales. Así como las otras situaciones de discapacidad no suelen utilizar el término enfermedad para definirse, la discapacidad psicosocial sí que lo hace.

Existen importantes estudios que relacionan el deporte con la estabilidad emocional, el funcionamiento intelectual, la memoria o la autoestima. Y es que la práctica deportiva proporciona no solo ventajas físicas sino también psicológicas, siendo así importante en la prevención y el tratamiento de los desequilibrios psicológicos.

Esto, en el ámbito deportivo provoca que el acceso a la práctica deportiva de las personas con discapacidad psicosocial sea visto no tanto como una actividad inclusiva, que es lo que ocurre en las otras situaciones de discapacidad, sino más bien como una actividad predominantemente rehabilitadora. No obstante, es importante mantener también la referencia a la inclusión, sobre todo si tenemos en cuenta la situación de estas personas y la visión social que se maneja sobre ellas.

Pero también nos referimos habitualmente al deporte y la discapacidad para dar cuenta de la superación, de la perseverancia y del esfuerzo. Hace tiempo, en unas Jornadas sobre Deporte y Discapacidad, asistí a una charla impartida por una deportista en situación de discapacidad. Durante su intervención nos enseñó cómo era capaz de practicar diversos deportes (algunos de ellos de riesgo) y como con esfuerzo, sacrificio y tesón, había superado sus deficiencias. Recuerdo que todos los asistentes salimos asombrados de sus cualidades, pero también recuerdo que salí pensando que el mensaje había sido incompleto. Más que un mensaje para unas Jornadas sobre discapacidad me parecía un mensaje para unas Jornadas sobre psicología deportiva. Y es que no debemos valorar los

éxitos deportivos de las personas con discapacidad solamente en términos de superación de sus posibles deficiencias (ya que esto subraya sus rasgos especiales) sino también, y, sobre todo, en términos de superación de barreras sociales y actitudinales.

Todos los deportistas superan barreras personales pero los deportistas con discapacidad (al igual que les ocurre a otros colectivos vulnerables) tienen además que superar barreras sociales. Esto les hace singulares respecto al resto de deportistas y este es su gran éxito.

La práctica deportiva es uno de los pilares de la inclusión social, al igual que lo es la educación o el empleo. En nuestras sociedades contemporáneas, la asistencia a la escuela, la ocupación laboral o la práctica deportiva son factores de inclusión social, por lo que la manera con la que configuramos y concebimos esos espacios resulta de especial importancia en la lucha contra la discriminación. Pues bien, en todos estos ámbitos, el término capacidad resulta de especial importancia lo que ya, desde el principio, sitúa a las personas con discapacidad en una situación especial. Esta situación pasa de especial a discriminatoria directamente cuando se establecen barreras para la práctica del deporte o indirectamente cuando el modelo ideal de deportista se corresponde con una persona cuyas excelentes capacidades le han llevado a un éxito profesional.

Diferentes estudios sobre las personas con discapacidad coinciden en señalar que una de sus principales preocupaciones tiene que ver con sus pocas relaciones sociales. Y es que, es muy normal que las personas con discapacidad tengan dificultades en sus relaciones sociales, no por sus rasgos o por su manera de ser, sino por un cierto rechazo por parte del resto de personas. Se utiliza el término pobreza relacional para dar cuenta de este fenómeno que, a su vez, sirve para describir la situación de exclusión social en la que se encuentran las personas con discapacidad. El problema se agrava en relación con los niños y niñas con discapacidad.

La pobreza relacional está presente en contextos en donde la segregación es la regla, pero también en contextos que pretenden ser inclusivos. Así, por ejemplo, es muy habitual que, en colegios inclusivos, en donde conviven niños y niñas con y sin discapacidad, se produzcan quejas que tienen que ver con la exclusión: estoy solo/a en el patio, nadie se quiere sentar conmigo en el comedor o en la propia clase, etc... Se trata de un problema que tiene su origen en la manera en la que percibimos la discapacidad, pero también en la ausencia de recursos materiales y personales en los colegios que sean capaces de abordar correctamente la inclusión. A veces una mala política inclusiva provoca la exclusión.

Algo parecido pasa en el deporte. De ahí la importancia que tiene que deportistas con y sin discapacidad practiquen deporte conjuntamente, o compartan espacios deportivos. Es importante que normalicemos la presencia de personas con discapacidad en el

deporte; que su presencia en los espacios deportivos no sea la excepción sino la regla.

Para que esto ocurra, para lograr un deporte inclusivo que permita acabar con la pobreza relacional, el primer paso es la satisfacción de la accesibilidad. Ahora bien, no basta con este paso. Y es que, al igual que ocurre con el ejemplo de la educación, si ese paso no va acompañado de otras medidas, puede provocar un efecto distinto al que se persigue. Puede provocar la exclusión y agravar la pobreza relacional.

La satisfacción de la accesibilidad en el ámbito del deporte debe ir acompañada de otras medidas para acabar con la pobreza relacional. Tal vez, la más importante venga de la mano de la formación. El deporte es una herramienta inclusiva si el entorno material y personal lo es. Así, es importante formar en la inclusión a los actores del deporte, entendiendo por tales a deportistas, entrenadores, personal de los espacios deportivos, dirigentes... No basta con que un club tenga una sección de discapacidad con un enfoque inclusivo. Es necesario concienciar y formar a los miembros del club.

Y junto a la formación, la inclusión requiere del reconocimiento por parte de las propias personas con discapacidad de su papel como protagonistas del deporte en igualdad de condiciones que el resto de las personas.

En lo que sigue me referiré a estas cuestiones, pero antes quiero introducir una breve reflexión sobre tipos de deporte y no discriminación.

2.- DEPORTE CONVENCIONAL, ADAPTADO E INCLUSIVO DESDE LA ÓPTICA DE LA NO DISCRIMINACIÓN

En el ámbito de la discapacidad y el deporte es posible hacer referencia a tres tipos de prácticas: el deporte convencional, el adaptado y el inclusivo.

Por deporte convencional entenderé la práctica deportiva realizada por personas sin discapacidad. Para algunos esta definición no sería correcta porque el deporte convencional significa para ellos el deporte sin más, esto es, el deporte practicado por cualquier persona. Sin embargo, esta posición está más en el plano del deber ser que en el del ser. La realidad es que hay deportes (la mayoría), que no pueden ser practicados a nivel de competición por las personas con discapacidad y no ya porque no puedan por condicionantes propios, sino porque las reglas del deporte en cuestión no se lo permiten.

El deporte adaptado puede entenderse como la práctica deportiva realizada por personas con discapacidad. Normalmente esta práctica toma como referencia modalidades deportivas idénticas al deporte convencional, que sólo se diferencian por las personas y, en ocasiones, por los instrumentos y/o instalaciones que utilizan; pero

en ocasiones, las reglas de la modalidad se alteran para dar cabida a las personas con discapacidad. En estos casos, estamos en presencia de una modalidad deportiva diferente, esto es, singular. Así por ejemplo, el baloncesto en silla de ruedas es una modalidad diferente al baloncesto "convencional"; una carrera de 100 metros que se reduce a 80 por circunstancias de los deportistas que participan se convierte en una carrera de 80 metros. A veces, la modalidad de deporte adaptado se crea exclusivamente para personas con discapacidad (como es el caso del Boccia).

Los términos deporte inclusivo se emplean para identificar la práctica deportiva realizada conjuntamente por personas con y sin discapacidad (si bien el deporte inclusivo va más allá de las situaciones de discapacidad). Esta práctica deportiva puede ser muy variada, si bien normalmente se realiza desde modalidades deportivas adaptadas o singulares. Así, por ejemplo, en el ámbito del baloncesto, pueden verse sesiones en silla de ruedas en las que participan personas con y sin discapacidad, pero también sesiones en las que se practica una modalidad de baloncesto en la que participan personas en silla y personas a pie (siendo una modalidad deportiva diferente, singular).

No cabe duda de que socialmente, el deporte más conocido es el convencional, seguido, a bastante distancia por el adaptado. El deporte inclusivo es, por lo general, desconocido e incluso, para algunos, no es estrictamente una práctica deportiva.

Todas y cada una de estas prácticas y modalidades contribuyen a acercar a las personas con discapacidad al deporte y por tanto, no sólo sirven para mejorar la salud sino también para satisfacer un derecho. Además, favorecen los valores que acompañan al deporte y, en lo referido a las personas con discapacidad, constituyen también instrumentos de lucha contra la discriminación. Ahora bien, en este punto, en el de la igualdad y no discriminación, es posible establecer diferencias entre estos tres tipos de deportes y sus variables.

Igualdad y deporte se relacionan desde muchos ángulos. Las reglas de un deporte presumen una igualdad previa al juego y una igualdad de trato durante el juego. Aunque los deportes admiten reglas diferentes según circunstancias (sexo, edad, discapacidad...), estas no pueden ser discriminatorias ni fomentar la exclusión.

Hablamos de discriminación cuando: (i) diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato distinto (y perjudicial) o para colocar a alguien en una situación distinta (y perjudicial); (ii) diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato distinto (y perjudicial) o para colocar a alguien en una situación distinta (y perjudicial).

La lucha contra la discriminación busca hacer desaparecer la situación o el trato perjudicial, igualando o diferenciando. Y para ello normalmente se utilizan dos estrategias: la de la situación y la de la identidad. La primera presta atención a las circunstancias en las que

se encuentran las personas; la segunda se centra en los rasgos que sirven para identificar a una persona o a un grupo.

Normalmente en el discurso de los derechos humanos la estrategia de la situación, de manera aislada, tiene que ver con la generalización (extensión de la satisfacción de los derechos a personas que no los disfrutaban) y con la integración; mientras que la de la identidad tiene que ver con la especificación (reconocimiento de derechos específicos), y de manera aislada puede producir segregación. Una buena combinación de ambos argumentos favorece la inclusión.

Si tenemos en cuenta la distinción entre deporte convencional, adaptado e inclusivo, podemos ver como cada uno de ellos se relaciona con alguna de las categorías anteriores.

El deporte inclusivo se desenvuelve, como su propio nombre indica, en el ámbito de la inclusión y lucha contra la discriminación combinando estrategia de situación y de identidad.

El deporte adaptado puede favorecer la inclusión si se abre a todos y puede realizarse por todos (combinando estrategia de situación y de identidad). En caso contrario, que es lo habitual, se orienta a la integración (utilizando la estrategia de situación), y puede que en ocasiones hacia la segregación (utilizando la estrategia de identidad).

El deporte convencional desde estos parámetros produce, normalmente, segregación. Se desenvuelve apelando a rasgos y aparta a los que no poseen esos rasgos. En el marco de la discapacidad, diferencia por razón de discapacidad, lo que, en línea de principio nos situaría en el camino de la discriminación.

Esta reflexión puede parecer algo exagerada o, para algunos, fuera de lugar. Favorecer y practicar el deporte es de por sí algo ya beneficioso. La regla del juego limpio, consustancial a la práctica deportiva, exige atender a las diferencias (no hacerlo puede producir discriminación). Además, el deporte tiene un componente de entretenimiento y espectáculo que justifica la existencia de diferencias.

Sin embargo, me parece importante tenerla presente como llamada de atención de ciertas prácticas, como por ejemplo aquellas que solo prestan atención al deporte convencional...

3.- LA ACCESIBILIDAD

Hablamos de personas o colectivos vulnerables utilizando este adjetivo como si fuera algo consustancial a la persona y no siempre es así. En el discurso sobre la inclusión es común utilizar la distinción entre ser vulnerable y estar vulnerable. Se trata de dos cosas diferentes pero que en muchas ocasiones no distinguimos. Es algo parecido a lo que pasa cuando decimos que una persona es pobre (en realidad deberíamos decir que está en una situación de pobreza).

Decimos que una persona o colectivo es vulnerable porque posee unos rasgos o condicionantes individuales que favorecen su discriminación, su desamparo o, en general, la violación de sus derechos. Los niños recién nacidos son, desde este punto de vista, vulnerables. Pero también decimos que una persona es vulnerable porque se encuentra en una situación que tiene su origen, de manera principal, en condicionantes o estructuras sociales. Las personas judías eran vulnerables en este sentido en la Alemania nazi.

El término vulnerabilidad se utiliza también para referirse a las personas con discapacidad. Consideramos que se trata de personas vulnerables ya que poseen unos rasgos (en forma de deficiencias físicas, sensoriales, psicosociales o intelectuales) que las hacen frágiles. Esta es la manera de aproximarse a la discapacidad desde un enfoque médico.

Sin embargo, la discapacidad, como ha puesto de manifiesto el llamado modelo social, es en muchas ocasiones una situación que tiene su origen en condicionantes sociales (y no personales). Las personas con discapacidad no son desde este punto de vista vulnerables, sino que están en una situación vulnerable. De este modo comprendemos, por un lado, que la discapacidad es algo que nos puede afectar a todos y que muchas veces depende del contexto o del ámbito en el que nos encontremos.

Cuando vemos y admiramos los logros de las personas con discapacidad en el deporte, difícilmente lo hacemos desde el prisma de la vulnerabilidad. Consideramos que se trata de personas con importantes capacidades y habilidades, y que gracias a su esfuerzo superan importantes barreras. No pensamos en estos deportistas como personas vulnerables sino todo lo contrario. Sin embargo, sabemos que esas barreras que han superado les hacían "estar vulnerables", y también que fuera del deporte pueden encontrarse en situaciones de vulnerabilidad.

La distinción entre ser y estar vulnerable o entre ser persona con discapacidad o estar en situación de discapacidad es relevante porque saca a la luz la opresión social y el origen de los estigmas que acompañan a ciertas personas. El tratamiento de la discapacidad y de los derechos de las personas con discapacidad debe partir de esta consideración.

Uno de los caminos para superar esa situación de vulnerabilidad consiste en la satisfacción de la accesibilidad universal.

El artículo 9 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad* (2006) dice: "A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones

abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales ". Pues bien, el eje de la accesibilidad está compuesto por el diseño universal, las medidas de accesibilidad y el ajuste razonable.

El diseño universal es, según la Convención, "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". En el ámbito deportivo, implica así que los productos y servicios deben ser diseñados de tal manera que puedan ser utilizadas por todos.

Las medidas de accesibilidad son actuaciones que tienden a corregir situaciones en las que el diseño universal no se ha satisfecho de manera justificada, esto es, porque no era posible. La medida de accesibilidad está dirigida a convertir el producto, entorno, programa, servicio y/o derechos en utilizable o ejercible. El típico ejemplo de medida de accesibilidad es la construcción de una rampa, en un polideportivo antiguo, al que se solo se podía acceder por escaleras.

Por ajuste razonable la Convención entiende "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". Se trata así de una medida individual para lograr la accesibilidad en aquellos casos en los que ni el diseño universal ni las medidas de accesibilidad se han cumplido de manera justificada. Un ejemplo en el campo deportivo puede ser el de la realización de una determinada manipulación en un aparato para lograr que sea accesible a una persona con una deficiencia específica que es razonable que no hubiera sido tenido en cuenta cuando el aparato se construyó.

La exigencia de accesibilidad no es una obligación derivada de un sentimiento solidario, sino parte del contenido de cualquier derecho y en especial, del derecho a no ser discriminado. Por eso, la excusa de los costes económicos para justificar su violación pierde fuerza.

En el ámbito deportivo, la accesibilidad posee un sentido que va más allá de su proyección en las instalaciones deportivas concretas. Implica la destrucción de otras barreras, tanto físicas como actitudinales, proyectándose también sobre las propias modalidades deportivas.

4.- LA PARTICIPACIÓN

Cuando realizamos un discurso contra la discriminación, sobre las situaciones de vulnerabilidad o sobre la diversidad, solemos diferenciar entre condición, situación y posición. La primera es una dimensión individual, mientras la segunda y la tercera son dimensiones sociales.

Así, la condición tiene que ver con los rasgos que sirven para identificar a una persona, la situación se refiere al lugar en el que nos coloca la sociedad y la posición alude al grado de poder social (u organizativo) que se posee.

En el ámbito de las personas con discapacidad, normalmente, la condición se relaciona con el hecho de la diversidad (para algunos, deficiencia). Por el contrario, la situación tiene normalmente que ver con la idea de barrera; de barreras sociales. Así, por ejemplo, la definición de persona con discapacidad que utiliza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, une ambas dimensiones, al señalar que la discapacidad es el resultado de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno.

No obstante, hay una tercera dimensión que no está presente en esta definición, con independencia de que algunos la consideren como parte de la situación; se trata de la posición. En el ámbito de la discapacidad, hablamos de posición para referirnos al empoderamiento o, si se quiere, al hecho de que las personas con discapacidad puedan participar en las decisiones que les afectan.

“Nada sobre nosotros sin nosotros” ha sido un lema del movimiento a favor de los derechos de las personas con discapacidad, que ha permitido que, en determinados ámbitos (pocos todavía), las personas con discapacidad sean escuchadas e, incluso, participen en órganos de poder de organizaciones e instituciones.

La propia Convención antes aludida se refiere en varios de sus artículos a esta exigencia recordando el derecho de las personas con discapacidad a participar plena y efectivamente en la dirección de los asuntos públicos, sin discriminación y en igualdad de condiciones con las demás.

El deporte no puede dar la espalda a esto. Y de hecho no la da. No es extraño encontrarse así a personas con discapacidad en las federaciones deportivas de deportes destinados de forma específica a ellas, o en los comités paralímpicos. Se trata de algo que hay que fomentar y que permite un mejor desarrollo de estas prácticas deportivas.

Sin embargo, la idea de inclusión social va más allá. Con carácter general implica tener la posibilidad de participar en cualquier ámbito y, también, combatir la existencia de espacios especiales que pueden terminar siendo auténticos guetos.

Esto, en el ámbito deportivo, supone fomentar la presencia de personas con discapacidad en las federaciones deportivas en general y no solo en las “especiales”. Seguramente esto se consiga haciendo que las federaciones sean por especialidad deportiva y no por persona que la practica. En todo caso, mientras sigan existiendo este tipo de federaciones, es necesario fomentar también la presencia en su organización de personas que no estén en situación de discapacidad.

Actualmente, los diferentes deportes tienen su federación deportiva, existiendo algunos que poseen dos, dependiendo de la existencia o no de modalidades adaptadas. Estas federaciones permitieron en su momento (y todavía lo hacen) el acceso al deporte de las personas con discapacidad. Pero una concepción inclusiva del deporte requiere unificar las federaciones y abandonar la vinculación de lo "especial" con las personas con discapacidad.

La mayoría de los intentos de llevar a cabo esta unificación han fracasado apelando a los intereses de las personas con discapacidad. Sin embargo, ese razonamiento esconde una minusvaloración de estas personas y cierto paternalismo no justificado. Además, detrás de esa separación hay también intereses económicos (por parte de todas las federaciones).

Mantener dos federaciones sobre el mismo deporte, que se diferencian por las personas a las que se dirigen, según sean o no personas con discapacidad, perpetúa el discurso de lo especial y, por tanto, es una práctica alejada de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

5.- ABANDONAR ESTEREOTIPOS

El paso de un modelo médico en el tratamiento de la discapacidad (en el que la discapacidad es presentada como un rasgo individual que implica sufrimiento, deficiencia, anormalidad) a un modelo de derechos humanos (en el que la discapacidad se presenta como una situación que tiene su origen principal en barreras sociales), requiere apartar la discapacidad de ciertos estereotipos presentes en la sociedad.

Se trata de estereotipos que están también en el ámbito del deporte. Conseguir acabar con ellos requiere de un esfuerzo por parte de todos y, obviamente, de la colaboración de los medios de comunicación. Al igual que ocurre en cualquier otro ámbito social, la importancia de los medios de comunicación a la hora de construir la imagen social de la discapacidad es evidente.

No voy a referirme al ejemplo que suele citarse siempre cuando nos referimos al diferente tratamiento mediático entre el deporte sin añadidos y el deporte adaptado y/o el inclusivo: la cobertura mediática (esto es, el escaso eco que tiene en los medios el deporte de las personas con discapacidad). Me interesa más poner de manifiesto otras prácticas, que son destacadas en los estudios (pocos) que existen en este campo, y que son menos conocidas. Por razones de espacio me voy a centrar en cuatro: la victimización, el ocultamiento, la infantilización y la a-sexualidad.

La victimización consiste en presentar al deportista con discapacidad como persona que, debido a una desgracia personal que tiene que ver con su diversidad, se enfrenta a unos retos que hacen que sea una persona muy especial. Es importante recalcar que no estoy negando que, en ocasiones, esto sea algo a subrayar. Lo que

me interesa es advertir que pocas veces se alude, en la presentación del deportista, a las barreras de tipo social que ha tenido que superar.

El ocultamiento tiene que ver con los tipos de discapacidad y con la cobertura que se da al deporte con discapacidad. Esta cobertura normalmente se proyecta en gran medida sobre deportistas en situación de discapacidad física y algo menos sobre deportistas en situación de discapacidad sensorial. Sin embargo, la discapacidad intelectual y sobre todo la psicosocial normalmente son invisibles.

La infantilización consiste en la presentación del deportista con discapacidad como un niño/a. Se les trata con diminutivos y de manera muy afectiva; se alaban de manera grandilocuente sus logros... Es un fenómeno muy habitual en el ámbito de la discapacidad, consecuencia tanto del exceso de proteccionismo cuanto de la infravaloración de las potencialidades y del talento.

La a-sexualidad está en estrecha relación con la infantilización. Consiste en presentar a la persona con discapacidad como un ser a-sexuado, esto es como un ser sin conocimiento ni interés por el sexo. Esto es claramente perceptible cuando se compara la imagen que se transmite de una deportista sin discapacidad (que es a veces denigrante) y de una deportista con discapacidad.

Los medios de comunicación, en el tratamiento del deporte de las personas con discapacidad, deben abandonar estos estereotipos y contribuir así a la normalización de la sociedad.

6.- FORMAR EN LA INCLUSIÓN

El deporte está presente en algunos instrumentos internacionales de derechos humanos (artículo 31 de la *Convención sobre los derechos del niño*, artículos 10 y 13 de la *Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer* o artículo 30 de la *Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*). En el punto 1 del artículo 1 de *La Carta Internacional de la Educación Física, la Actividad Física y el Deporte*, de la UNESCO, puede leerse: "Todo ser humano tiene el derecho fundamental de acceder a la educación física, la actividad física y el deporte sin discriminación alguna..."

En la resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas titulada *Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* (2015) se dice: "El deporte es otro importante facilitador del desarrollo sostenible. Reconocemos que el deporte contribuye cada vez más a hacer realidad el desarrollo y la paz promoviendo la tolerancia y el respeto, y que respalda también el empoderamiento de las mujeres y los jóvenes, las personas y las comunidades, así como los objetivos en materia de salud, educación e inclusión social". Y en relación con los *Objetivos de Desarrollo Sostenible*, se ha relacionado al deporte con los objetivos 3 (garantizar una vida sana y promover el bienestar de todos a todas

las edades), 4 (garantizar una educación inclusiva y equitativa de calidad y promover oportunidades de aprendizaje permanente para todos), 5 (lograr la igualdad de género y empoderar a todas las mujeres y las niñas), 11 (lograr que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles), 16 (promover sociedades justas, pacíficas e inclusivas).

De esta forma, no es posible mantener que el deporte sea algo ajeno a las cuestiones sociales. La práctica deportiva es una actividad relacionada con la salud, con la libertad y con la inclusión de todas las personas. Y esto obliga a que su desarrollo y su organización estén basados en los principios y los valores del discurso de los derechos humanos, que deben compatibilizarse con aquellos otros que singularizan al deporte.

Lo anterior posee implicaciones importantes sobre diversos aspectos. Me interesa aquí destacar lo que esto supone para todos aquellos que se dedican a preparar y formar deportistas: los entrenadores y entrenadoras. En concreto me interesa un punto que suele ser dejado a un lado: el de su formación.

No creo que sea discutible la importancia que tiene la formación en el desempeño de cualquier actividad. Ahora bien, en el deporte a veces esta importancia es pasada por alto (lo importante es ganar) o no es integral (se centra únicamente en cuestiones técnicas, tácticas y físicas). Sin embargo, la formación de los formadores, esto es, de entrenadores y entrenadoras, es algo esencial. Y esa formación, debe ser una formación integral, esto es, una formación no solo dirigida a la adquisición de conocimientos y competencias técnicas y tácticas, sino también al conocimiento de herramientas y procedimientos que permitan la transmisión de valores y que contribuyan al desarrollo personal de aquellos sobre los que se proyecta su labor.

Pero, ¿cuánto tiempo dedican los programas de formación de entrenadores y entrenadoras, en cualquier ámbito, a cuestiones que tienen que ver con los derechos humanos o con la inclusión?

EL PREDOMINIO DE LA AGENDA NEOLIBERAL EN EL MUNDO CONTEMPORÁNEO: HEGEMONÍA Y CONSECUENCIAS^δ

THE PREDOMINANCE OF THE NEOLIBERAL AGENDA IN THE CONTEMPORARY WORLD: HEGEMONY AND CONSEQUENCES

Carmen Pineda Nebot* y Francisco Fonseca**

RESUMEN: Hace treinta años la economía mundial, sobre todo en los países desarrollados, sufría, como ocurre ahora, una fuerte crisis económica. De aquella situación surgió un nuevo modelo de regulación de las economías capitalistas al que se llamó neoliberalismo. Desde entonces, con mayor o menor fuerza, ha estado presente en todos los países, aprovechando las condiciones de estos para repetir constantemente los mismos principios: la reducción del Estado, las ventajas del mercado, la autorregulación de éste, etc. Aunque sus premisas parezcan simples o sencillas el neoliberalismo es un proyecto complejo y cambiante, cuya sustentabilidad política y económica se reinventa constantemente y cuya gobernanza y espacialidad es necesario observar y analizar si se quiere avanzar en alternativas viables. El neoliberalismo no vive apartado de proyectos alternativos sino que se mezcla con las alternativas, tiene una forma de gobernanza que muta, que cambia. Con este artículo pretendemos conocer algo más sobre las semejanzas y diferencias que esta ideología presenta según los países.

ABSTRACT: *Thirty years ago the world economy, especially the developed countries, suffered, as it is the case now, a severe economic crisis. That situation arose a new regulatory model of capitalist economies is called neo-liberalism. Since then, with more or less force, has been present in all countries, taking advantage of these conditions to constantly repeat the same principles: the reduction of the State, the advantages of the market and self-regulation of this, etc. Although its premises seem simple or simple neo-liberalism is a complex and changing project whose political and economic sustainability constantly reinvents itself and whose governance and spatiality is necessary to observe and analyze whether you want to advance in viable alternatives. Neo-liberalism does not live away from alternative projects but is mixed with the alternatives, has a form of governance that mutates, which changes. With this communication we seek to know something more about the similarities and differences that this ideology presents of the countries.*

PALABRAS CLAVE: liberalismo, keynesianismo, neoliberalismo, ultraliberalismo.

KEYWORDS: *liberalism, keynesianism, neoliberalism, ultraliberalism.*

Fecha de recepción: 15/03/2017

Fecha de aceptación: 26/06/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4017>

^δ Una primera versión del texto fue presentada por los autores en el VI Congreso Internacional en Gobierno, Administración y Políticas Públicas GIGAPP-IUIOG.

* Consultora de Administraciones Públicas. Investigadora GEGOP-CLACSO, Brasil. E-mail: carmenpinedanebot@hotmail.com

** Profesor e Investigador en la Fundación Getulio Vargas y en la Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil. E-mail: franciscocpfonseca@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Las décadas de los 80 y de los 90 del siglo XX produjeron las mayores transformaciones político/ideológicas desde la aparición de las experiencias socialistas, a partir de 1917, y del imperante – en los países capitalistas pos-depresión económica y especialmente pos-segunda guerra mundial – consenso keynesiano acerca de la legitimación y necesidad de intervención del Estado en las relaciones económicas y sociales. La práctica keynesiana, por significar intervención estatal en la economía, regulándola, incluso de forma directa, con vista al continuo ciclo producción/redistribución de la renta – permeada por valoraciones igualitarias en el ámbito del capitalismo –, consiguió solucionar la crisis de acumulación capitalista instaurada a partir de 1929. Tal solución, por encima de todo antiliberal en términos económicos – y no anticapitalista –, colocó desde entonces al margen a los heraldos del liberalismo, que propugnaban el libre mercado como remedio para todos los males de la economía.

A su vez, la ideología ultraliberal¹ – representada por un programa de reformas principalmente económicas, pero también políticas e incluso "éticas", por medio de la formulación de un nuevo *ethos* – logró tener éxito en su intento universalizador de propuestas privadas en nombre de supuestas aspiraciones sociales comunes, objetivo por excelencia ideológico, alcanzando un nuevo consenso².

Tanto el socialismo real como el pensamiento keynesiano (como principios teóricos y experiencias prácticas) estaban, cada cual a su manera y con finalidades distintas y sin que se ignoren sus ambigüedades y contradicciones, llenos de valores ético/políticos relacionados con la igualdad social, como son: la justicia social, la solidaridad, la redistribución de renta, la desconfianza (absoluta en el primero, y relativa en el último) en relación al mercado, y la convicción en la necesidad de intervención y regulación del Estado. Estos valores fueron incorporados tanto a la tradición socialista, como

¹ Preferimos utilizar el término ultraliberal, en vez de neoliberal, a causa de la radicalidad de esta corriente, que se articuló desde finales del siglo XIX, y es hegemónica a partir de 1970. Ultraliberalismo quiere decir tanto radicalidad en los diagnósticos – en los que el Estado es siempre villano – como en las propuestas, en las que el Mercado se convierte en protagonista incuestionable.

² Perry Anderson, al identificar la capacidad universalizante de la ideología ultraliberal, afirma que: "*Política e ideológicamente (...) el neoliberalismo alcanzó éxito en un grado con el cual sus fundadores probablemente jamás soñaron, propagando la simple idea de que no hay alternativas para sus principios, que todos, sea reconociendo la verdad o negándola, tienen que adaptarse a sus normas. Probablemente ningún conocimiento convencional consiguió un predominio tan dominante desde el inicio del siglo como el neoliberal. Este fenómeno se llama hegemonía, aunque, probablemente, millones de personas no crean en sus recetas y resistan a sus regímenes.*" ANDERSON, P. "Balanço do Neoliberalismo" en GENTILI, P. y SADER, E. (eds.), *Pós-Neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp.23.

a la socialdemócrata, o simplemente keynesiana – pero que tienen como rasgo común, entre otros, el rechazo de los valores liberales exclusivamente vinculados al mercado, a la competencia como principio regulatorio y al individualismo³. Así, el *corpus* doctrinal del liberalismo, basado en la propiedad privada, en el beneficio, en la división social del trabajo, en la valoración de la esfera privada burguesa y en el mérito individual en última instancia predica la "libertad" (con énfasis en la de los agentes económicos), contrastando, por tanto, con la tradición igualitarista, representada por las corrientes arriba mencionadas. Obsérvese que no se trata de forma alguna de confusión entre socialismo y keynesianismo, y si de entenderlos como alternativas disponibles a la crisis del capitalismo en las primeras décadas del siglo⁴.

La década de los 80 registra justamente el colapso de aquel conjunto de valores ético/políticos de cuño igualitario, teniendo en cuenta las acciones concretas de partidos políticos portadores de políticas ultraliberales⁵ que llegaron al poder, originariamente en Inglaterra y poco después en Estados Unidos⁶. Estos dos países, por medio, respectivamente, del partido Conservador (liderado por Margaret Thatcher⁷), a partir de 1979, y del partido Republicano (dirigido por Ronald Reagan), a partir de 1980, realizaron reformas

³ A su modo, y con valores radicalmente autoritarios, el fascismo y el nazismo representaron igualmente el rechazo total de los valores liberales, por más que mantuviesen la propiedad privada. Pero incisivamente, representaban valores anti iluministas.

⁴ Nos basamos fundamentalmente, en la discusión, en ROTHERMUND, Dietmar. *The Global Impact of the Great Depression (1929-1939)*. London/New York, Routledge, 1996. Por otro lado, a pesar de que el nacional-desarrollismo no tuviese fines igualitarios, entre otras diferencias importantes, estuvo apoyado por la misma lógica antiliberal – de ahí que representara el camino adoptado por los países periféricos, pues se encontraba impregnado del mismo vector "intervencionista" antiliberal.

⁵ Los neoliberales afirmaban que las raíces de la crisis del modelo económico de posguerra estaban localizadas en el poder excesivo y nefasto de los sindicatos y, de manera más general, del movimiento obrero, que habían corroído las bases de acumulación capitalista con sus presiones reivindicativas sobre los salarios y con su presión para que el Estado aumentase cada vez más los gastos sociales. ANDERSON, P. "Balanço do Neoliberalismo" en GENTILI, P. y SADER, E. (eds.), *Pós-Neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp.10.

⁶ Desde un punto de vista histórico y económico, verdaderamente la primera experiencia concreta de implementación del programa ultroliberal se produjo en Chile, en aquel momento bajo la dictadura militar del General Pinochet (desde 1973), y no en la Inglaterra de Thatcher (que fue la primera experiencia europea). Sin embargo, desde el punto de vista de la propagación ideológica, sin duda Inglaterra, a partir de 1979, y los Estados Unidos, a partir de 1980, fueron los dos grandes polos de transmisión de esta ideología.

Específicamente sobre la inserción de los principios ultraliberales en Chile, ver VALDÉS, J. G. *Pinochet's Economists. The Chicago School in Chile*. Cambridge: Cambridge University Press, 1995.

⁷ Era muy conocida por justificar su programa con una sola palabra, TINA: There is No Alternative (No hay alternativa).

internas – acompañadas por un sinfín de contradicciones – que favorecieron fundamentalmente al mercado, concebido como institución básica y como panacea de la sociedad, y el riesgo personal como atributo de la libertad, en el contexto de un nuevo patrón de comportamiento individualista que debería articularse con el “mercado libre”, entre otras innumerables reformas⁸. Por consiguiente, el Estado interventor y regulador pasó a ser concebido como obstáculo a la libertad individual y al progreso material (debido, ahora, a la consideración de su supuesto carácter derrochador, autoritario y paternalista), transformando ideas (que fueron materializadas en prácticas) como justicia social, solidaridad y redistribución de renta en aberraciones que debían ser suprimidas. Aunque internamente, sobre todo en el caso norteamericano, el Estado no perdió, en la práctica, su capacidad interventora, a pesar de ser considerado el gobierno Reagan el promotor de una especie de “keynesianismo militar”, se produjo un hecho extremadamente importante que se refiere a la capacidad de influencia de estas ideas en las instituciones internacionales, como, por ejemplo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Mundial, así como la constitución de una agenda internacional en la que el temario ultraliberal estaba en el orden del día⁹.

De ahí el establecimiento de la avalancha privatizadora, esto es, la venta de empresas estatales a la iniciativa privada como forma (inclusive transformada en emblema) de retirar al Estado de la actuación directa en la economía. Al final, el papel estatal debería ser “mínimo” en lo que se refiere a las relaciones económicas, lo que significaba fundamentalmente la garantía de la propiedad privada y de los contratos establecidos entre los particulares, y la prioridad absoluta de la esfera privada en relación a la esfera pública, lo que implicó un ataque a las garantías sociales. Tales reformas constituyeron, por tanto, una nueva Agenda político/económica, claramente opuesta a la anterior, “intervencionista”. A su vez, por más que la literatura apunte a la existencia, entre los años 70 y 80, de una crisis fiscal y a procesos estanflacionarios en diversos países

⁸ El neoliberalismo es un experimento mixto. Por eso no existe ningún lugar con un neoliberalismo puro, viviendo siempre en un terreno mezclado con otras cosas. El experimento de Pinochet fue una mezcla, e igualmente lo fue el de Thatcher; y en otros experimentos contemporáneos podemos encontrar las mismas mezclas discrepantes, no hay una trayectoria clara hacia el establecimiento de un neoliberalismo puro porque es un destino imposible. Esto es una buena noticia para aquellos a los que no les gusta el neoliberalismo porque nunca se va a llegar a ese lugar al que nos quieren llevar.

⁹ Estas ideas ganaron terreno, convirtiéndose en la concepción hegemónica y recibiendo la denominación de “Consenso de Washington”, por haber sido en Washington, a mediados de los ochenta, cuando fue suscrito por los Estados centrales del sistema mundial, dominando el futuro de la economía mundial, las políticas de desarrollo y específicamente el papel del Estado en la economía. SOUSA SANTOS, B. de. “Os processos da globalização” en *A Globalização e as Ciências Sociais*, editado por B. de Sousa Santos. São Paulo: Cortez, 2005, pp. 27.

capitalistas – así como un cierto agotamiento del modelo “nacional-desarrollista” en la periferia capitalista –, de ninguna manera la reversión ideológica en discusión puede ser considerada “natural”, pues los movimientos ultraliberales tomaron la delantera.

Ocurre, por tanto, que esta nueva Agenda y el nuevo conjunto de valores ético/políticos, anti-igualitarios pues resaltan una "libertad negativa"¹⁰, además de justificar el desarrollo de experiencias concretas, especialmente en los dos países citados, pasaron, con pocas excepciones, a extenderse por todo el mundo. Tales experiencias y los valores que las justificaron fueron, desde el punto de vista tanto de la fundamentación teórica como de la retórica ideológica, proporcionados, entre otros, especialmente por intelectuales/ideólogos como Friedrich Von Hayek¹¹, Ludwig Von Mises, Wilhem Roepke, Karl Popper, Raymond Aron, Milton Friedman, Paul Samuelson y Jefri Sachs, y también por las instituciones de producción teórica en la que estos militaban: las Escuelas Austríaca y de Chicago¹². Se puede decir que el ultraliberalismo representa una

¹⁰ Así definió el concepto de libertad negativa el mayor líder del movimiento ultraliberal, F. Von Hayek: "*Se afirma, muchas veces, que nuestro concepto de libertad es meramente negativo. Y eso es verdad, en el sentido de que la paz es también un concepto negativo, así como son negativas la seguridad, la tranquilidad, o la ausencia de cualquier mal u obstáculo. La libertad pertenece justamente a esa clase de conceptos: ella define la ausencia de un obstáculo determinado – la coacción del hombre por el hombre. Solamente se considera positiva por medio del uso que de ella hacemos. La libertad no nos asegura alguna oportunidad específica, pero deja a nuestro criterio la forma de usar las circunstancias en las cuales nos encontramos*". VON HAYEK, F. *Os Fundamentos da Liberdade*. São Paulo/Brasília: Visão/UNB, 1983, pp.15.

¹¹ Hayek con su obra “El camino de la esclavitud” publicada en 1945 dio fundamentación académica a los ultraliberales. El libro era un manifiesto contra la concepción intervencionista del Estado, bajo el argumento de que el nuevo igualitarismo de este período, promovido por el Estado del bienestar, destruía la libertad de los ciudadanos y la vitalidad de la competencia, de la cual dependía la prosperidad de todos. ANDERSON, P. "Balanço do Neoliberalismo" en GENTILI, P. y SADER, E. (eds.), *Pós-Neoliberalismo. As Políticas Sociais e o Estado Democrático*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp.10.

¹² Perry Anderson, que debatió, en los años 90, en Brasil, la hegemonía ultraliberal, destaca que "(...) el famoso comentario de Keynes de que todo político práctico o administrador que piensa simplemente actuar de acuerdo con el sentido común está, verdaderamente, implementando las ideas de algún economista loco ya fallecido. O sea, no da para escapar de la teoría – ella guía las acciones de las personas en posiciones de liderazgo en el Estado, tengan estas consciencia de eso o no. El propio Hayek, a propósito de esto, decía que este era el único comentario de toda la teoría general de Keynes con el cual estaba de acuerdo. En lo que se refiere a la experiencia del siglo XX, Keynes consideró que estaba absolutamente en lo cierto al hacer este comentario en los años 30. Y Hayek demostró gran amplitud de miras al captar la importancia de ese comentario de Keynes.

Además de eso, prosigue el autor: "(...) son las ideas neoliberales las que fijan los parámetros de toda la política económica. Ellas fijan esos parámetros en el sentido en que no existe más alguna concepción alternativa coherente de como las economías capitalistas modernas deben conducirse. La tradición keynesiana está rota y desmoralizada." ANDERSON, P. "A Trama do Neoliberalismo: Mercado, Crise e Exclusão Social (debate)" en GENTILI, P. y SADER, E. (eds.). *Pós-Neoliberalismo*.

"relectura" del liberalismo clásico, en la medida en que: "(...) reproduce un conjunto heterogéneo de conceptos y argumentos, "reinventando" el liberalismo pero introduciendo formulaciones y propuestas mucho más próximas al conservadurismo político y de una suerte de darwinismo social alejado de las vertientes liberales del siglo XX"¹³. El propio Keynes ya había, en 1926, en un brillante artículo denominado "*The End of Laissez-Faire*", llamado la atención sobre el hecho de que el darwinismo fuera fuente de inspiración para la doctrina liberal del *laissez-faire*, de la cual el ultraliberalismo se apropia. Para él, la "(...) suposición de [que] condiciones en que la selección natural explícita lleva al progreso es apenas una de las suposiciones provisionales que, tomadas como verdades literales, se convirtieron en los soportes del *laissez-faire*. La otra es la eficacia, y, en efecto, la necesidad, de la oportunidad de beneficios privados ilimitados como incentivo al máximo esfuerzo. Bajo el *laissez faire*, el beneficio pertenece al individuo que, por aptitud o buena suerte, se encuentra con sus recursos productivos en el lugar cierto y en la hora cierta."¹⁴. Sin embargo, la perspectiva ultraliberal se distancia de las vertientes democráticas del propio liberalismo.

En relación al choque ideológico que contextualiza nuestra discusión, Eric Hobsbawm lo narra: "La batalla entre keynesianos y neoliberales no era ni un enfrentamiento puramente técnico entre economistas profesionales, ni una búsqueda de caminos para tratar de nuevos y perturbadores problemas económicos. (...) *Era una guerra de ideologías incompatibles. (...) la economía en los dos casos racionalizaba un compromiso ideológico, una visión a priori de la sociedad humana*. Los neoliberales desconfiaban y sentían antipatía por la socialdemócrata Suecia, una espectacular historia de éxito económico del siglo XX, no porque fuera a tener problemas en las Décadas de Crisis – como tuvieron otros tipos de economía –, sino porque se basaba en el 'famoso modelo económico sueco, con sus valores colectivistas de igualdad y solidaridad' (Financial Times, 11/11/1990). Por otro lado, el gobierno de la Sra. Thatcher en Gran Bretaña era impopular en la izquierda, incluso durante sus años de éxito económico, porque se basaba en un egoísmo asocial, verdaderamente antisocial."¹⁵.

Esta descripción demuestra bien el tipo de ataque iniciado entre keynesianos y ultraliberales, en un contexto marcado por la dicotomía entre mercado y Estado (por los liberales) y por la memoria de la

As Políticas Sociais e o Estado Democrático. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1995, pp. 148 y 149.

¹³ DRAIBE, S. "As Políticas Sociais e o Neoliberalismo". *Revista USP: Dossiê Liberalismo/Neoliberalismo*, nº 17, marzo/abril/mayo, 1993, pp. 86.

¹⁴ KEYNES, J.M. "O Fim do Laissez-Faire", Apud Szmrecsányi, T. (org.) *Keynes – Coleção Grandes Cientistas Sociais*. Miriam Moreira Leite (traductora), São Paulo: Ática, 1984, pp. 116-117.

¹⁵ HOBBSAWM, E. *A Era dos Extremos: O Breve Século XX (1914-1991)*. S. Paulo: Cia. das Letras, 1995, pp. 399.

destrucción económico/social concebida (por los antiliberales) como consecuencia del liberalismo del tipo *laissez-faire*. Se puede decir que este choque domina todavía hoy el siglo; ocurre, no obstante, que la hegemonía cambio de manos. Es en este sentido que Richard Cockett retrata, brillantemente, los pormenores de este conflicto, que se remonta a las primeras décadas del siglo XX. Según él: "*El debate entre Hayek, los economistas liberales y Keynes durante la década de los treinta fue crucial, agudizando y cristalizando el pensamiento de la antigua escuela, y allanó el camino para la formulación de un movimiento internacional de los economistas liberales contra la economía keynesiana, los cuales en la reunión de París en 1938 [Reunidos en torno de Walter Lippmann - FCPF] comenzó a concretizarse. (...) El debate académico entre los keynesianos y los liberales durante la década de los treinta, llamado en ocasiones como el debate sobre el "cálculo económico", fue, se podría decir, el debate intelectual más crucial del siglo en los países de Occidente.*" (traducción de los autores del artículo)¹⁶.

Es de fundamental importancia observar como el autor retrata tantas veces el enfrentamiento por la hegemonía, establecida en términos académicos y político/ideológicos (en el que los *think-tanks* tienen un papel clave). La constatación de que el enfrentamiento entre Hayek y Keynes no solo se expandió por varios campos sino que además atraviesa todo el siglo XX nos da la dimensión y profundidad del problema en cuestión: la lucha por la hegemonía. Por tanto, la hegemonía ultraliberal, en la medida en la que constituye una Agenda político/económica asociada a los valores ético/políticos arriba planteados, produce efectos globales, aunque distintos en cada realidad regional¹⁷.

2.- LA CRISIS DEL LIBERALISMO CLÁSICO Y EL CONSENSO KEYNESIANO

Para entender la llamada hegemonía ultraliberal hace falta explorar un largo recorrido histórico. Hagamos una breve reconstrucción del proceso de ascensión y caída del liberalismo (clásico) para, seguidamente, analizar los fundamentos del

¹⁶ The debate between Hayek, the economic liberals and Keynes during the 1930s was crucial in sharpening and crystallizing the thinking of the former school, and paved the way for the formulation of an international movement of economic liberals against Keynesian economics, of which the Paris meeting in 1938 [reunido en torno de Walter Lippmann – FCPF] was the first small rally. (...) The academic debate between the 'Keynesians' and the economic liberals during the 1930s, sometimes referred to as the 'economic calculation' debate, was, it could be said, the crucial intellectual debate of the century in the democratic West. COCKETT, R. *Thinking the Unthinkable (Think-Tanks and the Economic Counter-Revolution, 1931-1983)*. London: HarperCollins, 1995, pp. 34.

¹⁷ Incluso en Brasil, donde el Estado dirigió con gran éxito – en términos de desarrollo económico – el modelo de "sustitución de importaciones", esta agenda estuvo vigente.

ultraliberalismo, o sea, el resurgimiento del pensamiento liberal en el siglo XX.

Especialmente durante el siglo XVIII, en Europa, se produjo una lenta, aunque tenaz, resistencia burguesa al Antiguo Régimen, pues tanto los intereses como la visión del mundo de la burguesía ascendente eran fuertemente contestados. Ese proceso culminará con la ascensión del liberalismo que, poco a poco, fue convirtiéndose al mismo tiempo en una doctrina y en una ideología.

La hegemonía liberal, sin embargo, solo sería efectiva con las revoluciones burguesas, a finales del siglo XVIII, especialmente con la mayor de ellas, la Revolución Francesa, en un contexto de profundas transformaciones procedentes de la primera revolución industrial¹⁸. Se producirá en ese momento, en todas las dimensiones de la sociedad, una ruptura radical con el Antiguo Régimen. Finalmente, no solo el proceso de acumulación fue crecientemente transformado, como la reproducción material de los individuos, pertenecientes a clases sociales distintas, pasó a estar sujeta tanto a nuevos patrones éticos como a una nueva racionalidad: la ética individualista y la razón burguesa de la propiedad, del interés y del beneficio.

En el siglo XIX el liberalismo se hizo hegemónico, pues, además de justificar la propiedad, el beneficio y la explotación entre las clases sociales, influye decisivamente en la separación entre lo que se pasó a considerar perteneciente a lo público y al mundo privado, que debería, este último, ser privilegiado en la nueva sociedad emergente. Es con vistas a la formación de esta sociedad que el pensamiento liberal se convierte en paradigmático, legitimando el libre mercado y el Estado mínimo – conceptos que se convertirán en intocables en el liberalismo clásico. Pero además, el pensamiento liberal, aliado a las revoluciones burguesas, marca la creación del Estado de Derecho burgués, aún no democrático. Se trata de la prioridad de la "igualdad ante la ley", que pretenderá tanto la legalización como la legitimación de la dominación político/económica de la burguesía sobre las otras clases, sobre todo del proletariado. No obstante, la formalización de la igualdad será alterada, en el sentido de su efectividad, con las luchas políticas del siglo XIX, cuando el proletariado conquista derechos políticos fundamentales.

Desde el punto de vista económico, el mundo liberal se realiza plenamente en ese siglo, mediante la preminencia del llamado *laissez-faire*, extendiéndose hasta el siglo XX, o, más exactamente, hasta 1929. A partir de ese momento, una depresión económica mundial sin precedentes hace que el liberalismo decline

¹⁸ Verdaderamente, la llamada Revolución Gloriosa, ocurrida en Inglaterra en 1689, es la precursora de lo que vendría a ser la hegemonía liberal, a finales del siglo XVIII. La Revolución Gloriosa, o revolución inglesa, estableció el predominio del Parlamento sobre el Ejecutivo, en el contexto de una inédita normalización del poder monárquico. Inglaterra inició una obra que sólo se completaría un siglo después, con la Revolución Francesa.

profundamente, llegando a su casi eliminación a causa de la completa disfuncionalidad de la economía capitalista y del surgimiento de alternativas tanto al capitalismo (caso del socialismo ruso, a partir de 1917) como al liberalismo (ascensión de los regímenes anti iluministas, antiliberales y anti individualistas encarnados en el fascismo y el nazismo en los años 1920 y 30).

A su vez, se estableció, sobre todo en el continente europeo y en los Estados Unidos, en los años 1930, una paulatina política reformista a partir de la actuación del Estado, reformismo este que implicó la ejecución de políticas económicas antiliberales por medio del intervencionismo estatal, así como la creación de un Estado de Bienestar social, sobre todo en la postguerra. Hay que destacar que este reformismo representó una alternativa tanto al socialismo como al fascismo. La democracia liberal fue mantenida, a pesar del fuerte corporativismo entre las clases, como mecanismo de resolución de conflictos, intermediados estos por el Estado. Es importante observar que, en cierta forma, la intervención del Estado en la economía y en la sociedad pasó pragmáticamente a ser practicada, siendo el *New Deal* su ejemplo emblemático, pues pretendía, entre otras medidas, reequilibrar todo el ciclo producción/consumo, planificar la producción, reactivar el mercado interno, controlar los precios, revalorizar los salarios, regular las condiciones de trabajo y controlar fuertemente el sistema financiero.

El creciente grado de intervención estatal, incluso en países de fuerte tradición liberal – caso de USA y de Inglaterra –, representó el ocaso de la creencia liberal. Finalmente, terminada la segunda guerra mundial, por medio del Plan Marshall se llevó a cabo una extraordinaria ayuda norteamericana a los países implicados en el conflicto, consolidando, por tanto, el papel central ocupado por el Estado con vistas tanto a la reconstrucción de las economías y sociedades destruidas como a la promoción de un nuevo y estable impulso de crecimiento económico, pero que se preocupase, de alguna forma, de la distribución de la renta.

Hay que destacar que la historia de la moderna intervención estatal¹⁹ en la economía (post revoluciones burguesas), no comienza en el siglo XX, pues sus raíces se han encontrado en las dos últimas décadas del siglo XIX, fundamentalmente mediante dos grandes acontecimientos. En primer lugar, las reformas de previsión social puestas en marcha en Alemania por Bismarck (entre 1883 y 1889) que representaron la primera iniciativa del género (por medio de un sistema de seguro obligatorio contra accidentes en el ejercicio del trabajo, sobre invalidez y jubilación), realizadas por temor al creciente movimiento socialista. En segundo lugar, se produjo un cambio en las preocupaciones de la Iglesia Católica que pasó a darle

¹⁹ Hablamos de “moderna” intervención del Estado como forma de diferenciarla de la configuración patrimonialista del Antiguo Régimen, dada la confusión deliberada de los ultraliberales sobre eso.

más importancia a *la cuestión social*, pues deseaba que la sociedad, el Estado y la propia Iglesia actuaran intentando minimizar la extrema pobreza, a causa del – peligroso – estado de miseria en que se encontraba el proletariado en varios países. La encíclica *Rerum Novarum*, publicada en 1891, supuso la atención institucional, hasta entonces nunca vista en términos encíclicos, de la Iglesia hacia los pobres. A pesar de que, en buena medida, fue publicada como respuesta al temor de la ascensión del socialismo y de su oposición al movimiento obrero organizado, supuso un importante cambio en la forma de encarar a la sociedad capitalista por parte de la Iglesia²⁰, representando por ello un significativo síntoma de la crisis del liberalismo. El *ethos* de esta encíclica fue renovado (y mejorado) cuarenta años después, en 1931, con la edición – en un momento más que oportuno – de la Encíclica *Quadragesimo Anno*.²¹

Estos dos acontecimientos ya señalaban, por tanto, el vector que fundamentalmente en los años 30 del siglo XX se consolidaría. Finalmente, si la secuela de la depresión y de la guerra llevaron a la intervención – inicialmente pragmática– del Estado de forma hasta entonces inusitada, será crucial el pensamiento legado por J. M. Keynes en la nueva manera de relacionarse el Estado con el mercado y con la sociedad. Las bases de la estructura keynesiana (que veremos abajo), al privilegiar la intervención del Estado como forma de regular el mercado e inducir el desarrollo, fueron adoptadas por los partidos socialdemócratas. Estos al llegar al poder implementaron reformas sociales con la intención de una distribución de la renta, lo que significó, en la práctica, reformar el modo de acumulación capitalista²². Desde los años 1930, sin embargo, los llamados “frentes populares”, sobre todo en Francia y en España, ya habían hecho lo mismo, como forma, no obstante, de evitar la toma del poder – que parecía inevitable en Europa en aquella época – del fascismo que, como se sabe, era muy contrario a la “lucha de clases”.

Por eso, por más que empezase a crearse una cierta desconfianza sobre las virtudes del libre mercado, hasta el punto de establecerse un cierto ambiente ideológico y socio/intelectual pro intervención del Estado, será fundamentalmente el keynesianismo el

²⁰ El Papa León XIII, que publica esta encíclica, había mostrado “(...) el papel de la Iglesia, del Estado y de los sindicatos, colocándose en una posición contraria a las del liberalismo, [además] él construye la ‘doctrina social’ y compromete al mundo cristiano en una acción social.” BIGO, P. *A Doutrina Social da Igreja*. S. Paulo: Loyola, 1969, pp. 60.

²¹ “(...) toda la mentalidad económica dominante está todavía, en 1931, bajo la influencia del liberalismo económico. Sin embargo no había comenzado el círculo que iría a liberarlo gracias al trabajo de (...) Keynes y de los post-keynesianos. Solo entonces, se eleva la voz del Papa para proclamar que no se puede esperar de la única concurrencia de las ofertas y demandas, una economía bien organizada.” BIGO, P. *A Doutrina Social da Igreja*. S. Paulo: Loyola, 1969, pp. 61.

²² El keynesianismo adquirirá rápida hegemonía en los medios académicos, elevando el “poder del Estado”, a causa tanto de la crisis económica como de su capacidad de persuasión.

responsable de otorgar organicidad teórica y vigor ideológico a las reformas económicas y sociales realizadas por los diversos Estados nacionales, en un contexto internacional marcado por la perspectiva de la reconstrucción económica y política. Al final, lo que se pretendía era la superación de las causas que llevaron tanto a la gran depresión económica como (en lo que se refiere a los factores económicos) a la guerra.

Como marco de ese proceso de reconstrucción económica y política – confluente con la elaboración de un nuevo orden internacional – hay que destacar el acuerdo de *Bretton Woods*, firmado en los momentos finales de la guerra. En él, se crearon una serie de medidas dirigidas al control del capital financiero y del mercado, pues el espíritu que presidió la reunión, en la cual Keynes fue una de las personas más importantes, desconfiaba de las virtudes intrínsecas del mercado. A pesar de que algunas de las propuestas de Keynes fueron derrotadas, como un sistema internacional más solidario así como instituciones financieras independientes del poder norteamericano – como el FMI y el Banco Mundial, que nacieron justamente en este momento –, el sistema creado entonces consiguió establecer una previsibilidad y estabilidad internacionales que permitieron el mayor crecimiento económico continuado del capitalismo.

Veamos, entonces, como la perspectiva teórica keynesiana, aplicada políticamente en la posguerra, se organizó, para horror de los ultraliberales. Desde el punto de vista de la teoría económica, se convirtió en un paradigma su crítica hacia la entonces dominante creencia de que la oferta de mercancías crearía la demanda del mismo modo que el libre mercado más pronto o más tarde se autorregularía, bastando para ello ciertos correctivos, como la flexibilización de los precios y salarios. Esta crítica se personifica en una Teoría General (de empleo, de intereses y de la moneda), título, como se sabe, de su obra principal, publicada en 1936. La Teoría General afirmaba la necesidad del Estado de crear la demanda por medio de gastos públicos con vistas al establecimiento del pleno uso de los factores económicos, entre los cuales estaba la fuerza de trabajo. En cuanto a la propensión al consumo, este, para la perspectiva keynesiana, se daría a través de las clases proletarizadas – de ahí su oposición a la disminución de los salarios, propuesta por los liberales durante la depresión de 1929. Finalmente, Keynes revuelve los conceptos de acaparamiento y ahorro al afirmar que ahorro equivale a inversiones productivas. Más aún, buscara demostrar que los rendimientos sociales del Estado, a través de la creación de una red de protección social, serán fundamentales para mantener el ciclo capitalista producción/consumo/producción, en la medida en que esta estrategia implicaría una onda multiplicadora de nuevas inversiones.

Por otro lado, pero intrínsecamente articulado a su teoría económica, el keynesianismo extrapola el ámbito teórico (que, en

rigor, se vincula a la economía política) para penetrar en la política y, en este campo, las acciones del Estado en cuanto manejador de políticas macroeconómicas adquiere enorme importancia. De esa forma, el keynesianismo implica una doble revolución en la teoría económica, al revolver las antiguas creencias de la capacidad de panacea del mercado, y de la acción política y al propiciar un programa de acción estatal estructurado en presupuestos teóricos sistémicos. Ese programa podría ser definido resumidamente en los siguientes principios:

- intervención del Estado en términos macroeconómicos, por medio de: la regulación del dinero en circulación, de la bajada de las tasas de interés, de la inversión de capitales en obras públicas, del apoyo al capital productivo y el combate a la especulación, de la creación de una red estatal de servicios sociales, del cobro de impuestos progresivos. En una palabra, se trata de la regulación del mercado y de los factores económicos;

- apoyo a los sindicatos: como forma de implementar la demanda y como medio de obtener la incorporación política de los trabajadores en el sistema capitalista por medio de la democracia liberal (defendida por Keynes), pero dando valor a las corporaciones;

- incorporación del tema de la igualdad en la acumulación (vinculado al capitalismo), esto es, énfasis en la redistribución de renta como consecuencia deseable – política y económicamente – de la acumulación, en la forma de un pacto político entre Capital y Trabajo, con la intermediación del Estado.

La implementación del modelo keynesiano dependería, ante todo, sin embargo, de la conquista de las mentes y de los corazones a causa de la reforma social con intermediación del Estado. En cuanto a eso, Keynes demostrara una absoluta convicción, pues, ya en 1926, en el premonitorio artículo anteriormente mencionado, explicó así la importancia de la lucha ideológica: *"Mediante un esfuerzo de la mente, necesitamos aclarar nuestros propios sentimientos. Actualmente, nuestra simpatía y nuestra razón están expuestas a permanecer en lados diferentes, lo que constituye un estado de espíritu doloroso y paralizador. En el campo de la acción, los reformadores no tendrán éxito hasta que no consigan seguir firmemente un objetivo claro e definido, formulado mediante la sintonía de sus intelectos y sentimientos. Actualmente no existe un partido en el mundo que me parezca que está queriendo alcanzar los objetivos ciertos, por los métodos ciertos. La pobreza material proporciona estímulos para el cambio precisamente en situaciones en que existe muy poco margen para experiencias. (...) Necesitamos de un nuevo conjunto de convicciones que salte evidentemente de un*

examen ingenuo de nuestros sentimientos interiores en relación a los hechos exteriores"²³.

Como se observa, el conflicto ideológico antecede al debate teórico, lo que hace que, también en este terreno, los liberales se mantuviesen en segundo plano, pues sus premisas y argumentos simplemente fueron rechazados, al considerarlos nostálgicos y obsoletos.

Se señala, no obstante, que tanto las condiciones materiales – necesidad de reconstrucción de las economías destruidas por la guerra – como los temores en relación al socialismo, que se presentaba claramente como una alternativa real al capitalismo, sirvieron de lema al "consenso keynesiano" que se formó. Tal consenso puede ser formulado así: *"La intervención económica del Estado adoptó el nombre de 'política económica', conjunto de medidas discrecionales que afectaban la economía nacional: mediante el presupuesto (política financiera), la política monetaria (actuación sobre el crédito y la tasa de cambio), la política social (regulación de los salarios, instalación de sistemas de seguro). (...) el Estado apareció como un agente económico particular, emisor y receptor de flujos que atravesaban toda la economía nacional. Su intervención asumió un carácter legítimo, no solo en tiempos de guerra (inmovilización de todos los recursos disponibles contra el enemigo), sino también en tiempo de paz, para apoyar el crecimiento económico. Cambio ideológico importante [en relación al período anterior, apoyado por el laissez-faire], que dominó las ideas desde la Gran Depresión desde los años 30 hasta mediados de los años 70: 'período keynesiano', ligado a la aparición de la política económica". [Consecuentemente], "(...) la política económica parece haberse convertido en un atributo natural del Estado."*²⁴

Este consenso sobre la presencia activa del Estado se convierte prácticamente en universal, pues, tanto los países centrales como los periféricos del capitalismo, a pesar de estar en diversas situaciones – casos paradigmáticos en Europa, que necesitaban reconstruir sus economías y sociedades, como mencionamos, y de Brasil, que se lanzó, a partir de 1930, a la creación de un parque industrial –, tuvieron en el aparato estatal el agente central de inducción al desarrollo y a la justicia social.

Obsérvese que Keynes dejaba claro, como vimos antes, el papel de la Agenda a ser implementada por el Estado como factor primordial de su "filosofía social". De este modo Keynes entiende tal Agenda, pues sería: (...) *particularmente importante para lo que es urgente y deseable hacer en un futuro próximo. Debemos aspirar a la*

²³ KEYNES, J.M. "O Fim do Laissez-Faire", Apud Szmrecsányi, T. (org.) *Keynes – Coleção Grandes Cientistas Sociais*. Miriam Moreira Leite (traductora), São Paulo: Ática, 1984, pp.126.

²⁴ BRUNHOFF, S. de. *A Hora do Mercado: Crítica do Liberalismo*. São Paulo: Unesp, 1991, pp. 22 y 26.

*separación de los servicios que son técnicamente sociales de los que son técnicamente individuales. La más importante Agenda del Estado no trata de las actividades que los individuos realizan individualmente, sino de las funciones que están fuera del ámbito individual, aquellas decisiones que nadie adopta si el Estado no lo hace. Para el gobierno, lo más importante no es hacer cosas que los individuos ya están haciendo, y hacerlas un poco mejor o un poco peor, sino hacer aquellas cosas que actualmente dejan de ser hechas.*²⁵

Observar que Keynes define, en ese mismo texto, los sectores que deberían ser incorporados a la Agenda del Estado: el control de la moneda y del crédito, la coordinación del ahorro y de la inversión y el control demográfico. Como se sabe, la cuestión social – pleno empleo y Estado de bienestar – claramente estaría incluida en una Agenda que los liberales consideraban contraria a la libertad individual en una sociedad libre. El modelo keynesiano, entonces, se expandió paulatinamente –manteniendo las particularidades de cada país –, inclusive en la periferia del capitalismo²⁶.

La agenda política y económica existente a nivel internacional, sobre todo a partir de 1945, continua expresando la desconfianza en el “mercado libre” además de incorporar la demanda por justicia social y por un papel activo del Estado – sea como inductor del desarrollo, sea como distribuidor de la riqueza producida, sea también como intermediario de las relaciones sociales. Veamos cómo se da esta configuración, esto es, cuales son los pilares del llamado modelo fordista/keynesiano²⁷. El que, en otras palabras, volvió a articular la manera de poner en práctica el papel activo del Estado, convirtiéndose en hegemónico durante décadas en casi todos los países capitalistas (aunque con diferencias importantes), en el contexto de un nuevo orden internacional:

- modelo de acumulación basado en la estructuración fordista, esto es, en las empresas “gigantes” estructuradas de forma jerárquica, taylorista y con sede en pocos territorios nacionales. Son, además de eso, organizadas con una cierta rigidez: de la estructura productiva (estandarización de procesos y mercancías y grandes cantidades); del consumo (sociedad de masas); del capital, pues

²⁵ KEYNES, J. M., “*O Fim do Laissez-Faire*”, Apud Szmrecsányi, T. (org.) *Keynes – Coleção Grandes Cientistas Sociais*. Miriam Moreira Leite (traductora), São Paulo: Ática, 1984, pp. 125.

²⁶ Las diferencias entre el tipo de keynesianismo aplicado en USA y en Suecia, por ejemplo, supone que en los países nórdicos como un todo, hubo una expansión del Estado de bienestar que, de alguna forma, superó al mercado, en contraste a lo ocurrido en el caso norteamericano. Estas diferencias son discutidas en SKOCPOL, T. y WEIR, M. “State Structures and the Possibilities for ‘Keynesian’ – Responses to the Great Depression in Sweden, Britain and the United States”, en EVANS, P. B.; RUESCHEMEYER, D. y SKOCPOL, T. (eds.) *Bringing the State Back In*, Cambridge: Cambridge University Press, 1985, pp. 107-165.

²⁷ Nos basamos aquí en el importante análisis de HARVEY, D. *A Condição Pós Moderna*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

predomina la vinculación a la producción y no a la especulación financiera; de la fuerza de trabajo, que fue básicamente protegida, tanto de las empresas como del Estado;

- relación capital/trabajo regulada de forma corporativa por el Estado. En el caso del bloque socialista el Estado intermediara todas las instancias de la sociedad;

- intervención estatal, por medio de: la planificación económica y la regulación de mercado (beneficios, *royalties*, salarios y precios), la protección al capital nacional, la creación de un Estado de bienestar social (*welfare state*), y la participación del Estado como empresario (aunque no en todos los lugares). Esta intervención se personificó en la socialdemocracia (keynesiana) en Europa, en el desarrollismo en el tercer mundo y en el socialismo (este, a partir de 1917), sobre todo en el este europeo;

- existencia de fronteras nacionales relativamente rígidas, en las que el capital nacional y el Estado-Nación tienen una fuerte articulación;

- orden internacional estructurado en la división del mundo en dos grandes bloques (guerra fría), subordinando la actividad económica, en los dos lados, a intereses estratégicos e incluso militares.

En conclusión, como se observa en los temas arriba tipificados, aunque de forma simplificada y resumida, convergieron desde la postguerra (o desde antes, como vimos) en una Agenda en la que las reformas económico/sociales estuvieron dirigidas por el Estado interventor. Este, se consolidara, por tanto, como un agente político y económico fundamental. La articulación fordista/keynesiana proporcionó el mayor crecimiento económico con distribución de renta (esta, en determinados lugares) de la historia del capitalismo – hecho hasta entonces inusitado. De ahí su caracterización sociológica como “sociedad rica”.

El liberalismo, por tanto, especialmente en la postguerra, consolidara su brusca decadencia. Es justamente en ese momento cuando la resistencia ultra (o neo) liberal, se articula. Aquí, los enemigos de los (ultra) liberales no podrían ser los mismos de sus precursores en el siglo XVIII; en ese momento, la hostilidad ultraliberal estaba dirigida justamente contra la burocracia estatal, la planificación, el Estado del bienestar, el “nacional-desarrollismo” o, en otras palabras, el intervencionismo. El socialismo, es evidente, en cuanto idea y praxis, especialmente en cuanto elemento activo, será el otro gran enemigo a ser derrotado. Veamos, entonces, como los ultraliberales se opusieron al intervencionismo presente durante la mayor parte del siglo XX.

3.- LA RESISTENCIA ULTRALIBERAL EN EL SIGLO XX

Hasta aquí mostramos la resistencia/ascensión (siglo XVIII), hegemonía (siglo XIX) y caída (sobre todo a partir de 1929) del

liberalismo. La respuesta a la hegemonía "intervencionista", sobre todo como organización económica de la sociedad, en el siglo XX, se expresó bajo la forma de resistencias tenaces de los ultraliberales, en diversos países, al punto de organizarse como *think-tanks* – personas e ideas aglutinadas en instituciones estratégicas, con fuerte capacidad de extender sus proyectos, que plantean diagnósticos y propuestas (generales y concretas), con vistas a conquistar espacios crecientes para el campo ultraliberal. Implica por tanto un movimiento (anteriormente aludido) denominado por la terminología gramsciana como guerra de trincheras (o posiciones) ideológicas²⁸.

En ese contexto de resistencia, los ultraliberales lentamente fueron creando y apropiándose de instituciones que funcionan como (los referidos) aparatos privados de hegemonía. Las ideas claves – personificadas en propuestas y programas de gobierno –, desarrolladas por los intelectuales ultraliberales, algunos de los cuales veremos a continuación, pueden ser así tipificadas:

- preferencia de la esfera privada (el individuo libre en el mercado) sobre la esfera pública;
- máxima desestatización de la economía, privatizándose todas las empresas bajo control del Estado;
- desprotección a los capitales nacionales, que deben competir libremente con sus congéneres extranjeros;
- desmontaje del Estado de Bienestar, pues es concebido (y estigmatizado) como ineficaz, ineficiente, derrochador, injusto/autoritario (por transferir a los más pobres parcelas de renta de los más ricos o con más éxito, que del mismo modo lo serían, estos, por sus propios méritos) e inductor de comportamientos que no valoran el mérito y el esfuerzo personal;
- fuerte presión por la quiebra del pacto corporativo entre Capital y Trabajo, en nombre de la libertad de elección individual y de la soberanía del consumidor;
- desregulación de la producción, de la circulación de los bienes y servicios, del mercado financiero y de las relaciones de trabajo;

²⁸ Los *think tanks* también pueden ser definidos como "(...) *tanques o fábricas de pensamiento que trascienden las fronteras del conocimiento en sí mismo y se proyectan a ámbitos de decisión política o económica (...) varios medios de comunicación funcionan como verdaderos promotores de ideas y su influencia, aún a pesar de cierta 'liviandad' científico-académica, suele ser mucho mayor que la del pensamiento académico riguroso.*" (THOMPSON, A. A. "Think Tanks" en la *Argentina (Conocimiento, Instituciones y Política)*. Buenos Aires: Centro de Estudios de Estado y Sociedad, 1994, pp. 12). Por tanto, los *think tanks* tienen la función de elaborar ciertas ideas estratégicas y conseguir inculcárselas a determinados grupos. Pasan de la academia a los medios de comunicación, siempre con objetivos muy bien definidos. En Inglaterra, el *Institute of Economic Affairs (IEA)*, el *Centre for Policy Studies (CPS)* y el *Conservative Party Sector Research Unit (CPSRU)* se convirtieron en algunos de los principales *think tanks* que dieron consistencia ideológica a Thatcher (COCKETT, R. *Thinking the Unthinkable (Think-Tanks and the Economic Counter-Revolution, 1931-1983)*. London: HarperCollins, 1995.).

- énfasis en las virtudes del libre mercado: como instrumento extraordinario para aumentar la riqueza, generando en consecuencia una natural distribución de renta a causa del aumento de la productividad y como único mecanismo posible de reflejar los precios reales de los productos y servicios, posibilitando a los individuos el ejercicio de cálculos en relación a la actividad económica;
 - concepción de libertad como "libertad de mercado", esto es, ausencia de obstáculos a la relación Capital/Trabajo y a la libre realización de los factores productivos;
 - concepción "negativa" de la libertad, caracterizada como ausencia de coacción (solamente las imprescindibles) e interferencias de la esfera pública en la esfera privada;
 - aceptación de la democracia²⁹ únicamente y tan solo si hace posible el mercado libre y la libertad individual;
 - concepción de que la sociedad debe ofrecer a cada individuo (en el aspecto fiscal y lo mismo en cuanto a eventuales equipamientos públicos) únicamente y tan solo lo que contribuya para la misma. Se trata de la inversión del lema socialista, pues se valora la desigualdad, que, de esta forma, debe reflejar méritos distintos;
 - hipervalorización del sistema jurídico (nomocracia), por tanto estructurante y avalista de una sociedad compuesta por individuos autónomos en sus acciones en virtud de sus intereses.
 - creencia de que el Estado interventor es, intrínsecamente, autor de innumerables crisis: fiscal, burocrática, de productividad, entre otras; de ahí el tema de las "reformas del Estado orientadas al mercado" y la defensa de la disminución de impuestos y de los gastos gubernamentales;
 - énfasis en las mínimas, pero importantes, funciones del Estado, las cuales deberían ser:
 - a) garantizar el orden y la paz.
 - b) garantizar la propiedad privada.
 - c) garantizar los contratos libremente firmados entre los individuos.
 - d) garantizar el libre mercado, por medio de la prohibición de prácticas anti-concurrencia y de la elaboración de "normas generales

²⁹ Los economistas de perfil neoliberal suelen manifestar un cierto desprecio, a veces explícito, hacia la voluntad social y, por tanto, incluso a la propia democracia, al menos, en lo que ésta tiene que ver con las cuestiones económicas. Al considerar que la economía es una ciencia, algo que rechazan otros economistas, ha tenido dos consecuencias: una es que a nivel intelectual, la materia se ha convertido en muy dogmática y; otra, es la exclusión de los asuntos económicos del debate económico. Hayek fue muy claro en este sentido cuando visitó el Chile de Pinochet, en donde bajo la dictadura comenzaron a aplicarse muchas de las políticas que defienden los economistas neoliberales: "*Mi preferencia personal se inclina a una dictadura liberal y no a un gobierno democrático donde todo liberalismo esté ausente*" (El Mercurio, 12-4-1981).

y abstractas.”

e) desregular y flexibilizar los mercados (de capitales, productivos y de trabajo).

Parte de estos puntos constituyen una verdadera Agenda de reformas, defendida principalmente por los *think-tanks* y transmitidas por los aparatos privados de hegemonía. Esta Agenda se adaptará a cada país, conservándose sin embargo tanto las bases como el *ethos* que las preside³⁰. El ultraliberalismo es polimórfico, muy complejo como fenómeno, no existe con una sola forma, es distinto en Argentina, en Brasil, en los Estados Unidos, en el Reino Unido o en España. No hay un neoliberalismo único sino que tiene muchas formas híbridas, por lo tanto no va a colapsar como proyecto único porque no existe como proyecto único.

El ultraliberalismo no es una plantilla fija sino un proyecto que toma nuevas formas. A principios de los 90 era muy distinto a lo que se presenta hoy en día. El ultraliberalismo ha cambiado mucho en los últimos 30 años, desde defender la privatización hasta apoyar las asociaciones público-privadas; desde imponer ajustes estructurales por parte del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional hasta hablar de la «buena gobernanza» y de las «mejores prácticas». Continúa el mismo proyecto pero con otras herramientas. Así, pasamos de los ajustes estructurales a la buena gobernanza, de la desregulación al apoyo de algunas regulaciones en el mercado, pasamos de recortes presupuestarios a la gestión por auditoría.

4.- LA CRISIS ECONÓMICA MUNDIAL Y EL AUGE DEL ULTRALIBERALISMO

Desde inicios del siglo XXI, sin embargo, la intrínseca irracionalidad del ultraliberalismo, su fracaso en promover el crecimiento económico de los países en desarrollo, su tendencia a profundizar la concentración del ingreso y a aumentar la inestabilidad macroeconómica demostrada por las continuas crisis financieras de los años 1990 del siglo XX, constituyen indicadores de su agotamiento.

Pero lejos de entrañar un debilitamiento de las políticas neoliberales, como creyeron muchos como Stiglitz en 2008³¹, la crisis

³⁰ Verdaderamente, nunca hubo y posiblemente sería inaplicable el programa ultraliberal en alguna sociedad concreta, debido a diversos factores, entre los cuales están la complejidad de las sociedades contemporáneas – infectadas de intereses diversos y contradictorios –, el carácter idealista de las propuestas de esta corriente, y la vinculación, demostrada históricamente, de los capitales privados al Estado. Tomamos, por tanto, el programa ultraliberal más como un tipo ideal, una carta de intenciones, que propiamente un proyecto aplicable. A pesar de estas reservas, la capacidad de esta corriente para persuadir e inspirar a gobiernos, agencias e instituciones (nacionales e internacionales) es importante.

³¹ Stiglitz, J.E. “¿El fin del neoliberalismo?”. *El País* 20 de julio de 2008. Disponible en: http://elpais.com/diario/2008/07/20/negocio/1216559008_850215.html. Consulta del 8 de julio de 2015.

económica mundial ha conducido a su reforzamiento bajo la forma de planes de austeridad destructores. Lo que muestra el desarrollo de esta crisis es la potencia del marco institucional que han instalado las políticas neoliberales, un marco que se impone a los actores actuales exactamente como lo desearon los grandes promotores de la racionalidad neoliberal desde los años 30. Al no poder ni querer romper ese marco, los actores políticos se ven arrastrados en una fuga hacia adelante para adaptarse más y más a los efectos de su propia política anterior³².

La crisis económica de 2008, también denominada Gran Recesión fue originada en los Estados Unidos. Entre los principales factores causantes de ella se encuentra la desregulación económica, los altos precios de las materias primas debido a una elevada inflación planetaria, la sobrevalorización del producto, crisis alimentaria mundial y energética, y la amenaza de una recesión en todo el mundo, así como una crisis crediticia, hipotecaria y de confianza en los mercados. Siendo señalada por muchos especialistas internacionales como la «crisis de los países desarrollados», ya que sus consecuencias se observan fundamentalmente en los países más ricos del mundo aunque poco a poco va llegando a los países periféricos, caso de China o Brasil³³. El fenómeno se expandió rápidamente por diversos países europeos, y algunos han sufrido graves efectos³⁴, sobre todo los del sur de Europa (Italia, España³⁵, Portugal o Grecia).

³² LAVAL, C. y DARDOT, P. *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la Sociedad Neoliberal*. Madrid: Gedisa, 2015.

³³ En el caso brasileño, los efectos no fueron tan drásticos, especialmente la recesión y el desempleo, a causa de las políticas anticíclicas adoptadas por el Gobierno de la presidenta Dilma Rousseff, como el crédito a los productores y a los consumidores, la exoneración tributaria, la ampliación de la transferencia de renta y el aumento del salario mínimo, además de un amplio programa de inversiones en infraestructuras. Se debe destacar que esta exitosa solución para no sufrir el impacto de la crisis no solo fue una excepción a lo que ocurrió en el mundo, aunque sus costes fiscales y presupuestarios están siendo pagados posteriormente, con innumerables implicaciones políticas.

La situación cambia con la destitución de la presidenta y las medidas ultraliberales preparadas por el nuevo – e ilegítimo – gobierno, nacido de un golpe parlamentario/judicial/medios de comunicación ocurrido el 31 de agosto de 2016. Desde el punto de vista de las políticas macroeconómicas y sociales, es la aplicación de lo neoliberal: la privatización, la apertura del mercado, las políticas fiscales para el pago de la deuda interna, la reducción sustancial del gasto social, los obstáculos a la jubilación... En una palabra, la transferencia de ingresos de los pobres a los ricos. En cuanto a la política exterior: la sustitución del eje Sur/Sur por las políticas subordinadas, Norte/Sur.

³⁴ Dinamarca entró en recesión (seis meses de crecimiento económico negativo) en el primer trimestre de 2008. En el segundo trimestre de 2008, el conjunto de la economía de la eurozona se contrajo en un 0,2%, encabezada por los retrocesos en Francia (-0,3%) y Alemania (-0,5%). Otras economías importantes, como la española, evitaron la contracción (+0,1%) pero sólo crecieron muy débilmente en el mismo periodo, con fuertes incrementos en el desempleo.

A todo ello está ayudando, negativamente, el ascenso de la globalización como proceso de carácter económico, tecnológico y social, que ha producido un mundo más compenetrado e interconectado a nivel de mercados, sociedades y culturas. La expansión del sistema capitalista como producto de la caída de las economías comunistas, junto con principios propios del ultraliberalismo, tales como la limitación de la intervención estatal en las relaciones comerciales, y la oposición a las regulaciones y los aranceles, todo ello bajo el esquema del libre mercado, ha ido provocando una unidad económica mundial, con fronteras cada vez más abiertas y mercados comunes cada vez mayores, propia de una economía globalizada.

El debilitamiento y el resurgimiento del ultraliberalismo con más fuerza demuestra, como señalaba Polanyi, que es una utopía loca, que inspira un tipo de política que muestra una dirección pero no un destino; nunca vamos a llegar al mundo ultraliberal en el cual los ultraliberales quieren vivir, donde hay mercados absolutos y puros; es una visión utópica a la cual, aunque empujan en esa dirección, nunca llegamos a ese mercado libre, a ese paraíso del mercado libre. Sin embargo, como tienen una visión utópica que los inspira y que les da un sentido de hacia dónde ir, cuando un político se levanta por la mañana sabe hacia dónde caminar y hacia dónde empujar: empuja en contra del Estado y a favor del mercado, día tras día³⁶. Esto —lo notó Keynes— no va a terminar nunca, va a seguir siendo permanente porque es un sistema que opera de esa manera.

5.- EL NEOLIBERALISMO RESUCITADO EN BRASIL DESPUÉS DEL GOLPE DE ESTADO DE 2016

La desestabilización política, económica, social e ideológica a la cual fue sometido el gobierno de la presidenta Dilma Rousseff por un consorcio golpista entre elites e instituciones estatales, que se ha producido desde 2013 demuestra plenamente lo que muchos analistas han destacado: la reacción de la "Casa Grande" contra el avance de la "senzala"³⁷. Esas imágenes, que hacen referencia a la esclavitud, al volverse contemporáneas reafirman dimensiones

³⁵ En España a comienzos de 2015 había 1.766.300 hogares con todos sus miembros activos en paro, casi uno de cada diez hogares; en 731.000 hogares no entraba ningún ingreso (3.98% del total); la renta media de los hogares se había reducido más de una décima parte desde el año 2009; un tercio de los niños están en riesgo de pobreza y han aumentado las desigualdades (GARCÍA HERRERO, G.; BARRIGA, L. A.; SANTOS, J.; RAMÍREZ, J. M. y LAMATA, F. *Informe sobre el estado social de la nación 2015. ¿Y si ya hemos salido de la crisis?*. AEDGSS, 2015).

³⁶ PECK, J. "Neoliberalismo y crisis actual" *DAAPGE*, vol.12, nº 19, 2012, pp.19.

³⁷ La *senzala* era el lugar donde se alojaban los esclavos.

materiales y simbólicas de la desigualdad social, de la asimetría de la lucha política y del atraso ideológico de las elites nacionales³⁸.

Ese proceso de desestabilización culminó en el golpe de Estado del 31 de agosto de 2016, que implicó e implica inestabilidad social y política, propiciando la profundización de la (in)seguridad pública, de los conflictos sociales sin mecanismos de mediación (debido a la ausencia de legitimidad) y de desprotección social (derogación del Estado Social a causa del elitismo neoliberal y rentista predominante en la coalición golpista).

Hay que recordar que el consorcio que lideró la desestabilización y el golpe está formado por las clases medias altas y por las elites detentoras del capital; por los grandes conglomerados de los medios de comunicación comerciales; por amplia mayoría del parlamento federal; por el grupo de partidos capitaneados por el vice-presidente Michel Temer; y por los tribunales superiores, como es el caso del Tribunal Superior Federal que, de forma activa y/o pasiva, procuraron "legalizar" el golpe en marcha en ese momento.

La agenda del consorcio golpista era exactamente la agenda derrotada en las últimas cuatro elecciones presidenciales y que no daba señales de poder tener éxito electoral en las urnas. De ahí que el golpe tenga innumerables dimensiones a partir de la constatación de que se debería "abrir" – o "forzar" – una "ventana de oportunidad" (el *impeachment*), aunque falsa, para revivir el neoliberalismo por medio de la vieja cantinela de las privatizaciones, concesiones, apertura al capital extranjero, renuncia a la soberanía nacional (es el caso de la no participación de Petrobras en la explotación del Pré-Sal³⁹, por ejemplo), y de la derogación de los derechos sociales (educación, salud, seguridad social y prestaciones sociales) y laborales. Se trata de una verdadera agenda de atraso – combinada con autoritarismo político y civil –, teniendo en cuenta las experiencias internacionales y las necesidades de millones de brasileños vulnerables.

Por lo tanto, la agenda neoliberal es revivida en Brasil, aunque únicamente por la vía del golpe de Estado y del "Estado de Excepción" al cual los brasileños están sometidos de forma intensa desde el 31 de agosto de 2016.

6.- CONSIDERACIONES FINALES

Se tildó al ultraliberalismo de ideológico, porque encubría lo que es: economía política. Proclamar el fin de la política es su modo de hacer política. Con esta consigna han conseguido convencer a los

³⁸ F. Fonseca analizó el proceso que llevó al golpe de Estado en el artículo "A desestabilização, o golpe e a sociedade civil gelatinosa do golpismo", disponible en: <http://cartamaior.com.br/?/Editoria/Politica/A-desestabilizacao-o-golpe-e-a-sociedade-civil-gelatinosa-do-golpismo/4/36802>.

³⁹ El "pré-sal" es un área de reservas petrolíferas encontradas en el litoral brasileño.

políticos y tomar los Estados, y con ella someten al pueblo al convencerle del carácter inexorable de sus propuestas. El ultraliberalismo ha sido tremendamente exitoso como proyecto político. Y la consecuencia de tomar el Estado no ha sido disminuirlo, por el contrario, lo han empleado a fondo para cambiar las estructuras, resistiendo tremendas presiones. Tampoco en el aspecto económico lo han disminuido, han retirado los recursos de la subvención de servicios para canalizarlos al mantenimiento del sistema.

El ultraliberalismo es mucho más que un tipo de capitalismo. Es una forma de sociedad e, incluso, una forma de existencia. Lo que pone en juego es nuestra manera de vivir, las relaciones con los otros y la manera en que nos representamos a nosotros mismos. No sólo tenemos que vérnoslas con una doctrina ideológica y con una política económica, sino también con un verdadero proyecto de sociedad (en construcción) y una cierta fabricación del ser humano. *“La economía es el método, el objetivo es cambiar el alma”*, decía Margaret Thatcher.

El ultraliberalismo ha puesto en crisis la propia democracia liberal clásica, desacreditando el sistema clásico de representación. Pero en este sistema los políticos solo están habilitados para aprobar reglas que vienen de fuera y sobre las cuales a veces ni pueden actuar. No se trata, por tanto, de exigir una vuelta a la democracia liberal de tipo parlamentario, es preferible observar de forma crítica los límites de esa democracia parlamentaria para buscar nuevas fórmulas de participación más directas.

Las políticas ultraliberales en esta crisis, por ejemplo, han renunciado explícitamente a la creación de empleo, en aras de favorecer la recuperación del beneficio y aplicando para ello una estrategia deflacionista basada, entre otras cosas, en los altos tipos de interés y en el control del gasto. Esa estrategia ha sido posible, porque las economías han transitado en los últimos años por un auténtico cambio en la estructura del sistema productivo que ha ido acompañado de modificaciones sustanciales de las disponibilidades tecnológicas, de los regímenes institucionales, de la cobertura de los mercados, de los propios valores sociales, de las formas de sociabilización, etc.⁴⁰

Creemos conocer el ultraliberalismo cuando en realidad no sabemos exactamente lo que es ni de dónde viene. Equivocarse en cuanto a su verdadera naturaleza, ignorar su historia, no ver sus profundos mecanismos sociales y subjetivos, es en efecto condenarse a la ceguera y a permanecer desarmado ante lo que no tarda en llegar: lejos de acarrear un debilitamiento de las políticas ultraliberales, la crisis ha llevado a su refuerzo brutal, en forma de planes de austeridad instaurados por Estados cada vez más activos

⁴⁰ TORRES, J. “Economistas neoliberales”. Publicado en Sistema Digital el 4 de noviembre de 2010. Consulta del 6 de mayo de 2015.

en la promoción de la lógica de la competencia de los mercados financieros.

Resistir eficazmente, luchar contra una situación intolerable, que produce pobreza, desigualdad y pérdida de derechos, no sólo requiere una buena organización y una estrategia eficaz, sino también, y sobre todo, una inteligencia colectiva de la situación, que puede lograrse a través de la discusión de trabajos teóricos de profundidad en y por los movimientos⁴¹. Ya que la comprensión del ultraliberalismo representa una cuestión de alcance estratégico universal.

Otra cuestión importante que ha de tenerse en cuenta es que las políticas ultraliberales, y muy específicamente las económicas, han logrado afianzarse con éxito en nuestras sociedades, a pesar de sus contradicciones evidentes y de sus efectos tan negativos sobre el bienestar humano, precisamente porque constituyen una expresión muy acertada de lo que el sistema capitalista necesitó en un momento dado, tanto en lo relativo a la pura actividad de acumulación como en lo que respecta a la necesaria legitimación del sistema. Se puede decir entonces que son verdaderamente radicales, tanto porque han conseguido redefinir las condiciones estructurales en que se resuelven los problemas económicos de nuestra época, como por el hecho de haberlo conseguido generando y aplicando una estrategia omnicomprensiva que, sobre todo, vincula de manera indisoluble el problema económico con los del poder y la legitimación, es decir, con la política. De esa forma, el discurso ultraliberal ha sido capaz de autoidentificarse plenamente, y hacer que sea identificado, con el orden del sistema, con el equilibrio de las cosas y con el principio de la razón; de manera que todo aquello que le es diverso tiende a ser percibido como la expresión de un disenso tan profundo que no puede llevar más que al lugar de la nada. Ha podido configurarse como una estrategia tan exitosa gracias a que ha ocultado con eficacia la realidad frustrante que le ha sido intrínseca en los últimos años, a que realiza auténticos juegos malabares para evitar que la ciudadanía perciba de manera patente sus pretensiones implícitas, y gracias a que ha hilvanado un velo de elementalidades (libertad, mercado, responsabilidad, yo...) suficientemente aparentes para convertirse en un lenguaje común, incluso para muchos de aquellos cuya voluntad sincera fue la de situarse fuera del discurso neoliberal.

Verdaderamente, la fuerza del ultraliberalismo ha sido tal y su capacidad de segregar convencimiento y legitimación tan alta (gracias a la perfecta imbricación que las nuevas tecnologías han permitido de los capitales industriales y financieros con la cultura y la comunicación mercantilizadas) que apenas si se ha dejado resquicio a los discursos alternativos. Y cuando éstos se han pronunciado,

⁴¹ LAVAL, C. y DARDOT, P. *La nueva razón del mundo. Ensayo sobre la Sociedad Neoliberal*. Madrid: Gedisa, 2015.

aunque fueran de hecho extraordinariamente moderados, no han recibido más que la mirada displicente de quien los considera completamente ajenos al mundo real.⁴²

Pero recuerden lo que Susan George dijo en 1999: "*si el neoliberalismo puede ser insaciable, no es invulnerable*".

⁴² TORRES, J. "Neoliberalismo y política económica de izquierdas. Reflexiones para una alternativa necesaria". *Papeles de la FIM* nº 18, 1997, pp. 99-103.

LA TEORÍA DEL CASTIGO EN EL PENSAMIENTO JURÍDICO DE HEGEL

THE THEORY OF PUNISHMENT IN HEGEL'S LEGAL THOUGHT

Miguel Alejandro Herszenbaun*

RESUMEN: El pensamiento jurídico de Hegel se plasma en al menos tres obras publicadas en vida del autor, la *Fenomenología del espíritu*, la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas* y la *Filosofía del derecho*. La complejidad al abordar el tratamiento hegeliano del Derecho en general y del Derecho Penal en particular radica fundamentalmente en una falta de consideración de su lugar sistemático en su obra y de su articulación con el resto del pensamiento hegeliano. En este trabajo, ofrezco una interpretación del fundamento del Derecho Penal que considere tanto la ubicación sistemática de lo jurídico como también aspectos generales del pensamiento hegeliano.

ABSTRACT: *Hegel's legal thought has been considered in at least three works published while the author was alive: the Phenomenology of Spirit, the Encyclopedia and the Philosophy of Right. The main problem while considering Hegel's treatment of Penal Law is based on a lack of attention to its systematic location on Hegel's work and a lack of articulation between the legal subject and the Hegelian thought. In this paper, I offer an interpretation on the grounds of the Penal Law. This interpretation takes into account the systematic location of the legal subject and main aspects of Hegel's philosophy.*

PALABRAS CLAVE: Hegel, delito, Derecho, castigo.

KEYWORDS: *Hegel, crime, Law, punishment.*

Fecha de recepción: 10/03/2017

Fecha de aceptación: 10/07/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4018>

* Profesor de Filosofía y Abogado por la Universidad de Buenos Aires (UBA), Argentina. Docente en los Departamentos de Derecho Penal y Filosofía del Derecho de la Facultad de Derecho de la UBA, y Docente de Filosofía del Derecho en la Universidad de Avellaneda, Argentina. Becario doctoral del CONICET, Argentina. E-mail: mherszen@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Hegel es uno de los grandes filósofos de la historia. Su obra ha sido sumamente influyente en el pensamiento de autores posteriores (desde el marxismo hasta el existencialismo) y en la realidad política e histórica a él contemporánea y subsiguiente¹. Su importancia tal vez sólo pueda hallar parangón en su dificultad. La obra de Hegel es sumamente compleja y difícil de abordar por diversas razones. Por un lado, la terminología hegeliana resulta críptica. Se suele decir que Hegel buscaba deliberadamente este efecto a fin de evadir la censura estatal que recaía sobre los escritos destinados a publicación². Por otro lado, su obra es compleja por el propio contenido de su pensamiento y por su carácter sistemático. La filosofía de Hegel se caracteriza por la *dialéctica*. Este rasgo distintivo implica que ningún elemento puede ser entendido por sí mismo, de manera aislada, sino que cada uno de los elementos del sistema obtiene su significado en tanto es puesto en relación con los restantes. Esto supone, en consecuencia, que no puede estudiarse satisfactoriamente sólo una sección de su sistema filosófico, sino que sólo pueden entenderse las partes si se estudia a la vez el todo³.

Consecuentemente, el abordaje de la cuestión jurídica en general y particularmente de la cuestión jurídico-penal en el pensamiento de Hegel exige tomar una serie de recaudos: recaudos

¹ En este sentido, puede verse la recepción de la obra de Hegel que según Honneth encontraríamos en Marx, Sorel y Sartre, cfr. A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, Barcelona, Crítica, 1997, pp. 176, 184-185, 189-190. De igual manera, Marcuse señala la recepción de Kierkegaard, Feuerbach y Marx del pensamiento hegeliano. Esta recepción no supone una continuación lineal, sino antes bien una oposición y reelaboración de ciertos conceptos hegelianos. Finalmente, el autor señala la recepción del idealismo hegeliano en el siglo XX a través del neoidealismo británico. Cfr. H. MARCUSE, *Razón y revolución*, Barcelona, Altaya, 1994, pp. 259-260, 265-267, 270-271. Por último, podemos señalar la influencia de Hegel sobre la escuela de Frankfurt. En este sentido, Susan Buck-Morss indica la compleja relación entre las filosofías de Adorno y Hegel. A través de su discusión con Lukács, sostiene la autora, Adorno hereda pero también reelabora conceptos fundamentales de la filosofía hegeliana, cfr. S. BUCK-MORSS, *Origen de la dialéctica negativa*, Buenos Aires, Eterna Cadencia, 2011, pp. 17, 85, 90.

² Sobre la relación entre escritura y censura en la obra de Hegel, puede consultarse J. D'HONT, *Hegel*, Buenos Aires, Tusquets, 2013, pp. 101-107.

³ En este sentido, Yvon Belaval explica que "el principio fundamental [de la dialéctica] es que la parte [...] no manifiesta su verdad más que en el todo por ella exigido y debe renunciar a plantearse aisladamente". Cfr. Y. BELAVAL, *La filosofía alemana de Leibniz a Hegel*, México DF, Siglo XXI, 2011, p. 250. Por su parte, Hoffmann dice sobre el concepto de dialéctica en Hegel: "la dialéctica es, sin más, la defensa de un concepto de filosofía 'actuante', en lugar de uno 'estático'. Por eso la dialéctica empieza con una máxima: no entrar en la filosofía con tesis ya acabadas, tampoco con tesis y visiones del mundo acabadas, no articuladas, y es ahí donde la dialéctica encuentra presuposiciones similares, por de pronto, la destrucción de la filosofía. La dialéctica comparte con el escepticismo, en primer lugar, la disposición de negar por principio todo saber exclusivamente inmediato". Cfr. T. S. HOFFMANN, *Hegel. Una propedéutica*, Buenos Aires, Biblos, 2014, p. 33.

terminológicos y recaudos referidos a los marcos generales en los que estas cuestiones se encuentran plasmadas. Siendo la intención de este trabajo ofrecer una interpretación del pensamiento penal de Hegel, hemos optado por hacer una presentación dividida en las siguientes secciones: (2) la ubicación de la cuestión jurídica al interior del sistema filosófico hegeliano; (3) la caracterización del Derecho en la *Filosofía del derecho* y en la *Fenomenología del espíritu*; (4) la caracterización del delito y de la pena en la *Filosofía del derecho*; (5) el abordaje de otras preocupaciones relacionadas con la filosofía político-jurídica de Hegel –la relación de Hegel con el totalitarismo, el lugar del Estado y del individuo en la obra de Hegel y su relación con la Ilustración y la Revolución Francesa–. Esta última sección podría parecer abordar temáticas que se alejan de los objetivos explícitos del presente texto (i.e. la comprensión del pensamiento jurídico y jurídico-penal de Hegel). Sin embargo, la cuestión penal se encuentra íntimamente relacionada con el problema del totalitarismo, el rol del Estado y –tratándose de un filósofo moderno– la Ilustración y la Revolución. Consecuentemente, hemos considerado necesario dedicar un apartado del presente trabajo a fin de intentar brindar algunos lineamientos en lo que se refiere a estas cuestiones, con el objetivo de iluminar el pensamiento jurídico-penal y político de Hegel desde el punto de vista de estas distintas problemáticas. A lo largo del desarrollo del presente trabajo abordaremos también cuestiones relacionadas con la terminología filosófica de Hegel, a fin de aclarar términos cuyos significados puedan resultar oscuros para el lector.

2.- UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LA CUESTIÓN JURÍDICA

Sería conveniente comenzar por trazar un pequeño mapa de la obra de Hegel. Aun cuando nuestro interés recaiga fundamentalmente sobre su filosofía del Derecho y, particularmente, sobre su concepción del delito y de la pena, resulta necesario ubicar con precisión en qué parte del sistema nos encontramos.

Como es sabido, el tratamiento del Derecho, del delito y de la pena se ha de encontrar en la *Filosofía del derecho*. Esta obra fue publicada por Hegel en 1821, destinada a los alumnos que atendían a sus lecciones. Sin embargo, este libro encuentra un antecedente en la *Enciclopedia de las ciencias filosóficas*.

En 1817, Hegel publica la primera edición de su *Enciclopedia*. La seguirán dos ediciones posteriores, en 1827 y 1830. Esta obra contiene por primera vez el sistema hegeliano íntegro. En ella, se presenta una primera versión de la *Filosofía del derecho*. La *Enciclopedia* nos permite ubicar el lugar sistemático del tratamiento hegeliano de la cuestión jurídica.

¿Qué lugar le corresponde a la *Filosofía del derecho* en el sistema hegeliano? Hegel presenta su filosofía del Derecho en la tercera parte de su sistema. Mientras la primera está destinada a la *lógica* y la segunda a la filosofía de la *naturaleza*, la tercera se

encuentra destinada a la filosofía del *espíritu*. La lógica ofrece el estudio del pensar puro. La filosofía de la naturaleza ofrece el estudio del desarrollo de las formas puras del pensar en el terreno de la objetividad que se presenta como opuesta al pensar, es decir, en la naturaleza física. La filosofía del espíritu es la reconciliación de estos dos niveles; es el terreno de la cultura, de la comunidad, es el ámbito de existencia del yo y del nosotros. Es sólo en el terreno del espíritu donde puede abordarse un fenómeno cultural y comunitario como el Derecho.

Hegel divide la sección dedicada al *espíritu* en tres subsecciones: *Espíritu subjetivo*, *espíritu objetivo* y *espíritu absoluto*. El espíritu subjetivo se refiere fundamentalmente a aspectos de la subjetividad individual. Allí se encuentra el tratamiento de la antropología, de la fenomenología y de la psicología⁴. El espíritu absoluto estudia las formas más elevadas de las creaciones de la comunidad y de la cultura: religión, arte y filosofía⁵. Se trata aquí de manifestaciones culturales que trascienden a la esfera del Estado y de cada comunidad en particular. El espíritu objetivo –estadio intermedio entre el espíritu subjetivo y el espíritu absoluto– presenta el primer terreno de la intersubjetividad, las primeras creaciones culturales comunitarias, es decir, aquellos marcos culturales que no son creados individualmente y en los que los sujetos se encuentran ya insertos de manera necesaria: el derecho abstracto, la moralidad y la eticidad⁶. Cabe advertir que estos términos deben ser aclarados, pues Hegel les da un sentido técnico específico.

Recapitulando, la *Filosofía del derecho* de Hegel es una parte de su sistema filosófico. Particularmente, es parte de la sección destinada a la "filosofía del espíritu". Más precisamente, se equipara con lo que Hegel llama en la *Enciclopedia* "espíritu objetivo". El espíritu objetivo se refiere a las creaciones objetivas de la subjetividad, esto es, a aquellas creaciones de la subjetividad en las que la existencia de tal subjetividad queda plasmada. Pero tales creaciones no son creaciones individuales, sino creaciones culturales, comunitarias.

Si nos adentramos en la *Filosofía del derecho*, advertiremos que Hegel no se ocupa exclusivamente de estudiar los elementos del Derecho positivo. Esta obra está dividida en tres secciones, "derecho abstracto", "moralidad" y "eticidad". La misma introducción de términos como "moralidad" y "eticidad" nos permiten advertir que lo que Hegel califique como "filosofía del derecho" no será acorde a lo que contemporáneamente entendemos por estas palabras. O mejor

⁴ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 1997, §§387, 388, 413, 440 y ss.

⁵ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 1997, §§556, 564, 572.

⁶ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 1997, §§487, 488, 503, 513 y ss.

dicho, lo que Hegel entienda por “Derecho” no se acotará al terreno del Derecho positivo tal como hoy lo entendemos⁷.

Hegel no se propone estudiar exclusivamente lo que entendemos por Derecho en sentido estricto. Hegel se propone estudiar las diversas formas de la normatividad comunitaria. Si nos atrevemos a decirlo de una manera más completa, la *Filosofía del derecho* tiene por objeto de investigación a la voluntad libre en tanto ella se da a sí misma su propia normatividad⁸. En el avance de la obra el lector encontrará un enriquecimiento progresivo de los modos en que la voluntad libre se da a sí misma la normatividad que la rige. También advertirá el lector que no se trata de una voluntad libre *individual* y que su libertad no radica en el capricho, en la arbitrariedad, sino en el encontrarse sujeta a leyes racionales dadas por sí misma.

Vale aquí hacer una aclaración metodológica. Hegel ha sido el gran pensador de la “dialéctica”. La dialéctica supone el establecimiento de un método propio del pensar filosófico. Pero no se limita a ello. Hegel no cree que la dialéctica se acote a la mera implementación de un método sobre el objeto de estudio, sino que cree que el objeto de estudio es en sí mismo dialéctico. La realidad misma es dialéctica. Por lo tanto, el movimiento dialéctico que se despliega en la investigación no hace sino seguir los movimientos del devenir de la cosa misma⁹.

El movimiento dialéctico de la investigación supone que cada momento abordado tiene un carácter verdadero parcial (una parte de verdad). Esto quiere decir que en el desarrollo de la investigación, Hegel encontrará figuras que están ordenadas bajo la forma de una sucesión. Las figuras anteriores serán reapropiadas y reinterpretadas en las figuras posteriores. Esto significa que las figuras anteriores poseen algo verdadero, pero que ello verdadero no es definitivo, sino que vale en tanto forma parte de una totalidad ulterior.

⁷ En este sentido, en la *Enciclopedia* §486 dice Hegel “Esta realidad en general como *existencia* de la voluntad libre es el *derecho*, el cual debe tomarse no solamente en sentido limitado como derecho jurídico, sino abarcando la existencia de *todas* las determinaciones de la libertad”.

⁸ Véase G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §§4, 21, 23. Cfr. A. WOOD, *Hegel’s Ethical Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 43. Véase también G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 1997, §484 “la actividad finalística de esta voluntad consiste en realizar su concepto, la libertad, por el lado objetivo exterior de modo que éste venga a ser un mundo determinado por la voluntad, y esto de tal manera que ella esté cabe sí en el mundo, esté concluida consigo [...]”. Se trata, entonces, de que la voluntad haga al mundo acorde a sí. Creo que se puede interpretar esta expresión en un sentido práctico-ontológico, es decir, se trata de la realización de lo racional en la realidad.

⁹ Cfr. T. S. HOFFMANN, *Hegel. Una propedéutica*, Buenos Aires, Biblos, 2014, pp. 32 y 38.

Para aclarar esto, podríamos dar un ejemplo: podemos partir – como propone el contractualismo liberal– de los derechos subjetivos; desde este punto de partida, los derechos subjetivos son naturales, inalienables y absolutos, y todo constructo colectivo es explicado en función de la interacción de los sujetos de derecho. Es decir, el Estado es explicado según la función que éste cumple en relación con los individuos. Para Hegel, con el surgimiento del Estado nación, se da la aparición de una entidad colectiva que supera los meros intereses particulares. Los derechos subjetivos han de ser reconocidos, pero su lugar se ve modificado: el fundamento del Estado no radicará en la voluntad de los individuos; los derechos individuales podrán ser ordenados, reglamentados, limitados, armonizados, etc. Este podría ser un claro ejemplo de cómo el desarrollo del espíritu se presenta bajo la forma de múltiples figuras sucesivas que tienen una verdad parcial, que sólo se ve plenamente realizada cuando se integra en estructuras más complejas. En este ejemplo, se podría decir que los derechos subjetivos valen, pero en tanto sean articulados con las necesidades de la comunidad.

Quizá sea este carácter dialéctico y la necesidad de integrar las figuras sucesivas una de las mayores dificultades al leer la obra de Hegel: cada uno de los elementos considerados tiene su valor y significado en el marco de su relación con momentos ulteriores. Hegel no ha de proceder partiendo de elementos aislados que luego simplemente se *agregan* a otros elementos, sino que procederá de manera tal que cada elemento es *resignificado* en tanto entra en relación con nuevos elementos. No se trata de la mera *yuxtaposición* de elementos, uno junto al otro, o su mera adición matemática. Se parece, más bien, a la conformación de un sistema o un organismo viviente, donde cada elemento tiene su valor en tanto cumple una función en relación con el resto de las partes y con el todo. De esta manera, cada elemento revela su verdadero significado y valor en tanto es incorporado a una estructura que lo pone en relación con los restantes elementos¹⁰.

Habiendo hecho esta advertencia metodológica, podemos volver sobre las particularidades de la *Filosofía del derecho*. El comienzo de la obra por el “derecho abstracto” supone un punto de partida que luego debe ser integrado y complementado por la “moralidad” y la “eticidad”. El derecho abstracto presentará una versión incompleta de lo que se entiende por Derecho en la tradición liberal: esto es, el Derecho como mera relación entre átomos políticos individuales, como meras relaciones privadas entre propietarios. La moralidad introducirá conceptos relacionados con la responsabilidad, la culpa, etc. Se trata allí de la interiorización o la introyección de la normatividad comunitaria plasmada en el Derecho en una conciencia

¹⁰ De manera análoga, señala Fabro que el antagonismo de elementos es prueba de su verdad no alcanzada, cfr. C. FABRO, *La dialéctica de Hegel*, Buenos Aires, Nuevos Esquemas, 1969, p. 98.

individual. La eticidad presenta a la sociedad civil, es decir, a la comunidad en sus complejas relaciones, al Estado, a los distintos actores jurídicos y políticos (como los distintos poderes, el ejercicio de la magistratura, etc.). Como vemos, la *Filosofía del derecho* de Hegel es una obra de filosofía política que toca, entre sus diversos temas, al Derecho. Pues el tema de la *Filosofía del derecho* es la voluntad libre (entendida en sus diversas figuras) y su autoimposición de principios normativos (entendidos también en sus diversas formas).

3.- DERECHO ABSTRACTO EN LA FENOMENOLOGÍA DEL ESPÍRITU Y EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Pasemos a considerar el derecho abstracto. Hegel hace una presentación del Derecho liberal en al menos dos obras. Entendemos por tal Derecho el que se encuentra centrado en la personalidad jurídica, esto es, aquel que concibe al Derecho desde el punto de vista de la persona jurídica y sus derechos subjetivos. Creemos que en el tratamiento del derecho abstracto Hegel tiene en mente este tipo de Derecho¹¹. El abordaje del Derecho liberal se encuentra en la *Filosofía del derecho* y la *Fenomenología del espíritu*¹².

Comencemos por la *Fenomenología*. Hegel llega al abordaje de las figuras propias del espíritu, es decir, propias del ámbito en el que la comunidad se reconoce como un *yo* y en el que los *yoes* se reconocen como miembros de un *nosotros*¹³. Recién en este terreno, Hegel presenta las figuras que se corresponderían con las temáticas de la *Filosofía del derecho*. Aunque vale indicar que en capítulos

¹¹ G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio*, trad. Ramón Valls Plana, Alianza Editorial, Madrid, 1997, §487 "La voluntad libre es: A. ella misma primeramente *inmediata* y, por ende, como singular, *persona*; la existencia que la persona da a su libertad es la *propiedad*. El derecho en cuanto tal es el derecho *abstracto, formal*".

¹² G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §§34-104. G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, "Estado de Derecho", pp. 283-286.

¹³ Recién aquí alcanzamos el terreno de la comunidad y la normatividad. En palabras de Valls Plana, "se ha superado el individualismo y hemos desembocado en la sociedad real con un cuerpo objetivo de leyes y costumbres. Este cuerpo político es un espíritu, unidad real de objetividad y plural subjetividad", R. VALLS PLANA, *Del yo al nosotros*, Barcelona, Editorial Laia, 1979, p. 213. Por su parte, Siep define el concepto de espíritu de la siguiente forma: "En el capítulo sobre el espíritu de la *Fenomenología* se trata ante todo de la prueba de que la realidad lo es de las normas, las costumbres y las instituciones, realidad que es, por un lado, objetiva, en sí misma consistente, independiente de las opiniones individuales, deseos y actos voluntarios, pero por el otro lado también es subjetiva en dos sentidos: primero, ella es una realidad que se solidifica, se divide, se desarrolla sistemáticamente a sí misma [...]. Segundo, ella vive y reflexiona en los individuos que forman parte de ella", L. SIEP, "Moralischer und sittlicher Geist in Hegels *Phänomenologie*", K. VIEWEG, *Hegels Phänomenologie des Geistes*, Suhrkamp, Frankfurt, 2008, pp. 418-419. La traducción es nuestra.

anteriores, Hegel ha presentado la conocida dialéctica del amo y del esclavo (capítulo 4 de la *Fenomenología*) y allí el concepto fundamental de *reconocimiento* que estará operando todo a lo largo de la *Filosofía del derecho*.

Hegel llega en la *Fenomenología* al tratamiento del “derecho abstracto” (para usar la terminología de la *Filosofía del derecho*) o del “estado de Derecho” (para usar la terminología de la *Fenomenología*) luego de haber presentado la comunidad ética plasmada en el mundo griego. El llamado estado de Derecho (*Rechtszustand*) no remite a lo que nosotros entendemos por “Estado de Derecho”, sino que debería ser traducido como *situación* de Derecho o *estadio* de Derecho. No se trata de un Estado nación que respeta derechos fundamentales plasmados en una constitución, sino que se trata de un *estadio* histórico, una situación histórica en el que las normas, la normatividad vigente no emana de la vida concreta de una comunidad o pueblo, sino que se impone a través de normas abstractas y generales a todos los ciudadanos. En el estadio de Derecho, se trata de la normatividad centrada en la figura de la personalidad jurídica. La normatividad no emana del modo de vida concreto de una comunidad, sino de las normas generales que emanan de la personalidad jurídica radicada en la cabeza del César. Esta normatividad sólo concibe la personalidad jurídica de los individuos, su carácter de propietarios y las consecuentes relaciones entre dichos propietarios¹⁴. En concordancia con esto, el soberano será visto como un átomo político más entre los restantes, como el señor supremo, el propietario que se encuentra por sobre todos los demás propietarios (y, consecuentemente, la *cosa pública* es concebida como propiedad privada del soberano)¹⁵.

Este estadio de desarrollo del espíritu se condicionaría con el desarrollo jurídico del Imperio Romano. Es en el momento histórico del Imperio Romano en el que la normatividad no emana de la vida espiritual de cada pueblo, sino que es la imposición de una voluntad que pretende valer como universal para todos los pueblos. Lo que se hace y debe hacerse en cada caso no surge de cada pueblo concreto absorbido por el Imperio, sino de la normatividad abstracta y general impuesta por el Imperio, impuesta por sobre las prácticas y costumbres de cada pueblo sometido a Roma. Se trata de una

¹⁴ G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 284 “el puro uno vacío de la persona. [...] [E]ste uno vacío de la persona es, en su *realidad*, un ser [...] que no alcanza consistencia alguna. [...] [E]l formalismo del derecho carece [...] de un contenido propio, encuentra ante sí un múltiple subsistir, la posesión, y le imprime la misma universalidad abstracta que aquél y que da a la posesión el nombre de *propiedad*”.

¹⁵ “Ser persona no tiene ningún significado real, no confiere ningún poder social que sirva de mediación para la realización de esa personalidad. El poder real ha quedado desvinculado de la persona. [...]. Así viene a caer arbitrariamente en manos de una persona cualquiera que será el emperador o el señor del mundo. Esa persona se convierte así en la persona absoluta, aquel que lo posee todo” R. VALLS PLANA, *Del yo al nosotros*, Barcelona, Editorial Laia, 1979, p. 245.

normatividad pretendidamente universal, pero no atada a un modo de vida comunitario determinado.

Esta figura –como es de esperar– hace aportes fundamentales al desarrollo del espíritu, pero también peca de diversas insuficiencias. En lo que respecta a sus aportes, se trata de un intento de avanzar hacia una normatividad *universal*, es decir, es un intento de plasmar en la cultura una normatividad que no esté sujeta a la arbitrariedad, a las particularidades casuales y caprichosas de cada comunidad¹⁶. Entre sus defectos, se encuentra la insuficiencia para concebir adecuadamente al Estado o la voluntad de la comunidad y de conducir a un enfrentamiento irresoluble entre átomos políticos o entre propietarios¹⁷. Es decir, en la medida en que la comunidad sólo se rija por el derecho abstracto o por el Derecho liberal, los propietarios se verán envueltos en un enfrentamiento de todos contra todos que debe conducir al monopolio de la propiedad de aquellos que detenten el poder político (y, consecuentemente, conduciría a la tiranía)¹⁸. La forma de superar esta guerra de todos contra todos –presentada bajo la forma de relaciones jurídicas– es introducir nuevos niveles de normatividad, esto es, distintos tipos de instituciones que medien entre los individuos enfrentados, que coordinen y organicen los intereses enfrentados y reúnan a los individuos bajo intereses superiores. Vale indicar que el estadio de Derecho descrito en la *Fenomenología* es capaz de caracterizar tanto al mundo histórico del Imperio Romano como al Derecho de la sociedad burguesa.

Es pertinente dar unos pasos hacia atrás en la *Fenomenología* a fin de presentar un elemento fundamental para el desarrollo de la *Filosofía del derecho*. Dicho elemento es el *reconocimiento* (*Anerkennung*). Hegel utiliza esta palabra para describir una particular relación entre autoconciencias enfrentadas. Veamos brevemente a qué se refiere y cuál es su relevancia.

Antes de llegar a la autoconciencia, Hegel nos ha hecho atravesar la experiencia de una conciencia que se encuentra dirigida

¹⁶ G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 283 “Lo universal desperdigado en los átomos de la absoluta multiplicidad de los individuos [...] es una *igualdad* en la que todos valen como *cada uno*, como *personas*”. “[L]a personalidad ha salido de la vida de la sustancia ética; es la independencia *realmente valedera* de la conciencia. [...] [L]a personalidad surge del *espíritu* inmediato que es voluntad universal dominante de todos”.

¹⁷ G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 285 “Es persona, pero la persona solitaria que se enfrenta a *todos*; [...]. Pero este contenido, liberado de su potencia negativa, es el caos de las potencias espirituales, que, desencadenadas como esencias elementales, en salvaje orgía, se lanzan unas contra otras con loca furia destructora”.

¹⁸ G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, pp. 285-286 “Sabiéndose así como suma y compendio de todas las potencias reales, este señor del mundo es la autoconciencia desenfrenada que se sabe como el Dios real. [...] El señor del mundo tiene la conciencia real de lo que es [...] en la violencia destructora que ejerce contra el sí mismo de sus súbditos enfrentado a él”.

de manera inmediata a sus objetos de conocimiento. Uno de los grandes aportes de la *Fenomenología* es enseñarnos que toda forma de objetividad, que todo polo objetivo de una conciencia se corresponde con una tarea constitutiva por parte de la subjetividad. Dicho en otras palabras, que no hay objeto más allá del objeto conocido por la conciencia cognoscente. En los capítulos contenidos en la sección "Conciencia" (capítulos 1 a 3), Hegel nos presenta el enriquecimiento progresivo de la estructura ontológica de los objetos. Esto es, nos muestra cómo la conciencia va progresando hacia una concepción más completa y más compleja de lo que ella se da a sí misma como objeto de conocimiento. En el capítulo "Autoconciencia" (capítulo 4) hacemos un avance cualitativo fundamental. Ya no se trata aquí de una conciencia que pretende conocer un objeto distinto de sí, sino de una conciencia que se conoce a sí misma¹⁹. En otras palabras, ya no estudiamos a la conciencia en tanto ella conoce un objeto distinto de sí misma, sino que la estudiamos en tanto ella se conoce a sí misma, se toma a sí misma como objeto de investigación.

Esto nos hará introducirnos en un terreno por completo nuevo: la aparición de otras autoconciencias. Es decir, tan pronto como la autoconciencia se conoce a sí misma y se sabe sujeto cognoscente, surgen ante ella otras conciencias, es decir, esta conciencia comienza a concebir a sus objetos como otras conciencias, como *otros yoes*²⁰.

Ahora bien, si lo característico de la conciencia es ser constituyente de la objetividad, el enfrentamiento con estas otras autoconciencias es inevitable. Por un lado, para que uno sea autoconciencia –es decir, para poder reconocernos a nosotros mismos como conciencias– resulta necesario que los objetos que se encuentran en la realidad puedan ser también seres autoconscientes. Nuestra propia concepción de lo que somos debe verse plasmada en el terreno de la objetividad²¹. Así como en los capítulos 1 a 3, Hegel

¹⁹ La autoconciencia "no mira ya a un objeto exterior, colocado ante ella, sino que se mira a sí misma", lo que, sin embargo, no obsta a que a través de la autoconciencia Hegel llegue al terreno de la intersubjetividad, "la conciencia no cae en el solipsismo", R. VALLS PLANA, *Del yo al nosotros*, Barcelona, Editorial Laia, 1979, p. 79. Véase G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 107 "una certeza que es igual a su verdad, pues la certeza es ella misma su objeto, la conciencia es ella misma lo verdadero. [...] [E]l yo es el contenido de la relación y la relación misma".

²⁰ En este sentido, indica Labarriere que el objeto de la autoconciencia debe ser otra autoconciencia, cfr. P. LABARRIERE, *La Fenomenología del espíritu de Hegel*, FCE, México DF, 1985, p. 114. Véase G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 113 "Aquí está presente ya para nosotros el concepto del *espíritu*. Más tarde vendrá para la conciencia la experiencia de lo que el *espíritu* es, esta sustancia absoluta que, en la perfecta libertad e independencia de su contraposición, es decir, de distintas conciencias de sí que son para sí, es la unidad de las mismas: el *yo* es el *nosotros* y el *nosotros* el *yo*". "Para la autoconciencia hay otra autoconciencia; ésta se presenta *fuera de sí*".

²¹ G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 113 "el yo, que es el objeto de su concepto, no es en realidad *objeto*; [...]. En cuanto una autoconciencia es el objeto, éste es tanto yo como objeto".

mostraba que el objeto de la experiencia era determinado por nuestro conocimiento de él, ahora sucede que nuestro conocimiento de nosotros mismos –nuestro autoconocimiento, lo que nos convierte en autoconciencias– provoca un efecto sobre la constitución de los objetos de la experiencia. Y, yendo aún más lejos, si esto no se diera, tendríamos un saber que no se plasma en la objetividad y que por tanto no es un saber verdadero.

En consecuencia, para yo ser sujeto, debo estar rodeado de sujetos. Sin embargo, si yo estoy rodeado de sujetos, se vuelve necesario preguntar: ¿quién de nosotros posee el carácter determinante, constituyente de la realidad? En otras palabras, quién de nosotros es el verdadero sujeto constituyente de lo que es como tal. ¿Quién define el sentido de la realidad que nos rodea? Esto nos conduce al enfrentamiento entre autoconciencias, en el cual cada una de ellas exige el *reconocimiento* (*Anerkennung*) de la otra: para ser un sujeto autoconsciente, debo ser reconocido como tal por otra autoconciencia²². La lucha a muerte entre autoconciencias es el camino por medio del cual puedo hacerle evidente a mi rival que yo no soy pura vida biológica, que no soy pura objetividad y que hay en mí una vida espiritual, simbólica, cultural que no se reduce a mi pura materialidad. En la lucha a muerte me hago reconocer como sujeto. Ella concluye con las figuras del amo y el esclavo (o señor y siervo): quien no se atreva a luchar a muerte, tendrá que soportar el señorío del amo.

Cabe advertir que el desarrollo de la autoconciencia y del concepto de reconocimiento no concluye con esta figura. Muy por el contrario, éste es su punto de partida. El desarrollo ulterior de las figuras del espíritu en la *Fenomenología* e incluso en la *Filosofía del derecho* tendrá que ver, precisamente, con formas superiores de reconocimiento. Esto es, tendrá que ver con nuevas formas en la que las conciencias pueden reconocerse recíprocamente como voluntades libres, sin suprimir la libertad de las otras. Las figuras del derecho abstracto o estadio de Derecho aportan el reconocimiento del otro como *persona jurídica*, esto es, como polo de derechos subjetivos. En las sucesivas figuras que encontremos en el terreno del “espíritu” y

²² G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, p. 115 “Cada una de ellas [de las autoconciencias] está bien cierta de sí misma, pero no de la otra, por lo que su propia certeza de sí no tiene todavía ninguna verdad, pues su verdad sólo estaría en que su propio ser para sí se presentase ante ella como objeto independiente o, lo que es lo mismo, en que el objeto se presentase como esta pura certeza de sí mismo. Pero, según el concepto del reconocimiento, esto sólo es posible si el otro objeto realiza para él esta pura abstracción del ser para sí, como él para el otro, cada uno en sí mismo, con su propio hacer y, a su vez, con el hacer del otro”. El desarrollo íntegro del concepto de *reconocimiento* y del enfrentamiento a que conduce se puede ver en G. W. F. HEGEL, *Fenomenología del espíritu*, FCE, México, 1973, pp. 113-119. Para un análisis más detallado del mismo, puede consultarse M. HERSZENBAUN, “El proyecto fenomenológico hegeliano y el rol de la “Autoconciencia” en la identificación absoluta del ser y el pensar”, *Nuevo Itinerario*, 11, 2016, pp. 48-66.

particularmente en el terreno del “espíritu objetivo” se presupone el problema del reconocimiento de las autoconciencias y el operar de dicho concepto. Precisamente, en este sentido ha indicado Hegel que con la *autoconciencia* nos hemos introducido por primera vez en el terreno del concepto de *espíritu* (cfr. *Fenomenología*, p. 113).

Pasemos a algunas consideraciones sobre el derecho abstracto en la *Filosofía del derecho*. Es en esta sección de la *Filosofía del derecho* donde encontramos el tratamiento inicial del delito. En esta sección, Hegel no ofrece la normatividad efectivamente vigente en una sociedad concreta, es decir, plenamente desarrollada y en funcionamiento. Hegel presenta exclusivamente los elementos normativos más básicos y generales para el desarrollo ulterior de modos de normatividad más complejos. Aquí encontramos los primeros elementos bajo los cuales la voluntad libre es reconocida por otras voluntades.

El capítulo está dividido en tres secciones: “propiedad”, “contrato” e “injusticia”. La propiedad es la primera manifestación de la voluntad libre en la existencia. Al igual que en la *Fenomenología*, la voluntad se plasma de modo inmediato en la existencia a través de su relación con los objetos inanimados: aquello que deseo y necesito para sobrevivir²³. El contrato es el primer acuerdo de voluntades libres. Es el primer elemento de la normatividad que puede ofrecernos la concepción de una voluntad supraindividual²⁴. La injusticia es, por el contrario, la primera caracterización de un acto contrario al acuerdo de voluntades²⁵.

La injusticia toma tres formas: las injusticias de buena fe, el fraude, y la violencia y el delito. La primera de ellas se refiere a aquellos casos de error en los que no se conforma una voluntad común, compartida por las partes. Es decir, cuando se da un error esencial en la formación del contrato que impide que haya acuerdo de

²³ “[E]n la propiedad mi voluntad deviene objetiva” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §46. “Puesto que por medio de la propiedad le doy existencia a mi voluntad, la propiedad debe tener la determinación de que algo sea mío” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §46, Agregado.

²⁴ “Es la unidad de diferentes voluntades, en la que éstas abandonan su diferencia y lo que les es propio”, G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §73. “[Es] la mediación de una voluntad idéntica en la absoluta diferenciación de propietarios que existen por sí”, G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §74. “En el contrato teníamos la relación entre dos voluntades como una relación de comunidad. Esta voluntad idéntica es sólo relativamente universal, relativamente voluntad universal puesta [...]. [...]. El proceso consiste en purificar a la voluntad de su inmediatez y extraer así de su comunidad la particularidad que se declara contra ella”, G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §81, Agregado.

²⁵ “[La voluntad particular] puede actuar en contra del derecho existente en sí. De esta manera aparece aquí la negación, que antes estaba en la voluntad existente en sí; esta negación es precisamente la *injusticia*” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §81, Agregado.

voluntades. La segunda, el fraude, se refiere a una voluntad que, en su verdad, no está de acuerdo consigo misma. Es decir, se trata de un desdoblamiento en la voluntad, por medio del cual ella conserva una esencia que discrepa con lo manifestado –haciendo que lo manifestado sea falso–. La forma de injusticia (*Unrecht*) que verdaderamente nos importa es la *violencia* (*Zwang*) y el *delito* (*Verbrechen*): es la deliberada negación de la personalidad de otra voluntad, esto es, la deliberada negación de otra voluntad libre o de su ser sujeto de derecho²⁶. Obviamente, esta negación puede hacerse en distintos grados, lo que supondrá diversos grados de ilicitud y de reproche penal.

Como vemos, la importancia del contrato como figura no radica en que Hegel pretenda explicar los tipos de contrato que podemos encontrar en el Derecho Civil o Comercial. El interés de Hegel es presentar un progresivo desarrollo de la voluntad que se da a sí misma elementos normativos. Y el contrato es la primera manifestación de una voluntad multilateral, es decir, de una subjetividad no individual. Es la primera creación de una cierta normatividad no individual, de una voluntad no anclada a un sujeto individual y, podríamos decir, no arbitraria, no caprichosa, no sujeta a mis meros deseos inmediatos, sino producida por cierto grado de racionalidad, en tanto se produce por el acuerdo intersubjetivo, es decir, por criterios de justicia compartidos²⁷.

La importancia del delito, igualmente, radica en ser un intento de atentar contra esta normatividad. Se trata de una negación o atentado contra una normatividad intersubjetiva. No se trata del mero enfrentamiento de las autoconciencias en su lucha por el reconocimiento, allí donde los *yoes* se enfrentan como meros individuos aislados y sin normatividad ulterior que los rija. En el caso del derecho abstracto, aún no tenemos una figura plenamente

²⁶ Más aun, es un acto que destruye la manifestación objetiva de la voluntad (el Derecho): “Puesto que la voluntad es idea y efectivamente libre sólo en la medida en que tiene existencia, y la existencia en que se ha colocado es el ser de la libertad, la fuerza [o] la violencia [Gewalt oder Zwang] se destruyen en su concepto inmediatamente a sí mismas, en cuanto exteriorización de una voluntad que elimina la exteriorización o existencia de una voluntad. Por ello, la fuerza y la violencia, tomadas abstractamente, son injustas” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §92.

²⁷ En este sentido, considérese que lo ilícito (o injusticia, *Unrecht*) es caracterizado como una contraposición entre una voluntad universal y una voluntad particular caracterizada por su “arbitrariedad y contingencia”. “El tránsito a la injusticia es producido por la elevada necesidad lógica de que los momentos del concepto –en este caso el derecho *en sí* o la voluntad en cuanto *universal*, y el derecho en su *existencia*, que es precisamente la *particularidad* de la voluntad— sean puestos como *por sí distintos*, lo que corresponde a la *realidad abstracta* del concepto. Esta particularidad de la voluntad es, por sí, arbitrariedad y contingencia, que en el contrato han sido abandonadas en lo que respecta al arbitrio sobre una cosa individual, pero no en cuanto arbitrariedad y contingencia de la voluntad misma” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §81, Obs.

desarrollada del delito. Aquí todavía no tenemos leyes, ni tenemos un Estado centralizado, ni un tribunal de justicia. Para tener una figura plenamente desarrollada del delito, deberíamos contar con una negación, no ya de la voluntad manifiesta en el contrato, sino de la voluntad manifiesta en la ley. Y el dictamen –y consecuente imposición del castigo– por medio de un tercero no involucrado directamente en el conflicto. Esto demuestra –como bien sostiene Brooks– que el derecho abstracto no presenta la figura plenamente desarrollada del delito²⁸. Sin embargo, sí presenta el núcleo central de la cuestión: un acto contrario a una normatividad emanada de una voluntad libre intersubjetiva.

4.- EL DELITO Y LA PENA EN LA FILOSOFÍA DEL DERECHO

Detengámonos en la caracterización del delito y del castigo y veamos cómo Hegel presenta estos conceptos. Hegel define al delito de la siguiente manera:

“La primera violencia ejercida como fuerza por el individuo libre, que lesiona la existencia de la libertad en su sentido *concreto*, el derecho en cuanto derecho, es el *delito*” (*Filosofía del derecho* §95).

El delito es, entonces, un acto libre llevado a cabo por un individuo, por medio del cual se atenta contra la libertad *existente*, esto es, contra una voluntad libre plasmada en la existencia objetiva bajo la forma de cierta normatividad. Es decir, el delito es un acto contrario a la normatividad plasmada en la realidad bajo la forma de Derecho y emanada de una voluntad libre. Dicho en otras palabras, el delito es el acto de una voluntad que se dirige contra otra voluntad. Se da la particularidad que esta segunda voluntad plasma de cierta manera algo universal que, como veremos en seguida, abarca también a la voluntad del propio delincuente.

Este acto lesivo contra la voluntad existente, esto es, contra la normatividad emanada de una voluntad libre puede ser cuantificado y calificado²⁹. En tanto se trata de una conducta exterior que se dirige contra la existencia efectiva de la voluntad, contra una voluntad que está plasmada en la realidad y posee determinaciones cuantitativas y

²⁸ Cfr. T. BROOKS, *Hegel's political philosophy. A systematic reading of the Philosophy of Right*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2007, pp. 40-41. Contra esta posición, puede verse D. COOPER, “Hegel's Theory of Punishment”, Z. B. Pelczynski, *Hegel's Philosophy of Right: Problems and Perspectives*, Cambridge, Cambridge University Press, 1971, p. 151, P. STILLMAN, “Hegel's Idea of Punishment”, *Journal of the History of Philosophy*, 14 (2), 1976, p. 170, D. KNOWLES, *Hegel and the Philosophy of Right*, Routledge, London, 2002, p. 153.

²⁹ “Lo único que puede ser lesionado es la voluntad *existente*. Pero la voluntad, al penetrar en la existencia, ha entrado en la esfera de la extensión cuantitativa y de las determinaciones cualitativas [...] por lo que surge una diferencia correlativa en el lado objetivo del delito, según que aquella existencia y sus determinaciones sean lesionadas en la totalidad de su extensión [...] o sólo parcialmente o en alguna determinación cualitativa” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §96.

cualitativas, el acto contrario al Derecho también puede ser cuantificado y calificado. Y, en consecuencia, puede ser castigado con mayor o menor rigor. En congruencia con esto, expresa Hegel su rechazo a las leyes draconianas³⁰. Esto ha conducido a concebir la teoría de la pena de Hegel como *retributiva*, entendiendo con tal expresión la posición según la cual la medida de la pena debe determinarse en concordancia con la medida de la culpa y del desvalor del acto ilícito. Si bien esto es cierto, cabe advertir que la medida del castigo, según Hegel, se determina no sólo en función de estos factores, sino también teniendo en cuenta la lesividad de la conducta en relación con la seguridad de la comunidad (cfr. *Filosofía del derecho* §218)³¹. Sobre este último punto, volveremos más adelante.

Veamos un poco más cómo caracteriza Hegel al delito y su sanción:

“La lesión del derecho en cuanto derecho tiene por cierto una existencia positiva, exterior, pero esta existencia es *en sí* misma nula. La *manifestación* de esta nulidad suya es la aniquilación de la lesión, que también entra en la existencia. Ésta es la realidad efectiva del derecho, su necesidad que se media consigo misma por la eliminación de su lesión” (*Filosofía del derecho* §97).

“Lo nulo es haber eliminado el derecho en cuanto derecho. El derecho, en cuanto absoluto, no puede eliminarse, por lo cual la exteriorización del delito es en sí nula, y esa nulidad es la esencia del actuar delictivo. Pero lo que es nulo debe manifestarse como tal, es decir, ponerse a su vez como lesionable. El hecho delictivo no es un primero, positivo, al que seguiría la pena como su negación, sino que es un negativo, por lo que el castigo es sólo una negación [de la

³⁰ “La opinión estoica, para la cual hay sólo *una* virtud y *un* vicio, la legislación draconiana, que castiga con la muerte todo delito [...] tienen en común que permanecen en el pensamiento abstracto de la voluntad libre y de la personalidad, y no la toman en la existencia concreta y determinada que debe tener como idea” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §96, Observación.

³¹ “Puesto que en la sociedad civil la propiedad y la personalidad tienen reconocimiento y validez legales, el *delito* no es ya la lesión de un *infinito subjetivo*, sino de la cosa *universal*, que tiene en sí misma una existencia firme y sólida. Con esto aparece el punto de vista de la *peligrosidad* de la acción para la sociedad, que, por una parte, fortalece la magnitud del delito, mientras que por otra el poder de la sociedad, más seguro de sí mismo, disminuye la *importancia* exterior de la lesión, lo que tiene como consecuencia una mayor suavidad en el castigo” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §218.

“El hecho de que en un miembro de la sociedad sean lesionados *todos* altera la naturaleza del delito, no según su concepto, sino según su *existencia* exterior. La lesión afecta ahora la representación y la conciencia de la sociedad civil, y no sólo la existencia del individuo inmediatamente lesionado” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §218, Observación.

negación]³². El derecho efectivo es pues la eliminación de esta lesión; precisamente en ello muestra su validez y se acredita como una existencia necesariamente mediada” (*Filosofía del derecho*, §97, Agregado)³³.

Aquí Hegel caracteriza a la lesión del Derecho o al delito como *nulo* o como algo *negativo*. Hegel se refiere también al castigo como *eliminación de la lesión o negación de la negación*. Es necesario hacer algunas aclaraciones terminológicas, particularmente aclarar qué significan términos como *negación* y *eliminación*.

Estos dos términos se encuentran a lo largo de toda la obra de Hegel y son característicos del pensamiento dialéctico o especulativo. El término *eliminación* pretende traducir el término alemán *Aufhebung*. La *Aufhebung* suele ser traducida como *eliminación* o *superación*. Es un término que tiene dos significados a la vez: supone suprimir lo anterior, pero suprimirlo de manera tal que se conserva bajo una nueva forma. Por su parte, el término *negación* en Hegel poco tiene que ver con la negación lógica o negación gramatical. La negación es la puesta en relación de un elemento con otro elemento, esto es, es la manifestación de la vinculación necesaria de un elemento con algo externo y distinto de sí. Y en este sentido, se vincula íntimamente con la *Aufhebung*. La superación o *Aufhebung* de un elemento supone que éste se encuentre internamente relacionado con otro elemento, que deba ser integrado a una estructura conceptual superior que los reúna a ambos y finalmente que obtenga su significado en el interior de esta totalidad.

Ahora que estamos familiarizados con la terminología hegeliana, debemos volver a preguntarnos en qué sentido el delito es *negación* del Derecho y por qué la pena sería *negación de la negación* o superación/eliminación del delito. Ahora bien, creo que para atender a estas cuestiones, es necesario introducir otro término relacionado con la *nulidad*, éste es la *existencia*. Veamos en este sentido otro pasaje de Hegel:

“La lesión que afecta [...] la voluntad existente en sí (y por consiguiente tanto la del que la efectúa como la del que la padece y la de todos los demás) no tiene ninguna *existencia positiva* en dicha voluntad ni en su mero producto. La voluntad existente en sí (el derecho, la ley en sí) es lo que *por sí* no puede existir exteriormente y es por lo tanto lo ilesionable. La lesión es, pues, para la voluntad particular del lesionado y de los demás, sólo algo negativo. Su única *existencia positiva* es como *voluntad particular del delincuente*. La

³² G. W. F. HEGEL, *Werke 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 186.

³³ Recuérdese que los “agregados” que se encuentran en la *Filosofía del derecho* son apuntes de estudiantes que asistían a las lecciones de Hegel. Así, no se trata de textos escritos directamente por Hegel, sino en todo caso de aclaraciones y comentarios hechos por Hegel durante sus clases.

lesión de ésta en cuanto voluntad existente es, por lo tanto, la eliminación del delito –*que de otro modo sería válido*– y la restauración del derecho” (*Filosofía del derecho*, §99).

Creo que este nuevo pasaje hace aportes pertinentes para entender en qué sentido la lesión del Derecho o el delito es *nulo*, es *nada* o mera *negación*. Hegel afirma que el delito, la lesión del Derecho, no tiene existencia positiva. ¿Qué puede querer decir Hegel con estas palabras? Claramente, no quiere decir que el hecho ilícito no exista como acto natural, esto es, como acto acaecido en el espacio y en el tiempo, como conducta exterior. Hegel sólo puede estar refiriéndose al valor jurídico del acto, al significado social de la conducta en su relación con la normatividad vigente: el hecho es una mera oposición al Derecho vigente, su significación se determina sólo en su relativa oposición al Derecho, sólo tiene significado en tanto es opuesto al Derecho y se determina y constituye jurídicamente sólo en su oposición al mismo. La lesión del Derecho es para la comunidad, para la normatividad emanada de la voluntad comunitaria y de los particulares, un acto cuyo significado íntegro es determinado a través de su mera oposición al Derecho. En otras palabras, no es un acto creador de normatividad, no es un acto que, si bien emanado de una voluntad, constituya normatividad alguna. Sólo se lo define por su oposición a la normatividad vigente. Consecuentemente, la lesión de la lesión, el castigo del delito, es la restauración del Derecho, la restauración de la vigencia de la normatividad emanada de la voluntad universal en contraposición a la presunta normatividad emanada de la voluntad particular del delincuente. Más aún, en el §97 (Agregado) antes considerado Hegel parecía indicar que el Derecho se *realiza* como Derecho propiamente cuando se manifiesta en la sanción del acto ilícito, es decir, cuando es mediado a través del delito. Nuevamente, aquí volvemos a encontrar una nota característica de la filosofía hegeliana: la naturaleza de una cosa no se manifiesta de manera inmediata, sino sólo en tanto se relaciona con –o es mediada por– lo que se manifestaba como distinto de sí. En esa relación, la cosa “retorna” a sí misma, es decir, se manifiesta en su verdadera completitud.

Veamos cómo Hegel se refiere a la vigencia de la norma:

“Este *aparecer* [*Erscheinung*] del derecho [...] se transforma en la *injusticia* [*Unrecht*] en *apariencia* [*Schein*] [...]. La verdad de esta apariencia es que ella es nula y que el derecho se restaura por la negación de esta negación suya. En este proceso de mediar, de volver a sí desde su negación, se determina como *efectivamente real y válido*, mientras que anteriormente era sólo *en sí e inmediato*” (*Filosofía del derecho*, §82)³⁴.

³⁴ G. Mohr señala que debemos entender el término *apariencia* (*Schein*) en el sentido que Hegel le asigna en su lógica del concepto. Significa atribuirle realidad abstracta al ilícito, lo que ocurre cuando algo no satisface las condiciones lógicas de su propio concepto. La nulidad de la apariencia, afirma Mohr, debe ser entendida en

En el mismo sentido:

“Por medio de su desaparecer [de la injusticia] recibe el derecho la determinación de algo firme y válido. [...]. Previamente tenía sólo un ser inmediato, ahora, en cambio, al volver a sí desde su negación, es *efectivamente real*” (*Filosofía del derecho*, §82, Agregado).

Esto significa que debemos entender las expresiones de Hegel en el siguiente sentido. La negación del delito por medio de la sanción no es la mera repetición de un mal, ni la supresión del delito por la eliminación de sus consecuencias nocivas (reparación). Tampoco se trata de que la pena elimine al delito por suponer una amenaza para el delincuente –disuasión–. Los términos involucrados tienen, a mi criterio, un sentido ontológico-normativo: nos dicen cuál es la categoría ontológica del acto ilícito y su aptitud para constituir una normatividad objetiva. Como negación del Derecho, es una entidad carente de realidad e incapaz de instaurar normatividad. La pena, como negación de la negación del Derecho, es en términos de normatividad la reinstauración del orden objetivo, y en términos ontológicos, la realización de dicho orden. Para Hegel, toda realidad se consume sólo en tanto sea capaz de vincularse con lo opuesto de sí e incorporarlo en su interior. La imposición jurídica de la pena al acto contrario al Derecho es la *apropiación* de la normatividad de aquello presuntamente ajeno a ella.

El carácter justo de la pena radica en que con ésta –cree Hegel– se restituye la vigencia de la norma, de la normatividad emanada de la voluntad general, frente a la pretensión del delincuente de postular una normatividad atada de forma inmediata a su capricho y arbitrariedad. El castigo del hecho ilícito lo marca como *nulo*, como *inexistente* en términos de *acto constitutivo de normatividad comunitaria*.

“El delito debe ser eliminado no como la producción de un perjuicio, sino como lesión del derecho en cuanto derecho. [...] Esta existencia [del delito] es el verdadero perjuicio que hay que hacer desaparecer” (*Filosofía del derecho* §99, Observación).

El hecho ilícito es una afectación del Derecho, porque atenta contra la normatividad vigente, postulando otra normatividad. La sanción es su negación, pues niega su carácter constitutivo de normatividad comunitaria. Indica que el acto *no vale* ni crea Derecho.

En el §218 (en el capítulo “Eticidad”) encontramos una consideración semejante. Allí Hegel considera que en una sociedad civil firmemente constituida el delito tiene una entidad mayor, pero que su castigo es menor. En otras palabras, el delito deja de ser un

dos sentidos: como falta de validez jurídica del acto y como negación de la validez del Derecho. Cfr. G. MOHR, “Unrecht und Strafe (§§82–104)”, Siep, Ludwig, *G.W.F. Hegel. Grundlinien der Philosophie des Rechts*, Akademie Verlag, Berlin, 1997, pp. 97-98.

acto contra un particular, para pasar a ser considerado un acto contra la sociedad civil, lo que supone considerar al delito según la medida de su *peligrosidad*. Dicha peligrosidad no es considerada en relación con cuán dañino es el acto para un particular, sino cuán dañino es el acto para la vigencia de la normatividad social.

A pesar de esto, la pena será menor en la medida en que una sociedad esté más segura de su poder, tenga más “conciencia de la validez de sus leyes” (§218, Obs.), sea una sociedad con mayor solidez. En tal sociedad, el delito siempre será algo sólo individual, subjetivo, particular, aislado. En otras palabras, en tal sociedad está claro que el delito no es un acto constitutivo de normatividad; no es un acto intersubjetivamente válido, no es un acto que postula y crea normas admitidas intersubjetivamente. Consecuentemente, aunque el acto tenga un mayor desvalor en tanto atentado contra el orden establecido, amerita un menor castigo, pues su aptitud para poner en riesgo dicho orden es menor.

A pesar de ello, dice Hegel, “para la sociedad sería imposible dejar el delito sin castigo, porque de hacerlo lo pondría como algo justo” (§218, Agregado). En otras palabras, el castigo del delito es necesario para no instaurar al acto ilícito como un acto creador de Derecho, como un acto fundador de normatividad. Es decir, para marcar al acto ilícito como un acto que no establece los parámetros de conducta y señalar a tal conducta como indebida.

Quisiera pasar a considerar otro aspecto de la cuestión penal. Veamos las palabras que Hegel le dedica a la pena como *disuasión*:

“La teoría de la pena de Feuerbach funda la pena en la amenaza [...]. Con este fundamento de la pena se actúa como cuando se le muestra un palo a un perro, y el hombre, por su honor y su libertad, no debe ser tratado como un perro. La amenaza [...] deja completamente de lado la justicia” (*Filosofía del derecho*, §99, Agregado).

En este caso, vemos que a criterio de Hegel la pena no puede valer como una amenaza, una disuasión. No creo que aquí Hegel pretenda desmentir que la pena pueda disuadir al delincuente. Sino que se trata de una discusión sobre el *fundamento* de la pena. Esto es, se trata principalmente de descubrir cuál es la naturaleza de la pena, su fundamento, su razón de ser. La pena no se encuentra fundamentada y justificada, entonces, a criterio de Hegel, en su carácter disuasorio. Si éste fuera el caso, la pena no sería una manifestación de la libertad del ser humano y no sería concordante con ella. En otras palabras, entender a la pena como una disuasión supondría concebir al ser humano desde su faceta animal, atentando, por un lado, contra su dignidad y honor y, por el otro, desatendiendo su carácter racional y normativo. La pena no puede fundar su razón de ser en su aptitud para disuadir, tal como ocurre con la amenaza al perro. Debe encontrar su razón de ser en su propia justicia. Veamos cómo lo dice Hegel:

“La lesión que afecta al delincuente no es sólo justa *en sí*; por ser justa es al mismo tiempo su voluntad existente *en sí*, una existencia de su libertad, su derecho. Es por lo tanto un *derecho para el delincuente* mismo, es decir, puesto en su voluntad *existente*, en su acción. En efecto, en esta acción, en cuanto acción de un ser *racional*, está implícito que es algo universal, que por su intermedio se formula una ley que el delincuente ha reconocido en ella por sí y bajo la cual puede por lo tanto ser subsumido como bajo *su* derecho” (*Filosofía del derecho* §100).

En otras palabras, el castigo que se le aplica al delincuente es la decisión de una voluntad libre universal, es la normatividad creada por la comunidad y, por tanto, posee un carácter racional. El delincuente, como miembro de la comunidad, como sujeto racional, participa tanto de la normatividad vigente como de la voluntad libre de la que emana. El castigo que se le impone emana de la voluntad de la que el delincuente es parte. Frente a esta posición, la concepción de la pena como *disuasión* o *amenaza* supone una caracterización del criminal como un sujeto no libre, como un sujeto no racional, incapaz de ajustarse a cierta normatividad. Es decir, concibe al ser humano como un animal. Y frente a este animal, cabe preguntarse, ¿con qué justicia podríamos implementar un castigo? ¿La pena no se convertiría en un mero acto de violencia, tal vez útil y conveniente, pero no justificado racional y moralmente?

Precisamente, cuando amenazamos o lastimamos a un animal feroz, no podemos invocar una fundamentación moral o racional de nuestra conducta. Nadie dudaría que tal conducta puede ser conveniente, útil, etc., pero no podemos *castigar* con justicia al animal, a un animal incapaz de normatividad. Quiero decir, no se puede decir que la lesión que le provoquemos al animal sea *estrictamente hablando* un castigo. Para que fuera un castigo, el animal debería ser capaz de algún tipo de aptitud moral. De la misma forma, no podemos decir que *castigamos* a un árbol, cuando decidimos talarlo para evitar que caiga sobre nuestra casa. Se trata de seres naturales, regidos por completo por las leyes de la naturaleza. Y todo lo que hagamos con ellos estará sujeto a criterios utilitarios, es decir, instrumentalizando a la naturaleza como un medio para un fin. Abordar al castigo desde este punto de vista, supone considerar al ser humano como un ser puramente natural. Y esto constituye un atentado contra su dignidad, no por un exceso de lirismo en la pluma de Hegel. Sino porque supone un atentado al verdadero fundamento de la sanción y, en última instancia, al fundamento de la normatividad vigente: la sanción tiene razón de ser porque el sujeto es capaz de crear y acatar normatividad. No se trata sólo de que sea *indigno* equiparlo con un animal, sino que la pena fundada en la amenaza supone considerar al ser humano como incapaz de ajustarse a cierta normatividad de manera racional –lo que equivale a decir que el ser humano es incapaz de generar una

normatividad– y, por tanto, implica “castigarlo” sin fundamento, aplicar violencia infundada contra su persona, sin más.

El castigo del delito es justo en sí mismo por ser parte de la normatividad emanada de la voluntad libre de la comunidad, de la que el propio delincuente forma parte. Es aplicarle a él mismo una normatividad y una racionalidad que él mismo no puede desmentir. No es otra cosa que aplicarle el Derecho que está vigente para la propia racionalidad del delincuente.

Como ya indicamos, el castigo debe ser acorde al delito. No se trata aquí de una retribución idéntica en cantidad y especie:

“La eliminación del delito es una *compensación* en la medida en que [...] es lesión de una lesión, y según su existencia, el delito tiene una extensión cuantitativa y cualitativa determinada, por lo cual también la tiene que tener su negación en cuanto existencia. Esta identidad [...] no es empero una *igualdad* en las características específicas de la lesión, sino en sus características existentes *en sí*, es decir, según su *valor*” (*Filosofía del derecho* §101).

Es decir, el castigo debe ser acorde al delito. Pero no puede ser igual en su especie y cantidad, sino que debe ser equivalente en su *valor*.

En esta misma línea contraria a la pena como *disuasión* y a favor de la pena como *retribución*, Hegel expresa que:

“Al considerar que la pena contiene su propio derecho, se *honra* al delincuente como un ser racional. No se le concederá este honor si el concepto y la medida de la pena no se toman del hecho mismo, si se lo considera como un animal dañino que hay que hacer inofensivo, o si se toma como finalidad de la pena la intimidación o la corrección” (*Filosofía del derecho*, §100, Obs.).

Es decir, la pena no debe fundamentarse en la intimidación del delincuente o en la pretensión de supresión de su peligrosidad. La pena se fundamenta en la propia normatividad de la comunidad y la medida del castigo debe ser tomada de la propia conducta del delincuente. A pesar de esto, en el §218, Hegel indica que la medida del castigo se determina en relación con la estabilidad de la normatividad de la comunidad, esto es, se ve al castigo como un acto que atenta contra la seguridad de la sociedad y se lo castiga en relación con cuán dañino pueda ser tal acto para la vigencia de las normas de la sociedad.

Consideremos unas últimas cuestiones sobre la justicia del castigo. Tal como hemos adelantado, el tratamiento de la ilicitud y su sanción no se encuentran agotados en la esfera del “derecho abstracto”. Hegel dice:

“Cuando en la sociedad no hay jueces ni leyes, la pena tiene siempre la forma de la venganza, que es deficiente en la medida en que es la acción de una voluntad subjetiva [...]. Las personas que constituyen un tribunal son, por cierto, también personas, pero su voluntad es la de la universalidad de la ley, y no quieren agregar

nada a la pena que no se encuentre en la naturaleza de la cosa” (*Filosofía del derecho*, §102, Agregado).

“La exigencia de resolver esta contradicción que se presenta en la manera de eliminar la injusticia [...] es la exigencia de una justicia liberada de los intereses y de las formas subjetivas, así como de la contingencia del poder; es, pues, la exigencia de una *justicia no vengativa sino punitiva*” (*Filosofía del derecho*, §103).

Con estas últimas palabras, Hegel cierra el capítulo dedicado al “derecho abstracto”. Esto quiere decir que en la medida en que consideremos al castigo en el terreno del derecho abstracto, en el terreno de la normatividad que todavía se encuentra expresada sólo bajo la forma del contrato, nos encontramos aún en el terreno de la venganza: en el terreno de la mera repetición del mal. En donde un daño se paga con otro daño, lo que conduce a otra venganza ulterior y nos lleva a lo que Hegel llama el “progreso infinito”, esto es, a la perpetua repetición de lo mismo. Salimos de este círculo vicioso sólo cuando nos encontramos en una comunidad con leyes y jueces. Esto es, cuando la normatividad vigente y que debe acatarse no es la expresión de las voluntades aunadas bajo la forma del contrato, sino bajo una serie mayor de mediaciones e instituciones que expresan a la voluntad de la comunidad toda. En segundo lugar, cuando la decisión sobre la imposición del castigo no recae en cabeza de los particulares. Esto es, cuando los propios interesados no son quienes tienen la autoridad de decidir sobre la cuestión y pueden imponer su voluntad particular por sobre la voluntad de la comunidad expresada en la ley.

De esta manera, todo esto nos revela que el “derecho abstracto” nos ofrece los elementos iniciales de la normatividad de la comunidad. El derecho abstracto nos muestra los primeros pasos de dicha normatividad y nos ofrece elementos fundamentales para su desarrollo. Pero se hace innegable indicar que la concepción debe integrarse con la “eticidad”, es decir, con aquel ámbito en el que la comunidad se presenta plenamente desarrollada y funcionando, con leyes y jueces capaces de hacer valer la voluntad universal de la comunidad.

5.- TOTALITARISMO, ESTADO, ILUSTRACIÓN Y REVOLUCIÓN

En esta última sección, quisiera considerar tres tópicos relacionados con la cuestión penal sobre los cuales la filosofía hegeliana debe dar respuestas: el supuesto totalitarismo hegeliano, su relación con la Ilustración y la Revolución francesa y, finalmente, el supuesto carácter conservador que se le ha atribuido. Habitualmente, se tiene una visión de Hegel como un filósofo conservador, totalitario, fundador de un Estado policial y antirevolucionario. Aquí intentaremos mostrar que esta imagen no es exacta.

5.1.- Totalitarismo

Una de estas ideas preconcebidas tiene que ver con un presunto totalitarismo hegeliano. Hegel ha sido llamado el filósofo del Estado. Se ha forjado en torno suyo una representación según la cual el filósofo habría reivindicado el valor absoluto del Estado por sobre toda subjetividad individual. De esta manera, Hegel se convertiría en el padre de los estados totalitarios, en el padre o filósofo del Estado Prusiano³⁵.

Lo cierto es que Hegel se hace a sí mismo un flaco favor en este sentido en algunos pasajes de la *Filosofía del derecho* que pueden ser interpretados en congruencia con este prejuicio:

“Pero el estado no es en absoluto un contrato, ni su esencia sustancial es de un modo incondicionado la *protección y la seguridad* de la vida y de la propiedad de los individuos singulares. Él mismo es por el contrario lo más elevado, que reivindica para sí aquella vida y propiedad y exige su sacrificio” (*Filosofía del derecho*, §100, Obs.).

Sin embargo, debe entenderse que este pasaje no es en verdad una fundamentación de un estado totalitario, ni el pensamiento de Hegel tiene en general una orientación tal. Comencemos por considerar este pasaje, para luego considerar aspectos más generales del pensamiento político-jurídico de Hegel que impugnarían la interpretación de un “Hegel totalitario”.

En lo que respecta al pasaje citado, debe indicarse que la crítica de Hegel se encuentra dirigida al *contractualismo* (o al liberalismo)³⁶.

³⁵ El expositor más conocido de esta posición sería Karl Popper en su ya clásico *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2006, pp. 246, 258, 268. Contra esta posición se pronuncian expresamente T. S. HOFFMANN, *Hegel. Una propedéutica*, Buenos Aires, Biblos, 2014, pp. 350-351 (véase en este mismo sentido la nota n°30 dedicada a Weil).

³⁶ A. WOOD, *Hegel's Ethical Thought*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990, p. 258. Vale indicar que Wood entiende que el desarrollo de la *Filosofía del derecho* de Hegel se basa en un progresivo desarrollo de la figura del individuo, hasta su realización plena como individuo cfr. *Ob. cit.*, p. 21.

“Del mismo modo, tampoco radica la naturaleza del estado en una relación contractual [...]. La intromisión de estas relaciones y en general de las relaciones de la propiedad privada en las cuestiones del estado ha provocado las mayores confusiones en el derecho público y en la realidad”. G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §75, Observación.

“En la época moderna se ha hecho muy común considerar al estado como un contrato de todos con todos. [...] En el caso del estado es totalmente diferente pues no radica en el arbitrio de los individuos separarse del estado, ya que son ciudadanos ya desde un punto de vista natural. La determinación racional del hombre es vivir en un estado, y si no existe aún, la razón exige que se lo funde. Un estado debe dar su autorización para que alguien entre en él o lo abandone; no depende del arbitrio de los individuos, y el estado no se basa por lo tanto en el contrato, que supone el arbitrio. Es falso, pues, cuando se dice que un estado se funda sobre el arbitrio de todos; por el contrario, estar en el estado es absolutamente necesario para todos. El gran progreso del estado en la época moderna consiste en que es en y por sí mismo fin, y sus integrantes no deben

Es decir, Hegel rechaza la idea de que el Estado pueda ser concebido como el resultado de un contrato voluntario, conformado por sujetos poseedores de derechos naturales (preexistentes a la comunidad o al Estado). En la concepción contractualista del Estado se dan varios errores contra los que Hegel pretende dirigirse.

En primer lugar, no hay derechos naturales si por tales se entiende derechos que preexisten a la comunidad. Los derechos, la libertad de contratar, etc., se dan sólo al interior de la comunidad, en el marco de una normatividad vigente. Por fuera de ello, nos encontramos en el mero terreno de la naturaleza, no de la subjetividad humana. Aun cuando los derechos de los sujetos sean un resultado de la razón humana, esto no quiere decir que estos derechos se den “en la naturaleza”, en un estadio anterior a la conformación de una comunidad con cierta normatividad.

En segundo lugar, el Estado no es el resultado de un cálculo de costo-beneficio. No es el resultado del cálculo de los individuos que, propietarios y pequeñoburgueses, evalúan qué derechos ceder a fin de contar con los beneficios de un poder centralizado que garantice la propiedad u otros derechos. La normatividad de la comunidad y su organización política no surge de una negociación utilitaria; emana de la voluntad de la comunidad, pero no de forma inmediata, esto es, no a través de la deliberación inmediata de los miembros. Los miembros no preexisten a la comunidad ni la conforman a través de una racionalidad instrumental. La comunidad conforma a sus miembros y a su racionalidad. El Estado, el orden político comunitario y la normatividad vigente son el resultado del modo de vida de la comunidad. Pensar lo contrario sería pensar que los ciudadanos griegos podrían haber elegido de modo inmediato modificar la estructura política de la polis; que los hebreos podrían haber optado por modificar los mandamientos de Moisés o que podrían haber elegido de manera inmediata dejar de ser un pueblo perdido en el desierto, etc.

Esto nos lleva a la tercera cuestión. Cuando Hegel dice que el Estado no está destinado esencialmente a la protección de la propiedad y de la vida, Hegel no está haciendo una propuesta política, no está haciendo un manifiesto ideológico. Está haciendo, en todo caso, una descripción de la realidad. ¿Acaso el Estado no puede declarar la guerra y disponer de los recursos patrimoniales y de la población? Hegel se refiere a esto: el gran problema que tienen Hobbes, Locke y los restantes contractualistas a la hora de validar su fundamentación de la creación del Estado se encuentra cuando consideramos la potestad estatal de declarar la guerra. Si el Estado tuviera por fin esencial la protección de sus ciudadanos, no podría obligarlos a prestar servicio militar. La guerra es disponer de las vidas

conducirse en relación con él de acuerdo con estipulaciones privadas, como ocurría en la Edad Media” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, §75, Agregado.

de la población en busca de un fin ulterior y superior. No hay manera de hacer compatible el fin último de la existencia del Estado declarado por los contractualistas (la supervivencia y protección de la propiedad) con la manera efectiva de proceder del Estado (particularmente, la declaración de guerra).

En consecuencia, Hegel dice que el Estado se presenta como lo más elevado y reclama para sí el sacrificio de la vida de los individuos y de su propiedad. Pero estas palabras no quieren decir que Hegel reivindique una prioridad tal del Estado por sobre los individuos que suponga la supresión del respeto a la individualidad. Esta lectura es inexacta.

Como ya hemos indicado, toda la *Filosofía del derecho* trata sobre el desarrollo progresivo de la voluntad libre y de la normatividad autoimpuesta por tal voluntad. Es decir, aquí se trata del desarrollo de la libertad, no entendida como arbitrariedad y capricho, sino como racionalidad, es decir, normatividad racional y universal, sostenida no en la voluntad singular, sino en la voluntad que interactúa con las restantes voluntades en una serie de instituciones (familia, sociedad civil, comercio, trabajo, Estado). Todo el desarrollo de la voluntad libre y de la autoimposición de cierta normatividad presupone el tratamiento del *reconocimiento* desplegado en el capítulo 4 de la *Fenomenología del espíritu*. Puede decirse que cada uno de los niveles de desarrollo de la normatividad desplegada en la *Filosofía del derecho* es un paso más, un grado de mayor complejidad en el reconocimiento recíproco de los sujetos. La forma más elevada de dicho reconocimiento no se encontrará en la relación inmediata entre dos individuos aislados –entre dos contratantes, entre dos propietarios privados o entre dos rivales–, sino en una sociedad plenamente desarrollada que contenga una gran diversidad de instituciones. A esto llama Hegel Estado. El reconocimiento se da, no en la relación inmediata en la que los propietarios enfrentados pautan las reglas de su relación privada, sino en el marco social general que impone parámetros de racionalidad y legalidad intersubjetivos, en los que los individuos tienen su personalidad jurídica garantizada, participan de diversas instituciones, participan del mercado y del intercambio de mercancías y, finalmente, pueden establecer relaciones privadas entre sí.

Como vemos, el espíritu, tema de la *Filosofía del derecho*, no es una sustancia absoluta que suprime la subjetividad individual, que supone la imposición del todo sobre la parte hasta asfixiarla y anularla. El todo pensado por Hegel es rico, complejo, lleno de relaciones y caracterizado por contener las instancias individuales, las que por su parte deben valer como partes del todo y como individuos en dicho todo. La palabra clave aquí es *mediación*: la voluntad de los particulares pervive, pero debe ser mediada a través de instancias intersubjetivas a fin de valer en el todo de modo tal que condicionan y determinan a dicho todo, pero mientras son a su vez condicionados por él y subsisten sólo en él. Un ejemplo sencillo podría ser la

representación política o la participación gremial. En ambos casos, la voluntad de los individuos es mediada por una institución que pretende manifestar una voluntad colectiva e interactuar en un marco más general con otras voluntades colectivas.

Por último, vale hacer una advertencia histórica que por ser pasada por alto suele conducir al error que aquí estamos considerando. Debe tenerse en cuenta que mientras Hegel escribe la *Filosofía del derecho*, Alemania no es un país unificado, no se trata de un territorio nacional con una única autoridad política. Se trata más bien de un conjunto de territorios autónomos con un cierto grado (poco estable) de unidad. El famoso Estado Prusiano, el Estado alemán, unificado y totalitario que se le suele atribuir a Hegel distaba de ser una realidad en el período en el que nuestro autor vive. Consecuentemente, Hegel no está escribiendo para justificar una realidad vigente (como si se tratara de un intento por agradar a las autoridades), sino que está ideando y explicando la naturaleza de los Estados modernos³⁷.

5.2.- Ilustración y Revolución

La bibliografía especializada ha señalado que Hegel distaba de ser el conservador recalcitrante que en ocasiones se imagina. Las obras de Jacques D'Hont y Alfredo Llanos indican claramente que Hegel fue desde su juventud un admirador de la Ilustración y de la Revolución Francesa³⁸. Claro que esta admiración fue parcial, con

³⁷ En este sentido, dice Weil: "Se agregará que la Prusia histórica, la de Federico Guillermo IV, la de los Guillermo, la que fue el centro del Tercer Reich, no creía estar en deuda con el filósofo. Por el contrario, una vez muerto, el gobierno real hizo todo lo posible por destruir su influencia, llamando al viejo Schelling a Berlín y excluyendo a los hegelianos de las cátedras. De todo esto, unido al hecho de que a partir de la Revolución de julio de 1830 Hegel tuvo una enorme influencia en todo el mundo salvo en Prusia, se inferirá que la Prusia real no se reconoció en el pretendido retrato trazado por Hegel, ya sea porque éste la pintó mal o porque lo hizo demasiado bien", E. WEIL, *Hegel y el Estado*, Córdoba, Ediciones Nagelkop, 1970, p. 15. En el mismo sentido, indica Weil: "Toda la construcción del Estado hegeliano está basada y centrada en el Parlamento [...]; ahora bien, en Prusia no hay parlamento [...]. Es justo destacar que Hegel da prueba de gran coraje en su cátedra, pues Federico III, que había prometido, por decreto del 22 de mayo de 1815, la formación de una 'representación popular', lo tomaba muy mal cuando alguien le recordaba su promesa. [...]" Y finalmente luego de señalar otras grandes diferencias concluye Weil diciendo que no cuesta ver "en qué escasa medida lo que Hegel denomina el Estado moderno corresponde a la Prusia histórica de los años 1815 a 1820", E. WEIL, *Hegel y el Estado*, Córdoba, Ediciones Nagelkop, 1970, p. 16.

³⁸ J. D'HONT, *Hegel*, Buenos Aires, Tusquets, 2013, pp. 62, 67, 72 y 139-141 como otros sitios de la citada obra. A. LLANOS, *Luces y sombras en la Fenomenología del espíritu*, Buenos Aires, Rescate, 1995, pp. 61-63. Por su parte, Marcuse ofrece un análisis más circunstanciado del contexto político en el que escribe Hegel, particularmente en lo que se refiere a los partidos enfrentados en medio de los cuales Hegel debe tomar posición, cfr. H. MARCUSE, *Razón y revolución. Hegel y el surgimiento de la teoría social*, Madrid, Altaya, 1994, pp. 177-180. Allí se puede

ciertas reservas y expresada con cierta cautela. Sin embargo, no son pocos los textos –de diferentes períodos– en los que podemos encontrar apreciaciones elogiosas de la Ilustración Francesa y la Revolución francesa.

En este sentido, pueden señalarse las indicaciones de Hegel al respecto en su *Fenomenología del espíritu*, la *Enciclopedia*, sus *Lecciones de filosofía de la historia* entre otros textos.

En la *Fenomenología del espíritu*, Hegel se pronuncia de manera elogiosa a favor de la Ilustración francesa. Su elogio se sostiene en el carácter crítico de la Ilustración francesa contra el catolicismo, el despotismo apoyado en la superstición, etc. A pesar de este tratamiento elogioso, Hegel señala sus discrepancias. La Ilustración francesa cayó de manera pendular en una posición materialista que suprime lo que la religión pudiera tener de verdadero.

En las *Lecciones de filosofía de la historia*, Hegel vuelve a reivindicar la Ilustración francesa. Allí reivindica la idea de la creación de un Estado de Derecho, la creación de un Derecho racional, la supresión de las autoridades religiosas. Pero procura señalar que dicha revolución sería innecesaria en Alemania y que, por eso, la Ilustración alemana puede ser menos radical. En Alemania –entiende Hegel– la Ilustración no requiere conducir a una revolución violenta. Hegel justifica esta diferencia entre Alemania y Francia por la diferencia religiosa: la revolución ideológica ya ha ocurrido –dice Hegel– en Alemania gracias a Lutero. Como la religión ya no es irracional –sostiene Hegel–, la ilustración alemana no necesita valerse de una revolución violenta y homicida. La Ilustración alemana sólo sería un avance progresivo en la dirección de la cultura que ya se está desarrollando en el país.

De un modo menos moderado, señala D’Hont en su biografía de Hegel que el filósofo era miembro desde su juventud de logias vinculadas ideológicamente a la Revolución francesa. En el mismo sentido, señala el autor que Hegel llegó a profesor universitario en Berlín gracias a cierta ala progresista del gobierno prusiano. Aún durante tal período Hegel tuvo vínculos públicamente conocidos con estudiantes universitarios acusados de delitos contra la autoridad del rey.

5.3.- Lo racional y lo real

Por último, podemos dedicarle unas palabras a una famosa frase de Hegel plasmada en el prefacio de la *Filosofía del derecho*,

apreciar que sus críticas a los democráticos no consiste en una defensa de los reaccionarios, sino de un estado de Derecho que no estaría garantizado por los primeros. Hoffmann, por su parte, señala que “Hegel perteneció sin duda [...] a los jóvenes que fueron receptores de estos ideales [de la Revolución Francesa] y, muy pronto, él mismo también reflexionó cómo podría traspasar uno estos ideales a las condiciones del imperio alemán”, T. S. HOFFMANN, *Hegel. Una propedéutica*, Buenos Aires, Biblos, 2014, p. 52.

frase que ha conducido a sostener la imagen del “Hegel totalitario”:

“Lo que es racional es real,
y lo que es real es racional” (*Filosofía del derecho*, p. 18)³⁹

Esta conocida frase ha sido interpretada por los adversarios de Hegel como significando que todo cuanto existe, debe existir tal y como existe⁴⁰. Esto haría a Hegel objeto de una crítica según la cual no se puede justificar que todo cuanto exista tenga una razón de ser. No todo lo que es, es justo. Hegel sería, según esta opinión, un conservador recalcitrante.

Los defensores de Hegel entienden que este enunciado no debe ser comprendido de tal manera, sobre todo teniendo en cuenta que los términos “racional” (*vernünftig*) y “real” (*wirklich*) no tienen para Hegel el sentido que tradicionalmente les asignamos: “racional” no significa lógico, coherente, justificado; “real” no significa algo acaecido en la realidad⁴¹.

³⁹ “Was vernünftig ist, das ist wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig” G. W. F. HEGEL, *Werke 7, Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse: mit Hegels eigenhändigen Notizen und den mündlichen Zusätzen*, Suhrkamp, Frankfurt am Main, 1989, p. 24.

⁴⁰ Popper expresamente dice: “Combinando estas dos ecuaciones o, mejor dicho, equivocaciones, se obtiene *Real = Razón*, lo cual le permite a Hegel sostener que todo lo razonable debe ser real y que todo lo real debe ser razonable y que la evolución de la realidad es la misma que la de la razón. Y puesto que no puede haber patrón más elevado en la existencia que el desarrollo último de la Razón y de la Idea, todo aquello que es real o concreto en la actualidad existe por necesidad, y debe ser, a la vez, razonable y bueno. y como veremos en seguida, el Estado prusiano de existencia concreta es particularmente bueno”, K. POPPER, *La sociedad abierta y sus enemigos*, Paidós, Barcelona, 2006, p. 258. Contra esta posición, señala Eric Weil que ya Marx y Engels advertían de esta acusación infundada contra Hegel y advierte el autor que Liebknecht y Lukacs sí incurrirían en esta equivocada interpretación, véase E. WEIL, *Hegel y el Estado*, Córdoba, Ediciones Nagelkop, 1970, pp. 19-20.

En el mismo sentido, este uso indebido de la frase citada es indicado por Hoffmann: “Esta proposición de Hegel se entendió ocasionalmente como uno de sus intentos por congraciarse, de modo como si ella debiera rezar ‘lo que hace el gobierno del Estado prusiano de facto es, eo ipso, ya también racional’. Pero la proposición doble no contiene ningún mensaje mal-empírico de esta clase, explica más bien, de manera transformada, sólo el fundamento parmenídeo de la filosofía, válido por antonomasia para Hegel, la identidad de pensar y ser”, T. S. HOFFMANN, *Hegel. Una propedéutica*, Buenos Aires, Biblos, 2014, p. 351.

⁴¹ En la obra de Kant se hace una importante distinción entre *Realität* (traducido como “realidad”) y *Wirklichkeit* (traducido como “existencia efectiva”). En el caso de Kant, esta distinción remite a la diferencia entre la realidad pensada en el concepto (pensar lo que la cosa es, *Realität*) y la existencia efectiva en tiempo y espacio, esto es, que haya algo en la experiencia acorde a lo pensado en el concepto (*Wirklichkeit*).

Hegel retoma esta distinción terminológica, pero la diferencia entre los términos no es tan simple. La *Realität* no se acota al mero *pensamiento de lo que la cosa es*, sino que se refiere a aquella existencia que no ha sido adecuadamente mediada por la racionalidad, al elemento en tanto no es considerado en su integración con el todo. La *Wirklichkeit* considera, por el contrario, si el elemento ha sido integrado en su relación con el todo, si ocupa su lugar en el desarrollo del concepto que le es adecuado. Nótese a su vez que el término *Wirklichkeit* está emparentado con el

Si entendemos los términos en el sentido que Hegel les atribuye, la cuestión se vuelve mucho más compleja: racional es la forma de los conceptos, la forma del pensar puro que constituye la objetividad y rige la realidad tanto natural como espiritual. De la misma manera, lo real (*wirklich*) no es todo lo que acaece. En lo que acaece encontramos mucho de contingente, de aleatorio, etc. *Das wirkliche*, lo real es lo efectivamente existente en congruencia con su concepto: aquello que es tal y como debe ser, aquello que es parte del desarrollo del concepto, es decir, aquello que es un momento del desarrollo de la razón. Con lo cual, decir que lo real es racional no implica decir que lo que existe está justificado, es razonable o justo. Decir que lo racional es real no significa que todo lo que ha de ocurrir será justo y coherente. Se trata de un enunciado cuyo significado no se acota al terreno de la filosofía jurídica. Es, a mi entender, un postulado ontológico-gnoseológico que describe rasgos generales del pensamiento de Hegel: se establece que la razón tiene un lugar epistemológico absoluto y que nada es ajeno a la racionalidad. Nada hay por fuera de la racionalidad. La racionalidad y sus complejas estructuras conceptuales –caracterizadas por la negación y la dialéctica– son la medida absoluta de lo que es y de lo que se conoce⁴².

término *wirken* (provocar un efecto, actuar). En el terreno de lo jurídico, podríamos decir que algo es *wirklich* no sólo si meramente existe, sino si *vale, rige, actúa* y provoca efectos.

⁴² Nuevamente, esto no quiere decir que todo cuanto resulta contingente es producto necesario de la razón. Sin embargo, Hegel parece ser ambivalente en este sentido. Veamos algunos pasajes: “La tarea de la filosofía es concebir lo que es, pues lo que es es la razón”. G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 19. “Lo que está entre la razón como espíritu autoconsciente y la razón como realidad presente, lo que separa aquella razón de ésta y no encuentra en ella satisfacción, es el obstáculo de algo abstracto que no se ha liberado para llegar al concepto” G. W. F. HEGEL, *Principios de la filosofía del derecho*, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 19. Estos dos pasajes indican, por un lado, que en última instancia toda manifestación tiene una parte de verdad y es parte de una racionalidad que le da un lugar. Pero, por el otro lado, que esta estructura racional es compleja y debe superar momentos internos de contradicción y ruptura: debe superar aquello que separa a la razón de sí misma, cuando ésta se manifiesta como espíritu autoconsciente y como realidad. Integrar ambos polos en una estructura racional compleja, cuando estos polos están separados por lo que Hegel llama “abstracto”, es decir, por aquellos elementos desconectados, por aquellos elementos cuya articulación con el todo es aún desconocida. En otras palabras, se exige que la racionalidad se reconozca a sí misma en ambos extremos y sea capaz de reunirlos. En palabras de Hegel, “Si, inversamente, se considera que la *idea* es sólo una idea, una representación atribuible a una opinión, la filosofía le opone el conocimiento de que lo único efectivamente real es la idea. De ello depende que se reconozca en la apariencia de lo temporal y pasajero la sustancia que es inmanente y lo eterno que es presente. Pues lo racional, que es sinónimo de la idea, al llegar a su realidad, entra también en la existencia exterior, se despliega en un reino infinito de formas, fenómenos y configuraciones, y recubre su núcleo con una corteza multicolor en la que habita inmediatamente la conciencia, pero que el concepto atraviesa para encontrar el pulso interior y sentirlo palpitar en las configuraciones exteriores” G. W. F. HEGEL,

En este sentido, en los apuntes tomados durante una lección de Hegel anterior a la publicación de la *Filosofía del derecho* (una lección de 1819/1820) publicados por Dieter Henrich, se encuentra una versión distinta de esta frase. El texto alemán dice:

“Was vernünftig ist, wird wirklich, und das Wirkliche wird vernünftig”⁴³.

Su traducción sería:

“Lo que es racional, deviene real, y lo que es real deviene racional”.

Aunque en el tomo 14 de la colección dedicada a las lecciones de Hegel publicadas por Meiner se presentan anotaciones de clase que vuelven a la versión publicada en vida de Hegel⁴⁴, lo cierto es que esta formulación –posible– expresaría un sentido más acercado a lo que entendemos es la interpretación correcta de la famosa frase: no se trata de que lo que exista –sea lo que sea– será justificado y calificado de racional; tampoco se trata de que la razón ha de imponerse de manera necesaria, sin pasar por los azares de la historia. De hecho, si uno atiende al final de la *Filosofía del derecho* se lleva una peculiar sorpresa: los últimos párrafos de la *Filosofía del derecho* (§§341-360), luego de haberse presentado el desarrollo racional de la normatividad de la comunidad, Hegel nos remite a la *historia*. El desarrollo de los estados no desemboca en un fin, en una meta alcanzada de una vez por todas, sino en la historia y su contingencia. En este sentido, la frase de Hegel exige que lo real se vuelva racional. Aunque no haya garantías de que esto vaya a ocurrir.

6.- CONCLUSIONES

Nos hemos propuesto ofrecer una mirada integral sobre la cuestión jurídica en Hegel y, particularmente, la cuestión penal. Hemos podido ver el surgimiento del Derecho en el terreno de la *Fenomenología del espíritu*. Allí el Derecho se presentaba como el reconocimiento del individuo como un momento de oposición a la comunidad plasmada en la vida política y social griega, caracterizada como una totalidad indiferenciada y natural. Sin embargo, el reconocimiento del individuo se presenta de una forma parcial y meramente formal, bajo la figura de la mera personalidad jurídica, forma insuficiente que si bien conduce a un primer modo de legislación universal también conduce al autoritarismo del emperador. En la *Filosofía del derecho* no sólo encontrábamos un tratamiento del

Principios de la filosofía del derecho, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 2004, p. 18.

⁴³ G. W. F. HEGEL, *Philosophie des Rechts. Die Vorlesung von 1819/ 20 in einer Nachschrift*, editado por Henrich, Dieter, Frankfurt a.M., 1983, p. 51.

⁴⁴ Cfr. G. W. F. HEGEL, *Vorlesungen über die Philosophie des Rechts Berlin 1819/1820 Nachgeschrieben von Johann Rudolf Ringier*, editado por Emil Angehrn, Martin Bondeli y Hoo Nam Seelmann, Meiner, Hamburgo, 2000, p. 8.

“derecho abstracto” que seguía los lineamientos ya indicados, sino que hallábamos un abordaje del castigo. El ilícito, considerado como una negación individual de la normatividad comunitaria, encuentra su respuesta en el castigo como un acto por medio del cual la comunidad señala al acto criminal como incapaz de constituir normatividad. Así, la aptitud de constituir normatividad se vincula con lo universal, pero no con la mera universalidad abstracta, sino aquella universalidad articulada a través de las complejas mediaciones de la sociedad que se presentan en el tercer capítulo de la *Filosofía del derecho*.

De esta manera, hemos podido apreciar cómo el pensamiento jurídico y jurídico-penal de Hegel se encuentra enraizado en textos fundamentales, ocupando un lugar en la estructura sistemática de su filosofía, vinculado con temáticas primordiales como el concepto de reconocimiento, el surgimiento de la individualidad y la articulación de lo colectivo y lo individual. En pocas palabras, lo jurídico se plasma, precisamente, en la vida comunitaria que le da contenido y vivacidad a lo que de lo contrario sólo sería un mero movimiento dialéctico formal.

LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA MOVILIDAD HUMANA: ENTRE COSMOPOLITISMO Y HOSPITALIDAD*

INTER-AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS AND HUMAN MOBILITY: BETWEEN COSMOPOLITANISM AND HOSPITALITY

Constanza Núñez Donald**

RESUMEN: El presente artículo tiene por objetivo analizar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de movilidad humana bajo la óptica de la doctrina filosófica del cosmopolitismo. A partir del desarrollo de las principales características de esta doctrina en relación a la migración (tensión entre nacionalidad, ciudadanía y derechos, así como las perspectivas actuales de solidaridad global), se sostendrá que la jurisprudencia interamericana tiende hacia al cosmopolitismo.

ABSTRACT: *The purpose of this article is to analyze the jurisprudence of the Inter - American Court of Human Rights in the field of human mobility from the perspective of the philosophical doctrine of cosmopolitanism. From the development of the main characteristics of this doctrine in relation to migration (conflict between nationality, citizenship and rights, as well as current perspectives of global solidarity), it will be argued that inter-American jurisprudence tends toward cosmopolitanism.*

PALABRAS CLAVE: cosmopolitismo, ciudadanía, migración, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

KEYWORDS: *cosmopolitanism, citizenship, migration, Inter-American Court of Human Rights.*

Fecha de recepción: 08/06/2017

Fecha de aceptación: 28/06/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4019>

* Agradezco al Dr. Óscar Pérez de la Fuente por sus comentarios a este texto y sus estimulantes debates en el Taller "Pluralismo cultural, minorías y cooperación solidaria" del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid, que me instaron a realizar este trabajo. Trabajo realizado gracias al apoyo de Conicyt a través de su programa "Becas Chile" y de la Fundación Carolina.

** Abogada por la Universidad de Chile. Docente instructora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Actualmente cursando el Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos del Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: cnunez@derecho.uchile.cl

1.- INTRODUCCIÓN

Una de las cuestiones que suscita más debate en la filosofía política y jurídica es la tensión entre soberanía y derechos. Una actualización de esta tensión en el contexto de la globalización queda de manifiesto en los fenómenos de la movilidad humana y las exigencias de universalidad de los derechos. Ciertamente, uno de los ámbitos donde los Estados siguen teniendo amplio margen de actuación y discrecionalidad, es en relación al resguardo de fronteras a través del desarrollo de políticas migratorias y de ciudadanía¹. Como señala Javier de Lucas, pese a que la globalización ha supuesto derribar las fronteras, esto solo se ha dado respecto de los aspectos económicos, faltando aún una "globalización de los derechos"².

En este sentido, el gran desafío de la globalización en relación a los derechos humanos es precisamente la garantía de universalidad de los mismos en todo contexto y lugar. Diversos autores/as se han preocupado de esta cuestión, destacando la tensión que existe entre las prácticas particularistas de los Estado-nación y las exigencias de universalidad³. Pérez de la Fuente, por ejemplo, explica que "la legitimidad de los valores en la esfera pública se ha afirmado en términos universalistas, aunque sustentada en prácticas particularistas respecto a la identidad nacional y los derechos de los nacionales"⁴. El problema, es que como destaca Benhabib, "mientras el terreno en el que viajamos, la sociedad mundial de Estados, ha cambiado, nuestro mapa normativo no lo ha hecho"⁵. El mapa normativo sigue manteniendo sujeta la garantía de los derechos a las condiciones de membresía política a la comunidad.

La tensión descrita trae como consecuencia que los no nacionales o no ciudadanos -en la práctica- carezcan de derechos, pues como están configurado el Estado-nación, son éstos los que en definitiva los garantizan dependiendo de las condiciones de membresía⁶. Arendt

¹ S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*. Gedisa, Madrid, 2005, p.16.

² J. DE LUCAS, "Las globalizaciones y los derechos". *Enrahonar*, núm. 40/41, 2008, pp. 55-66.

³ Un estudio sobre diversas perspectivas de este problema, en: I. CAMPOY (ed.) *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas" Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2006.

⁴ O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita". *Derechos y Libertades*, núm. 15, 2006, p. 75.

⁵ S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.17.

⁶ Esta constatación es la que permite a Arendt fundamentar su reconocida afirmación sobre el "derecho a tener derechos", véase: H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, Alianza Editorial, Madrid, 2007, p.420.

refiriéndose a la situación de las personas apátridas explica de manera brillante las paradojas que presenta esta cuestión (y que actualmente podríamos extender también a las personas en situación administrativa migratoria irregular)⁷:

“Como delincuente, incluso un apátrida no será peor tratado que otro delincuente, es decir, será tratado como cualquier otro. Sólo como violador de ley puede obtener la protección de ésta. Mientras dure su proceso y su sentencia, estará a salvo de la norma policial arbitraria [...] el mismo hombre que ayer se hallaba en la cárcel por obra de su simple presencia en este mundo, que no tenía derecho alguno y que vivía bajo la amenaza de la deportación [...] podía convertirse en un ciudadano completo por obra de un pequeño robo [...] *ya no es la escoria de la tierra, sino lo suficientemente importante como para ser informado de todos los detalles de la ley conforme a la cual será procesado. Se ha convertido en persona respetable*”⁸.

Los tribunales internacionales de derechos humanos en los últimos años se han enfrentado a casos vinculados a esta tensión y que han puesto de manifiesto la dificultad de ofrecer respuestas que pongan en equilibrio la soberanía de los Estados y la garantía universal de los derechos. En este contexto, las propuestas de la doctrina filosófica del cosmopolitismo han surgido como una perspectiva para enfocar soluciones a esta tensión. El cosmopolitismo es un parámetro adecuado para analizar esta cuestión, pues siguiendo a Kant, en el derecho podemos distinguir tres niveles: uno está dado por el derecho de un Estado (derecho nacional), otro por el derecho de naciones (derecho internacional) y, en un tercer nivel se encontraría el derecho cosmopolita⁹. Este último es aquel que se refiere justamente a las relaciones de derecho entre personas y estados extranjeros. En la medida que el fenómeno de la migración exige respuestas normativas y jurisprudenciales respecto a la relación entre las personas y estados de los que no son nacionales, la perspectiva debe ser cosmopolita en relación al derecho¹⁰.

⁷ En efecto, como destaca Javier de Lucas, tal y como se han configurado las políticas migratorias contemporáneas, la situación administrativa irregular ya no representa solo una restricción al ejercicio de derechos, sino un verdadero vaciamiento del reconocimiento de la titularidad de derechos, véase: J. DE LUCAS “Algunas tesis sobre el desafío que plantean los actuales flujos migratorios a la universalidad de los derechos humanos”. En: I. CAMPOY, *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la inmigración*, cit., p. 73.

⁸ H. ARENDT, *Los orígenes del totalitarismo*, cit., p.408.

⁹ I. KANT, *La paz perpetua*. Editorial Tecnos, 8ª edición, Madrid, 2014, pp.16-37.

¹⁰ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.29. El derecho entendido también como la consagración positiva de una determinada teoría de la justicia.

Por ello, lo que se propone este estudio, es analizar la respuesta jurisprudencial en materia de movilidad humana¹¹ de un tribunal internacional en particular (Corte Interamericana de Derechos Humanos, en adelante, Corte IDH), desde la perspectiva del cosmopolitismo. En efecto, es posible analizar las respuestas normativas y jurisprudenciales de los Estados (y también de los tribunales internacionales) desde la perspectiva del análisis filosófico, en la medida en que las políticas migratorias y la determinación de su validez normativa desde la perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (análisis que realiza un tribunal internacional), reflejan la aplicación de principios de justicia concretos¹².

Frente a los desafíos que tiene nuestro mapa normativo frente a la exigencia de universalidad de los derechos y el fenómeno de las migraciones transnacionales, sostendré que la Corte IDH adopta una mirada que tiende hacia el cosmopolitismo, pues se interpretan las normas internacionales de manera de darles un contenido acorde a la exigencia de universalidad de los derechos. Esta mirada cosmopolita, sin embargo, aún se encuentra vinculada a una concepción kantiana de hospitalidad universal, pero es un punto de partida para el desarrollo de conceptos y argumentos que se adapten a las exigencias de la realidad y efectividad de los derechos.

Para desarrollar estas ideas, en primer término se explicará que significa asumir una mirada cosmopolita. Asimismo, se desarrollarán dos enfoques del cosmopolitismo que tienen una influencia directa en el análisis de la movilidad humana: la solidaridad global y la ciudadanía. En segundo lugar, desde estos referentes filosóficos, se analizará la jurisprudencia de la Corte IDH en materia de movilidad humana en relación a dos aspectos en particular: la nacionalidad y apatridia, y los derechos de las personas en situación administrativa migratoria irregular. Finalmente, se expondrán algunas conclusiones generales y se esbozarán algunos de los principales desafíos que, desde la perspectiva del cosmopolitismo, ponen de manifiesto los casos que llegan a los tribunales internacionales.

1.1.- La mirada cosmopolita

El cosmopolitismo es una tradición filosófica que hunde sus raíces

¹¹ Me refiero a movilidad humana en general y no solo a migración, por ser un concepto más comprensivo de todo el fenómeno de movilidad internacional de personas (migración, refugio, desplazamiento, etc.).

¹² J.C VELASCO. "Dejando atrás las fronteras. Las políticas migratorias ante las exigencias de la justicia global". *Arbor*, núm. 744, 2010, p.586.

en la filosofía de los antiguos (estoicos)¹³, retomada y asentada por Kant en el siglo XVIII¹⁴ y, reposicionada en la década de los 90' en el contexto de la globalización desde una perspectiva jurídica, moral y social. Calificando los cosmopolitismos, Pogge se refiere a la existencia de un cosmopolitismo ético, legal, de justicia social y monista¹⁵. Mientras que el cosmopolitismo legal se preocupa del diseño de instituciones cosmopolitas (es decir, que tengan como objetivo preeminente que todos los seres humanos tengan acceso al objeto de todos sus derechos humanos), el cosmopolitismo ético se preocupa de las responsabilidades que los agentes humanos tienen específicamente en relación a las instituciones sociales y otros seres humanos¹⁶.

A diferencia de otros *ismos*, el cosmopolitismo abarca primariamente perspectivas de cómo deberían ser las cosas, no solo de cómo son¹⁷. La idea central de estas evaluaciones y prescripciones es la de incluir a todos los seres humanos como iguales¹⁸. En este sentido, la propuesta cosmopolita coincide en que la perspectiva ética implica la consideración de que cada individuo tiene una importancia global como unidad última de incumbencia moral¹⁹.

Pese a las dificultades de caracterizar el cosmopolitismo como propuesta filosófica en atención a sus múltiples variantes y fundamentos²⁰, expondré a grandes rasgos algunos aspectos comunes de las propuestas cosmopolitas, de manera de contar con un parámetro

¹³ Los estudiosos de la materia sitúan a Diógenes, en la antigua Grecia, como el primer expositor de esta filosofía, quien criticando la contraposición entre "nosotros" y los "otros", indicó que lo que lo sustituía era el "cosmopolitismo", entendido como aquello que sobrepasa y mezcla fronteras, véase: U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*. Paidós, Barcelona, 2004, p.70.

¹⁴ I. KANT. *Sobre la paz perpetua*, cit. Sobre el cosmopolitismo kantiano, puede consultarse: F. LLANO. *El humanismo cosmopolita de Immanuel Kant*. Dykinson e Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas Universidad Carlos III de Madrid", Madrid, 2002.

¹⁵ Estos dos últimos son un desarrollo específico del cosmopolitismo ético en relación a las instituciones sociales, véase: T. POGGE. "Cosmopolitismo". *Precedente*, 2010, pp.143-169. Otra clasificación similar es propuesta por Beitz, quien distingue entre cosmopolitismo "institucional" (forma en que las instituciones políticas deben desarrollarse) y "moral" (base en que las instituciones cosmopolitas pueden ser justificadas), véase: C. BEITZ. "International liberalism and distributive justice. A survey of recent thought". *World Politics* vol. 51, núm. 2, 1999, pp.269-296.

¹⁶ T. POGGE. "Cosmopolitismo", cit., p.145.

¹⁷ *Ibidem*, p.143.

¹⁸ *Ibidem*, p.144.

¹⁹ R. SANTIAGO. "Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano". *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política*, núm. 9, 2009, p.14.

²⁰ Un análisis de los diversos "cosmopolitismos" y sus variantes se puede encontrar en: P. KLEINGELD. "Six Varieties of Cosmopolitanism in Late Eighteenth-Century Germany." *Journal of the History of Ideas*, núm. 60, 1999, pp.505-524.

de análisis respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH. Estos elementos son los que constituyen en definitiva, lo que Beck llama tener una "mirada cosmopolita"²¹ o lo que Pérez de la Fuente califica como "virtud cosmopolita"²². En esta "mirada" o "virtud" podemos identificar dos características de la propuesta del cosmopolitismo ético: la igualdad moral de todos los individuos y la ética de la alteridad.

a) Igualdad moral de todos los individuos: Un elemento común a todas las definiciones del cosmopolitismo ético es el principio según el cual la vida, los intereses, las necesidades, las expectativas o las pretensiones de todos los seres humanos tendrían un mismo valor²³. Como destaca Nussbaum, el ideal cosmopolita es aquel que considera que el compromiso moral de las personas abarca a toda la comunidad de seres humanos²⁴. Pero la igualdad del valor moral de las personas no es algo propio de los cosmopolitas. Lo propio de los cosmopolitas es la aceptación de que este igual valor moral es el factor más relevante desde el punto de vista moral a la hora de tomar decisiones²⁵. La defensa de los principios de igualdad moral de los individuos se defienden destacando que la cultura, la nacionalidad, la ciudadanía, etc. no pueden ser factores que contribuyan a otorgar preferencia moral a unos individuos por sobre otros²⁶. Como veremos más adelante, la propuesta de Nussbaum desarrolla especialmente este argumento, rechazando que el alcance de los principios de la justicia pueda establecerse aceptando que las fronteras que delimitan a los grupos puedan tener valor moral.

²¹ Para Beck la mirada cosmopolita implica "[...] sentido del mundo, sentido de la ausencia de fronteras. Quiere decir una mirada cotidiana, históricamente despierta y reflexiva, una mirada dialógica a las ambivalencias que existen en el entorno caracterizado por las diferenciaciones en el proceso de desaparición y las contradicciones culturales", véase: U. BECK. *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*. Paidós, Barcelona, 2015, p.12.

²² Para Pérez de la Fuente, lo que caracteriza al cosmopolitismo es "un particular análisis que replantea las habituales connotaciones de los discursos identitarios y, en especial, de las visiones de la alteridad, defendiendo como horizonte moral relevante a la Humanidad en su conjunto", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, pp. 70-71. La virtud cosmopolita, en este sentido, "comprende una serie de prácticas y disposiciones morales que sirven para negar como fundamentación moral válida al etnocentrismo y, a la vez, negar la fundamentación moral válida al relativismo", en: *Ibidem*, p.71.

²³ F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p.34.

²⁴ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo". En: VV.AA. *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y "ciudadanía cosmopolita"*. Paidós, Barcelona, 2013, p.14.

²⁵ F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo, cit.*, p.36.

²⁶ *Ídem*.

b) Ética de la alteridad: La propuesta cosmopolita supone asumir una ética de la alteridad²⁷ en el sentido de considerar la importancia del otro, no rechazando la otredad de los otros, sino reconociéndola en un horizonte de igualdad asumida²⁸. Como destaca Beck, la pregunta central del cosmopolitismo se vincula a responder ¿qué piensas de la otredad de los otros?²⁹. La valoración del otro se logra a través de una distancia irónica de la propia tradición, lo que supone valorar al otro sin abandonar la propia identidad³⁰. En este sentido, Nussbaum desmitificando las críticas dirigidas hacia el cosmopolitismo referidas a su incompatibilidad con la idea de "identidades" y, refiriéndose a los estoicos, indica que asumir el cosmopolitismo no implica renunciar a las identificaciones locales, por el contrario, significa pensarnos como seres rodeados de "una serie de círculos concéntricos", donde estaría el yo, la familia, los grupos locales, los conciudadanos, los compatriotas, etc. Alrededor de estos círculos estaría el mayor de todos, que es la humanidad completa³¹.

1.2.- Mirada cosmopolita y movilidad humana

En torno a la migración, la mirada cosmopolita desarrolla dos debates que resultan relevantes. Por una parte, la tensión que existe entre ciudadanía, nacionalidad y derechos y, por otra, releva el papel de la solidaridad en relación a los no nacionales.

1.2.1- Nacionalidad, ciudadanía y derechos

En cuanto a la primera cuestión que vincula la filosofía del cosmopolitismo y la migración, encontramos propuestas que se refieren a la tensión que existe entre la ciudadanía asociada a la nacionalidad y la garantía universal de los derechos humanos. Respecto de esta problemática me referiré a las propuestas que realizan Martha Nussbaum, Seyla Benhabib y Jürgen Habermas. Aunque los tres

²⁷ Ética de la alteridad entendida como otorgar "valor moral genuino en el ejercicio de la sensibilización, reflexibilidad y aprendizaje a partir de la visión del otro", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.86. Esto supone, desde la perspectiva cosmopolita, "alejarse tanto de los excesos del etnocentrismo como de los excesos del relativismo, en tanto sitúa al otro en el momento genuinamente ético mediando el elemento de la reciprocidad", véase: *Ibidem*, pp.87-88.

²⁸ U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.72.

²⁹ *Ibidem*, p.70.

³⁰ O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.82.

³¹ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, pp.27-28.

abordan la problemática desde diversas perspectivas³², Nussbaum en relación a la disyuntiva entre cosmopolitismo y patriotismo³³, Benhabib analizando la universalidad de los derechos³⁴ y Habermas estudiando la crisis del Estado-nación³⁵, estos tres autores dan cuenta de la paradoja entre la exigencia de derechos universales y la definición de los Estados-soberanos de criterios de pertenencia a la comunidad política, con el consecuente desarrollo de privilegios, o "entre los principios expansivo e inclusivo del universalismo moral y político, anclado en los derechos humanos universales y las concepciones particularistas y excluyentes del cierre democrático"³⁶.

Martha Nussbaum en su ensayo sobre "Patriotismo y cosmopolitismo" desarrolla un concepto de "ciudadanía cosmopolita"³⁷, que consistiría en aquel concepto que entiende que la ciudadanía no puede fundarse en la nacionalidad como vínculo de pertenencia a una comunidad política, sino que "en la medida en que se basa en la titularidad de unos derechos inalienables ejercidos en el espacio público, los derechos ciudadanos deben extenderse a todos aquellos que comparten dicho espacio"³⁸. Los fundamentos de esta ciudadanía cosmopolita se encontrarían en la afirmación de Nussbaum que postula la irrelevancia moral de las fronteras: "el accidente de donde se ha nacido no es más que esto, un accidente; todo ser humano ha nacido en alguna nación. Una vez admitido esto [...] no debemos permitir que las diferencias de nacionalidad, clase, de pertenencia étnica o incluso de género erijan fronteras entre nosotros y ante sus semejantes"³⁹. Siguiendo con esta argumentación la autora plantea que a las fronteras se les ha dado un "falso aire de gloria y peso moral"⁴⁰. Lo que merece

³² Y también desde diferentes posiciones, mientras que Nussbaum y Habermas serían liberales deudores de la tradición kantiana (globalismo liberal), Benhabib es caracterizada como una autora representante de un cosmopolitismo alternativo y dialógico, véase: F. ARCOS. "El cosmopolitismo con adjetivos: las alternativas sentimental y dialógica al globalismo liberal". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 28, 2013, pp.255-290.

³³ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*

³⁴ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*

³⁵ J. HABERMAS. *La constelación posnacional. Ensayos políticos*. Paidós, Barcelona, 2000.

³⁶ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*, p.24.

³⁷ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, p.26.

³⁸ N. MILLÁN. "Una doctrina cosmopolita para un mundo interdependiente". *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 25, 2013,p.19.

³⁹ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, p.28.

⁴⁰ *Ibidem*, p.30. Esta propuesta no implica, como destaca Beck una propuesta postmoderna de negación de la existencia de fronteras, sino más bien, se plantea cómo "construir fronteras de otra clase, específicas según el contexto, variables, plurales, teniendo en cuenta que la soberanía del Estado pierde su univocidad", véase: U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.87.

respeto es la humanidad en su conjunto. Esto no significa la negación de las identidades ni de su importancia, pues como vimos a propósito de la igualdad moral de los sujetos, Nussbaum indica que nos debemos pensar como seres rodeados de una serie de círculos concéntricos (de lo local a lo global), donde el círculo mayor está conformado por la humanidad entera⁴¹. El reconocimiento del igual valor moral de las personas en la explicación de Nussbaum tiene consecuencias prácticas en la forma en que se reacciona frente a lo diferente.

Por su parte, Benhabib, tomando los planteamientos de Hannah Arendt⁴², reivindica el derecho de todo ser humano a "tener derechos", es decir, ser una persona *legal*, con ciertos derechos inalienables, no importando cual sea su condición de membresía política⁴³. La perspectiva de Benhabib se vincula con una determinada ética discursiva y su planteamiento respecto de la integración en los discursos⁴⁴.

Siendo crítica del planteamiento kantiano que se limita a las condiciones de hospitalidad universal en relación a los residentes temporarios, la autora plantea que el derecho del residente a ser miembro de la comunidad política debe verse como un derecho humano⁴⁵. Para Benhabib, la solución a la tensión planteada inicialmente pasa por incorporar los derechos de ciudadanía a un régimen universal de derechos humanos. Para la autora esto seguiría sujeto a ciertas condiciones "los términos y condiciones bajo los cuales puede otorgarse la condición de miembro a largo plazo siguen siendo prerrogativa del soberano republicano. Pero aquí también deben respetarse las condicionantes que imponen los derechos humanos, tales como la no discriminación y el derecho del inmigrante a un debido proceso"⁴⁶. En este punto Benhabib también es crítica con Arendt, pues plantea que su desarrollo conceptual del "derecho a tener derechos" deja inconclusa la tensión que se presenta cuando ese derecho se entiende en el marco del

⁴¹ M. NUSSBAUM. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*, p.29. Asimismo, plantea que el énfasis en lo común no entraña la eliminación de la diversidad ni la preocupación moral por los parientes o los cercanos. Una cuestión es que nos preocupemos de lo local porque es una forma sensata de hacer el bien y otra es que pensemos que lo local es *per sé* mejor, véase: M. NUSSBAUM. "Réplica". En: VV.AA *Los límites del patriotismo: identidad, pertenencia y ciudadanía mundial*, *cit.*, p.172.

⁴² H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, *cit.*

⁴³ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, *cit.*, p.15.

⁴⁴ "Cada persona y todo agente moral que tiene intereses y a quienes mis acciones y las consecuencias de mis acciones puede impactar y afectar de una manera u otra, es potencialmente participante en la conversación moral conmigo: tengo la obligación moral de justificar mis acciones con razones ante este individuo o los representantes de este ser", *Ibidem*, p.21.

⁴⁵ *Ibidem*, p.40.

⁴⁶ *Ídem*.

Estado-nación⁴⁷. Al igual que Kant, Benhabib destaca que Arendt no repara en el hecho de que cualquier decisión de la comunidad política generará criterios de exclusión pues la paradoja de la autodeterminación democrática "lleva al soberano democrático a la autoconstitución así como a la exclusión"⁴⁸.

¿Cómo escapa Benhabib a estos dilemas? La autora plantea que el tránsito desde una soberanía autoreferencial hacia una soberanía relacional está dada por considerar que en el contexto de la comunidad mundial la interacción entre estados e individuos exige negociaciones a través de iteraciones democráticas, que en definitiva permitan que las distinciones entre "ciudadanos" y "extranjeros", "nosotros" y el "otro", sean fluidas y negociables. Esta negociación permanente permite avanzar hacia una sociedad donde todos los seres humanos –solo por su humanidad– están bajo la red de derechos universales, reduciéndose poco a poco los privilegios excluyentes de la membresía⁴⁹. La autora no niega la existencia de la soberanía estatal, sino que establece que ésta es relacional y, por tanto, exige negociación⁵⁰.

La membresía, desde la perspectiva de la autora, es un derecho que se puede argumentar desde una justificación de los derechos basada en las libertades comunicativas. Benhabib lo explica de la siguiente manera: "Si usted y yo entramos en un diálogo moral y yo soy miembro de un Estado del cual usted busca ser miembro y no lo es, entonces debo poder mostrarle con buen fundamento, con un fundamento que sería aceptable para ambos igualmente, por qué no puede nunca pertenecer a nuestra asociación y convertirse en uno de nosotros. Deben ser fundamentos que usted aceptaría si estuviera en mi situación y yo en la suya. Nuestras razones deben ser recíprocamente aceptables; deben aplicarse por igual a cada uno de nosotros"⁵¹. ¿Hay tal fundamento? La autora plantea que no, pues al aceptar algún

⁴⁷ *Ibidem*, p.56.

⁴⁸ *Ibidem*, p.57. Pérez de la Fuente también se refiere a la paradoja democrática en relación a la migración: "La paradoja democrática supone afirmar que existe un déficit de representación entre la comunidad social y la comunidad política de ciudadanos", véase: O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Inclusión, redistribución y reconocimiento: algunas paradojas sobre los inmigrantes". En: I. CAMPOY. (ed). *Una discusión sobre la universalidad de los derechos humanos y la migración, cit.*, p.253.

⁴⁹ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos, cit.*, p.26.

⁵⁰ La autora utiliza el concepto de "iteración democrática" para entender estos contextos de negociación. Las iteraciones democráticas son "procesos complejos de argumentación, deliberación e intercambio público a través de los cuales se cuestionan, contextualizan, invocan y revocan, afirman y posicionan reivindicaciones y principios de derechos universalistas, tanto en las instituciones legales y políticas como en las asociaciones de la sociedad civil", en: S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos, cit.*, p.130.

⁵¹ *Ibidem*, p.103.

fundamento se estaría reduciendo la capacidad de ejercer la libertad comunicativa a aquellas características que le fueron dadas a las personas por accidente y que no fueron elegidas (como la raza, género, religión, etnicidad, etc.)⁵².

Introduciéndose en el debate del nacionalismo, la autora entra en diálogo con Walzer⁵³ y critica su visión relativa a la importancia del "cierre" como determinante para mantener la distintividad de grupos y culturas y las consecuencias que esta determinación tiene para las políticas de migración (es decir, no existiría ninguna obligación moral de facilitar la naturalización). Indica que no es correcto plantear el debate en términos de sostener que entre el dualismo entre los principios universales de derechos humanos y las exigencias de autodeterminación soberana se debería inclinar siempre la balanza a favor de la autodeterminación colectiva (como lo plantearía Walzer), sino que más bien hay que observar que en las sociedades actuales las tradiciones culturales consisten en narrativas de interpretación, reinterpretación, apropiación y subversión⁵⁴. El error consistiría en confundir el *ethnos* con el *demos*.

Finalmente, Habermas, aborda la problemática que tratamos en el contexto de su análisis de la crisis del Estado-nación y lo que el llama la "constelación posnacional"⁵⁵. El autor plantea que frente a la globalización se han desarrollado dos retóricas "la imagen del señor territorial al que se le escapa de las manos el control de sus fronteras ha hecho entrar en liza estrategias retóricas contrapuestas"⁵⁶. Por una parte, una retórica defensiva que parte de la función de protección que resulta del monopolio de la fuerza que tiene el Estado para poder mantener la ley y el orden en su territorio (voluntad política de cierre). Esta retórica defiende una pasión proteccionista que se opone a las amenazas externas, que se asocian no solo al terrorismo o la economía, sino también a todo lo extranjero, los emigrantes y las oleadas de refugiados⁵⁷. Por otra, la pasión libertaria saluda la apertura de las fronteras, tanto las territoriales como las sociales, abogando por una liberación de los sometidos a la autoridad normalizadora de las regulaciones estatales⁵⁸.

⁵² *Ídem*. Este argumento es similar al planteado por Nussbaum que vimos anteriormente y que se refiere a la arbitrariedad moral de las fronteras.

⁵³ M. WALZER. *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*. Fondo de Cultura Económica, México, 1997.

⁵⁴ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos, cit.*, p.91.

⁵⁵ J. HABERMAS. *La constelación posnacional. Ensayos políticos, cit.*, pp. 59-166.

⁵⁶ *Ibidem*, p.108.

⁵⁷ *Ídem*.

⁵⁸ *Ídem*.

En la disyuntiva entre estas alternativas, el autor propone una política transnacional que amarre y limite las redes globales. La globalización fuerza al Estado-nación a abrirse, en su interior, a una pluralidad de formas de vidas culturales nuevas o extrañas y, al mismo tiempo, restringe la capacidad de acción de los gobiernos nacionales ya que fuerza a los Estados soberanos a abrirse a otros Estados⁵⁹. En cuanto al trinomio nacionalidad-ciudadanía-derechos, Habermas destaca que tal y como se ha construido el Estado moderno, el concepto de identidad nacional, asociada a la idea de pueblo como una comunidad política que genera lazos comunes a partir de una historia común, decanta jurídicamente en la noción de ciudadano/a, y son los ciudadanos/as quienes configuran las leyes que los gobiernan y, en ese entendido, generan lazos de solidaridad conjunta y obediencia al derecho. En este sentido, la auto-conciencia nacional, se ha construido en base a la igualdad de los ciudadanos/as en el Estado democrático⁶⁰. El planteo cosmopolita, sin embargo, intenta superar estas cuestiones planteando, entre otros fundamentos, que la identidad nacional explicada en el sentido anterior es una construcción artificial favorecida por el derecho y la cultura de masas y, por ello, "son precisamente las artificiales condiciones de la aparición de la conciencia nacional las que hablan en contra del supuesto derrotista de que la solidaridad entre ciudadanos extraños solo puede producirse dentro de las fronteras de una nación"⁶¹.

Habermas sostiene que la solidaridad es un proceso de aprendizaje que puede ser favorecida por la autocomprensión normativa de la modernidad asociada a un universalismo igualitario, pero esta vez no vinculada a la noción de ciudadano asociada a un Estado-nación determinado⁶². La auto-conciencia común no podría estar vinculada a la ética y política tomada de otras tradiciones, sino que requiere de una autocomprensión jurídico-moral⁶³, que en el marco normativo, son los derechos humanos. En relación al disfrute de los derechos, esto supondría para Habermas plantearse dos opciones: "Podemos representarnos la extensión universal de los derechos humanos de la siguiente forma: todos los Estados existentes transforman sus Estados democráticos de derecho –no sólo nominalmente-, mientras a cada individuo se le concede el derecho a elegir una nacionalidad. Evidentemente, estamos muy lejos de alcanzar este objetivo. Una

⁵⁹ *Ibidem*, p.112.

⁶⁰ *Ibidem*, p.133.

⁶¹ *Ídem*.

⁶² Como señala Habermas, "esta autocomprensión ético-política de los ciudadanos de una determinada comunidad política es la que le falta a una comunidad de ciudadanos del mundo inclusiva", véase: *Ibidem*, p.140.

⁶³ *Ídem*, p.140.

alternativa podría consistir en que cada uno, como ciudadano del mundo, alcanzara un directo y efectivo disfrute de los derechos humanos⁶⁴. Para el autor, en este sentido, frente a la tensión que representa la construcción actual de la ciudadanía, la propuesta estaría basada en la construcción de una ciudadanía cosmopolita. La plasmación de estos conceptos en la materia que trata este estudio, lleva entonces a reconsiderar el modelo de ciudadanía vigente que se fundamenta sobre el concepto de Estado nación de tal forma que los derechos y deberes se encuentran asociados a la pertenencia a un Estado.

En definitiva, como hemos visto en el planteamiento de los/as autores/as referidos/as, la crítica cosmopolita al planteamiento tradicional de la relación entre ciudadanía-nacionalidad-derechos, pasa por la necesidad de hacer efectiva la garantía de los derechos con independencia de la membresía política de las personas. Aunque esto se fundamenta de diversas maneras (irrelevancia moral de las fronteras, ampliación del *demos* o la universalidad de los derechos humanos), lo cierto es que la crítica cosmopolita exige priorizar el análisis del alcance de aquellas propuestas de redefinición de los privilegios de la ciudadanía o la nacionalidad⁶⁵.

1.2.2- Solidaridad global

La perspectiva de la solidaridad global es otra materia de la que se ocupa la mirada cosmopolita. Como destaca Pérez de la Fuente, el cosmopolitismo como virtud moral desarrolla la "ética de la alteridad, una distancia irónica de la propia tradición, el diálogo y la crítica transcultural, un compromiso con la paz y , también, un replanteamiento los habituales enfoques sobre la solidaridad humana"⁶⁶.

La solidaridad cosmopolita intenta justificar porqué tenemos obligaciones respecto de otros que no son nuestros connacionales, es decir, justifica obligaciones que atraviesan las fronteras. Permite responder a las preguntas ¿cuáles son los deberes de un Estado frente a inmigrantes y refugiados? La virtud cosmopolita redefine los lazos de solidaridad y el comportamiento virtuoso en este contexto, lo que se manifiesta en ciertos deberes positivos respecto de las alteridades, más allá del círculo del nosotros⁶⁷.

⁶⁴ *Ibidem*, p.153.

⁶⁵ J. DE LUCAS. "Ciudadanía: concepto y contexto. Algunas observaciones desde Principia Iuris de L. Ferrajoli". *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2013, pp.101-124.

⁶⁶ O. PÉREZ DE LA FUENTE. "Algunas estrategias para la virtud cosmopolita", *cit.*, p.97.

⁶⁷ *Ibidem*, pp.97-100.

El punto de partida de esta perspectiva la encontramos en Kant y su postulado de la hospitalidad universal⁶⁸. Para Kant ésta no debe entenderse como una virtud de generosidad, sino como un derecho que pertenece a todos los seres humanos en la medida que los veamos como participantes de la república mundial⁶⁹. Este derecho implicaría el no recibir un trato hostil por el mero hecho de llegar al territorio del otro y sería un derecho que se encontraría en el sitio intermedio entre derechos humanos universales y derechos civiles asociados a la condición de ciudadano/a. Para Kant este derecho sería para aquellos residentes temporarios, sin embargo, no permitiría fundamentar la extensión de esta calidad hacia una de pertenencia definitiva a la comunidad política. Esto último seguiría siendo prerrogativa legal del Estado soberano. Benhabib destaca que el planteamiento kantiano de hospitalidad universal correspondería a un deber moral imperfecto de ayudar y ofrecer refugio⁷⁰.

Esta perspectiva kantiana ha sido revisada en el desarrollo del concepto de la solidaridad cosmopolita y se plantea que el cosmopolitismo de Kant, en este sentido, sería "light" no siendo compatible con derechos humanos universales⁷¹. A partir de esta consideración, las teorías contemporáneas que revisan el planteamiento kantiano van más allá de la noción de hospitalidad y se fundamentan en la constatación de redes de interdependencia extensas que trascienden el Estado céntrico delimitado territorialmente⁷². En efecto, las teorías neokantianas y sus análisis en relación a la migración se basan en teorías redistributivas a nivel global. La agenda del cosmopolitismo moral contemporáneo viene incluyendo no sólo la defensa de la universalidad de los derechos civiles y políticos, sino también la de los derechos económicos, sociales y culturales⁷³. Fiss, aterrizando la problemática planteada, indica que el problema con la migración y los derechos se da principalmente por las distinciones que realizan los Estados en relación al disfrute de derechos sociales y que conllevan una especie de "discapacidad social", al establecer prohibiciones para trabajar, o negaciones de servicios médicos. Todas estas exclusiones

⁶⁸ El tercer artículo definitivo para la paz perpetua se expresa de la siguiente manera: "El derecho cosmopolita debe limitarse a las condiciones de una hospitalidad general", véase: I. KANT. *La paz perpetua*, cit., p.32.

⁶⁹ S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.30.

⁷⁰ *Ibidem*, p.36.

⁷¹ R. SANTIAGO. "Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano", cit., p.14.

⁷² S. BENHABIB. *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.37.

⁷³ F. ARCOS. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.19.

generan la creación de "castas" de población en relación a las instituciones sociales y los inmigrantes corren el riesgo de convertirse en "parias"⁷⁴.

En las propuestas contemporáneas de cosmopolitismo que desarrollan la solidaridad global podemos encontrar el cosmopolitismo de Pogge y Singer⁷⁵. En general estas posiciones se oponen a aquellas que consideran que si bien la igualdad es una exigencia fundamental de la justicia, los deberes que derivan de esta sólo imperan en las relaciones entre conciudadanos o compatriotas⁷⁶.

Singer, desarrolla una ética vinculada a los deberes para con la humanidad, entendidas como exigencias independientes de cualquier vínculo o interacción especial entre las personas. Es decir, surgen de la preocupación "que hemos de tener por las necesidades básicas de todas las personas por el mero hecho de serlo"⁷⁷. La tesis central de Singer consiste en sostener que "los intereses de todas las personas deben contar por igual y que la localización geográfica y la ciudadanía no tienen valor por sí mismos a la hora de determinar los derechos y las obligaciones de los individuos"⁷⁸. La propuesta del autor implica la ampliación de nuestro círculo moral, basado en un universalismo imparcial, es decir, la motivación para expandir el círculo se basa en la razón. Pero la propuesta de Singer no implica una obligación de ayudar sin límites, por una parte estaría el límite de la satisfacción de las propias necesidades básicas y la de los parientes⁷⁹ y, por otra, la de la equivalencia del sacrificio (cuando el sacrificio es moralmente comparable al mal que podemos evitar ayudando). Aplicando estas perspectivas a la temática de la migración, en su "Ética práctica"⁸⁰, Singer dedica un título a la migración y el refugio. En este capítulo el

⁷⁴ O. FISS. "El inmigrante como paria". En: *Una comunidad de iguales: la protección constitucional de los nuevos ciudadanos*. Fontamara, México D.F., 2008, pp.29-44.

⁷⁵ Aunque ambos autores pueden ser distinguidos como representantes de diversos cosmopolitismos (cosmopolitismo de la "justicia" y cosmopolitismo de la "humanidad", sobre esta distinción, véase: Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., pp.43-49), a efectos del análisis del cosmopolitismo en relación con la migración, en ambas perspectivas podemos encontrar fundamentos para sostener deberes en relación a los no nacionales.

⁷⁶ *Ibidem*, p.42.

⁷⁷ *Ibidem*, p.44.

⁷⁸ P. SINGER. "Poverty, Facts and Philosophies. A response to more than charity". *Ethics & International Affairs* vol. 16, núm. 2, 2002, p.121.

⁷⁹ Aunque la justificación de esto sería solo un medio para conseguir el mejor resultado imparcialmente considerado, estableciendo un sistema de responsabilidades que de otro modo sería imposible de lograr, véase: Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.99.

⁸⁰ P. SINGER. *Ética Práctica*. Cambridge University Press, 2ª edición en español, Gran Bretaña, 1995.

autor destaca que el tema del refugio⁸¹ es un ámbito donde se pueden poner en práctica las discusiones acerca de los límites de nuestra comunidad moral. Frente a esta cuestión Singer se pregunta, ¿es éticamente justificable la diferencia de trato a los residentes y no residentes?⁸² En atención a su posición respecto de la existencia de deberes hacia la humanidad que hemos explicado, Singer argumenta que bajo la consideración de la igualdad de intereses entre quienes solicitan la entrada a un país y los miembros de la comunidad, existiría una obligación de aceptar el ingreso de personas hasta que el sacrificio de la comunidad pueda ser ciertamente (y no especulativamente) similar al daño que se quiere evitar con la no aceptación de refugiados e inmigrantes⁸³.

Pogge frente a la pregunta de ¿qué le debemos a los otros? Parte por fundamentar que el origen de las obligaciones se basa en constatar que estamos relacionados con los otros no solo por nuestra pertenencia común a la "humanidad", sino también porque somos "sostenedores y beneficiarios de un orden institucional global que contribuye sustancialmente a su empobrecimiento"⁸⁴. A diferencia de Singer (cosmopolita de los "deberes de humanidad"), Pogge desarrolla su fundamentación basado en "deberes de justicia" derivados de responsabilidades comunes. En este sentido, siguiendo la línea kantiana, este tipo de cosmopolitismo basa los deberes en el resultado de las interacciones y la interdependencia de los individuos⁸⁵. La propuesta de Pogge se enmarca también en lo que el cosmopolitismo explica como la existencia de una "globalidad de espacios de la experiencia", es decir, la existencia de espacios comunes de interacción que nos afectan a todos/as de manera igualitaria (por ejemplo, el cambio climático), lo que implica la adopción de respuestas comunes que trasciendan las fronteras. Como destaca Beck, la globalidad de los espacios de la experiencia surge de la infracción de normas que aseguran la

⁸¹ Aunque Singer trata el tema del refugio y no específicamente el de la migración irregular, sus reflexiones también pueden ser aplicables a estos casos, pues el mismo autor desarrolla una argumentación que destaca la inconveniencia de distinguir entre refugio tal y como ha sido definido en el ámbito de Naciones Unidas y las migraciones que se producen, por ejemplo, por motivos económicos o ambientales, véase: *Ibidem*, p.312.

⁸² *Ibidem*, p.315.

⁸³ *Ibidem*, p. 326.

⁸⁴ "But the debate ignores that we are also and much more significantly related to them as supporters of, and beneficiaries from, a global institutional order that substantially contributes to their destitution", véase: T. POGGE. "Moral universalism and global economic justice". *Politics, philosophy & economics*, núm. 1, 2002, p.50.

⁸⁵ Arcos, Federico. *La justicia más allá de las fronteras. Fundamentos y límites del cosmopolitismo*, cit., p.121.

supervivencia moral de todos y de la percepción de que las consecuencias lo son para todos⁸⁶.

En relación a las migraciones, Pogge desarrolla estas ideas sosteniendo que "las terribles condiciones de vida en el extranjero están causadas –mayoritariamente– por la exclusión económica de los pobres globales practicada por los ciudadanos y los gobernantes de los países ricos"⁸⁷. Para la gestión de esta problemática –desde la perspectiva de la eficiencia– Pogge sostiene que la mejor manera de colaborar en la superación de la pobreza global sería la cooperación con países pobres (antes que políticas de apertura de fronteras)⁸⁸, sin que ello implique que respecto de los inmigrantes que ya se encuentran en los países no se tenga una especial consideración (por la responsabilidad moral que se tendría hacia los extranjeros necesitados), que considere mayor admisión de extranjeros y la igualdad de ciudadanía para los que ya están⁸⁹.

En definitiva, las propuestas del cosmopolitismo que buscan redefinir los contornos de la solidaridad global, tienen implicancias directas en temas de movilidad humana, pues se argumenta sobre la base de la apertura de las fronteras de nuestra comunidad moral.

2.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Sobre movilidad humana la Corte IDH se ha pronunciado tanto a través de su jurisprudencia contenciosa, como en opiniones consultivas⁹⁰. En este trabajo en particular, y con el objeto de analizar la perspectiva que asume la Corte IDH frente a la protección de los derechos humanos por parte de los Estados en relación a no nacionales, analizaré dos situaciones: a) nacionalidad y apatridia y b) derechos de los inmigrantes en situación administrativa irregular.

2.1- Nacionalidad y apatridia

Sobre la cuestión de la nacionalidad, la apatridia y su vinculación con el goce y ejercicio de derechos humanos encontramos dos

⁸⁶ U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global, cit.*, p.77.

⁸⁷ T. POGGE. "Migraciones y pobreza". *Arbor*, núm. 744, 2010, p. 580.

⁸⁸ Para Pogge los esfuerzos deberían estar destinados a la creación de un programa de erradicación de la pobreza global, véase: *Ibidem*, p.572.

⁸⁹ *Ibidem*, p.571.

⁹⁰ Una compilación de la jurisprudencia contenciosa y consultiva de la Corte IDH en materia de migración puede ser consultada en: Corte IDH. *Cuadernillos de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N°2: Migrantes*. San José: Corte IDH, 2015. Disponible en:

<<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>>

pronunciamientos relevantes de la Corte IDH: el caso "niñas Yean y Bosico"⁹¹ y el caso de "personas haitianas y dominicanas expulsadas"⁹², ambos contra República Dominicana.

Sin embargo, un primer antecedente sobre estas materias en el seno de la Corte IDH lo encontramos en la Opinión Consultiva N°4 sobre naturalización solicitada por Costa Rica⁹³. En dicha oportunidad el Gobierno de Costa Rica consulta a la Corte IDH sobre la compatibilidad de una propuesta de reforma a las normas de naturalización y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante, CADH). Para dilucidar la cuestión la Corte IDH parte por plantear su perspectiva en relación al derecho a la nacionalidad e indica:

"La nacionalidad, conforme se acepta mayoritariamente, debe ser considerada como un estado natural del ser humano. Tal estado es no sólo el fundamento mismo de su capacidad política sino también de parte de su capacidad civil. De allí que, no obstante que tradicionalmente se ha aceptado que la determinación y regulación de la nacionalidad son competencia de cada Estado, la evolución cumplida en esta materia nos demuestra que el derecho internacional impone ciertos límites a la discrecionalidad de los Estados y que, en su estado actual, en la reglamentación de la nacionalidad no sólo concurren competencias de los Estados sino también las exigencias de la protección integral de los derechos humanos"⁹⁴.

En esta primera aproximación la Corte IDH es cauta y solo establece como potenciales violaciones al derecho a la nacionalidad la privación arbitraria de la misma⁹⁵, pero no se refiere ni entra en el debate en cuanto a los requisitos para su obtención. En esto, deja amplio margen de apreciación a los Estados. En este amplio margen de apreciación la Corte IDH considera como válidos requisitos tales como la adhesión a los valores sociales:

"En esa perspectiva, la Corte reitera el ya expresado señalamiento según el cual, a los efectos del otorgamiento de la naturalización, es el Estado que la concede el llamado a apreciar en qué medida existen y cómo deben apreciarse las condiciones que garanticen que el aspirante a obtenerla esté efectivamente vinculado *con el sistema de valores e intereses de la sociedad a la que pretende pertenecer plenamente*. En

⁹¹ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130.

⁹² Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282.

⁹³ Corte IDH. Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Opinión Consultiva OC-4/84 de 19 de enero de 1984. Serie A No. 4.

⁹⁴ *Ibidem*, párr. 32.

⁹⁵ *Ibidem*, párr.42.

tal sentido, no puede ponerse en duda la potestad soberana de Costa Rica para resolver sobre los criterios que han de orientar el discernimiento o no de la nacionalidad a los extranjeros que aspiran a obtenerla, ni para establecer ciertas diferencias razonables con base en circunstancias de hecho que, por razones objetivas, *aproximen a unos aspirantes más que a otros al sistema de valores e intereses de la sociedad costarricense*⁹⁶.

Para la Corte IDH la adhesión a principios y valores estatales puede justificar políticas que establezcan requisitos menos estrictos de membresía para aquellos que compartan lazos históricos comunes:

“A la luz de los criterios expresados, un caso de distinción no discriminatoria sería la fijación de requisitos menos exigentes en relación con el tiempo de residencia para la obtención de la nacionalidad costarricense para los centroamericanos, iberoamericanos y españoles frente a los demás extranjeros. En efecto, no parece contrario a la naturaleza y fines del otorgamiento de la nacionalidad, facilitarla en favor de aquellos que, objetivamente, tienen con los costarricenses lazos históricos, culturales y espirituales mucho más estrechos, los cuales hacen presumir su más sencilla y rápida incorporación a la comunidad nacional y su más natural identificación con las creencias, valores e instituciones de la tradición costarricense, que el Estado tiene el derecho y el deber de preservar”⁹⁷.

Esta perspectiva inicial que asume la Corte IDH ciertamente se encuentra lejos de la perspectiva cosmopolita que hemos analizado. Si bien la mirada cosmopolita no niega un margen de soberanía para los Estados para la concesión de la nacionalidad, plantea como virtud la consideración de otras culturas y la necesaria distancia de la propia tradición y pone en el centro el valor de las personas como parte de la humanidad en su conjunto⁹⁸. Como veíamos a propósito de la perspectiva de Beck, la mirada cosmopolita supone incorporar la otredad⁹⁹. Esta mirada inicial de la Corte IDH parece acercarse más a una perspectiva que convalida el cierre sistémico aludiendo a la importancia de la cohesión social en torno a determinados valores comunes y compartidos¹⁰⁰. Es lo que Benhabib llama la confusión del

⁹⁶ *Ibidem*, párr.59. El destacado es propio.

⁹⁷ *Ibidem*, párr.60.

⁹⁸ O. PÉREZ DE LA FUENTE. “Algunas estrategias para la virtud cosmopolita”, *cit.*, p.71. En efecto, la virtud cosmopolita supone una ética de la alteridad que no supone renunciar a las propias creencias, pero si una “actitud abierta y crítica frente a los valores”, véase *Ibidem*, p.92.

⁹⁹ U. BECK. *Poder y contrapoder en la era global*, *cit.*, p.72.

¹⁰⁰ Como señala Walzer es legítimo que la restricción se base en “defender la libertad y el bienestar, las políticas y cultura de un grupo de gente comprometida entre sí y con su propia vida en común”, véase: M. WALZER *Las esferas de la justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, *cit.*, p.51.

demos con el *ethnos*¹⁰¹ y es lo que Nussbaum critica a propósito del patriotismo¹⁰².

Sin embargo, como veremos en los casos contra República Dominicana más recientes, la Corte IDH se vuelve más exigente, adiciona límites a la discrecionalidad y, en definitiva, va asumiendo una mirada más cosmopolita. Antes de analizar en concreto las consideraciones de la Corte IDH en los casos dominicanos, es necesario realizar algunas explicaciones del contexto en que se dan estos casos. La migración haitiana hacia República Dominicana inicia a comienzos de la década de 1920 con grandes desplazamientos de población para trabajar en los campos azucareros. Los migrantes haitianos se asentaron en República Dominicana de manera permanente y constituyeron familia con hijos y nietos (segunda y tercera generación de dominicanos con ascendencia haitiana), quienes nacieron y han vivido en República Dominicana¹⁰³. La mayoría de estas personas vive en condiciones de extrema pobreza en zonas conocidas como "bateyes", con limitado acceso a servicios públicos. La Corte IDH en estos casos constata además que la población de origen haitiano sufre de una discriminación estructural basada en su color de piel y en el origen nacional¹⁰⁴.

Uno de los mayores problemas –y es en el que se centran los casos que analizaré– son los referidos al acceso a documentación de identificación y prácticas de expulsiones masivas del país. Esto se da porque los haitianos y dominicanos de ascendencia haitiana –en su mayoría– recurren al procedimiento de declaración tardía de nacimiento para declarar a sus hijos/as nacidos, considerando que las madres dan a luz en el hogar y por el temor a ser deportados al estar en presencia de funcionarios del hospital o la policía¹⁰⁵.

En el caso de las niñas Yean y Bosico, ambas nacieron en República Dominicana y tenían ascendencia haitiana por parte de padre y abuelo materno. Sus madres iniciaron el proceso de inscripción tardía

¹⁰¹ Cuando Benhabib nos plantea, ¿es posible encontrar una justificación razonable para ambas partes para la negación de la membresía basada en circunstancias que no hemos elegido (como la raza o la etnia)? Se refería precisamente a este tipo de situaciones. La perspectiva cosmopolita de Benhabib no permite una justificación moralmente válida basada en circunstancias arbitrarias como la que plantea la Corte IDH en este caso.

¹⁰² Nussbaum, Martha. "Patriotismo y cosmopolitismo", *cit.*

¹⁰³ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 109.1.

¹⁰⁴ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.159.

¹⁰⁵ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 109.10.

en el registro de nacimiento en el año 1998 y solo en el año 2001 –por medidas solicitadas por la CIDH- se les otorgó el acta de nacimiento. En República Dominicana (a la fecha de los hechos del caso) la nacionalidad se rige por el principio de *ius solis*, con la excepción de hijos/as de personas en representación diplomática y personas transeúntes¹⁰⁶. En el caso de las niñas, la nacionalidad fue denegada por considerar a sus padres -trabajadores migratorios haitianos- como transeúntes.

A propósito de este caso, la Corte IDH vuelve sobre el estándar que había fijado en el la Opinión Consultiva respecto de Costa Rica, pero adiciona otros elementos limitativos a la discrecionalidad del Estado respecto de la concesión del estatuto de nacionalidad. Señala la Corte:

“La determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin embargo, su discrecionalidad en esa materia sufre un constante proceso de restricción conforme a la evolución del derecho internacional, con vistas a una mayor protección de la persona frente a la arbitrariedad de los Estados. Así que en la actual etapa de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, dicha facultad de los Estados está limitada, por un lado, por su deber de brindar a los individuos una *protección igualitaria y efectiva de la ley y sin discriminación* y, por otro lado, por su deber de *prevenir, evitar y reducir la apatridia*”¹⁰⁷.

“Los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación, respecto al otorgamiento de la nacionalidad, cuya aplicación favorezca el incremento del número de personas apátridas, condición que es derivada de la falta de nacionalidad, cuando un individuo no califica bajo las leyes de un Estado para recibirla, como consecuencia de su privación arbitraria, o bien por el otorgamiento de una nacionalidad que no es efectiva en la práctica. La apatridia tiene como consecuencia

¹⁰⁶ En el año 2010 se publicó una reforma constitucional que estableció que “[s]on dominicanas y dominicanos [...] las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros [...] que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas”. De esta manera, además de la categoría “transeúnte” que fue aquella utilizada para extender la prohibición de obtención de la nacionalidad a hijos/as de personas en situación migratoria administrativa irregular, se agrega expresamente como causal la irregularidad migratoria de los padres.

¹⁰⁷ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr.140. El destacado es propio. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.256.

imposibilitar el goce de los derechos civiles y políticos de una persona, y ocasionarle una condición de extrema vulnerabilidad”¹⁰⁸.

Respecto de esta argumentación de la Corte IDH hay dos elementos que resultan interesantes a la luz de las cuestiones que hemos desarrollado a propósito de la perspectiva cosmopolita. En primer lugar, en línea similar al concepto desarrollado por Hannah Arendt respecto al “derecho a tener derechos”, la Corte IDH reconoce la importancia que tiene la nacionalidad para el goce de derechos y la situación de vulnerabilidad que genera su ausencia. Como nos recordara Arendt –en la práctica- la pérdida de los derechos nacionales implica la pérdida de los derechos humanos¹⁰⁹. Como señala la Corte IDH, la vulnerabilidad derivada de la apatridia compromete el libre desarrollo de la personalidad, “ya que el acceso a los derechos y a la protección especial de que son titulares [las niñas] se vio imposibilitado”¹¹⁰.

La relación directa entre la existencia de una nacionalidad y la posibilidad real de ejercer derechos humanos queda de manifiesto cuando la Corte IDH constata que la situación de la apatridia trajo consigo, por ejemplo, la imposibilidad de estudiar para una de las niñas. Al respecto, la Corte IDH concluye que “la violación del derecho a la nacionalidad de las niñas Yean y Bosico, la condición de apátridas en que fueron mantenidas, y el no reconocimiento de su personalidad jurídica ni de su nombre, desnaturalizó y negó la proyección externa o social de su personalidad”¹¹¹.

En segundo lugar, la proscripción de la apatridia en concepto del tribunal interamericano, no solo se vincula a la posibilidad de que una persona pueda tener formalmente una nacionalidad, sino que efectivamente pueda hacerla práctica. Una garantía efectiva de los derechos humanos –asociada a la obtención de la nacionalidad- pasa por considerar los factores reales de ejercicio de los derechos. En este sentido, esta interpretación de la Corte IDH considera a la persona y las condiciones reales de ejercicio de sus derechos, más allá de las consideraciones soberanas. Hay un reconocimiento implícito de que no se puede otorgar valor moral (y jurídico) a la circunstancia de no poder acceder a otra nacionalidad, cuestión –que como destacara Nussbaum- sería un mero accidente¹¹².

¹⁰⁸ *Ibidem*, párr.142. En el mismo sentido: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.257.

¹⁰⁹ H. ARENDT. *Los orígenes del totalitarismo*, *cit.*, p.424.

¹¹⁰ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 167.

¹¹¹ *Ibidem*, párr.186.

¹¹² M. NUSSBAUM. “Patriotismo y cosmopolitismo”, *cit.*, p.28.

Asimismo, la Corte IDH considera que tampoco se puede considerar como un factor la condición migratoria de los padres para denegar la nacionalidad a sus hijos/as:

“De acuerdo con lo señalado, y en consideración del derecho a la nacionalidad de los hijos de personas migrantes en la República Dominicana en relación con la norma constitucional pertinente y los principios internacionales de protección de los migrantes, la Corte considera que:

a) el estatus migratorio de una persona no puede ser condición para el otorgamiento de la nacionalidad por el Estado, *ya que su calidad migratoria no puede constituir, de ninguna forma, una justificación para privarla del derecho a la nacionalidad ni del goce y ejercicio de sus derechos;*

b) el estatus migratorio de una persona no se trasmite a sus hijos,
y

c) la condición del nacimiento en el territorio del Estado es la única a ser demostrada para la adquisición de la nacionalidad, en lo que se refiere a personas que no tendrían derecho a otra nacionalidad, si no adquieren la del Estado en donde nacieron”¹¹³.

La condición migratoria de los padres, como circunstancia para denegar la nacionalidad a las niñas en este caso también sería un argumento que no puede ser utilizado desde una perspectiva cosmopolita. Además de ser un “accidente”, no es un argumento aceptable para denegar la membresía si aplicamos la “regla de oro” que utiliza Benhabib cuando argumenta a favor de este derecho: no sería una razón aceptable para una persona si estuviera también en dicha circunstancia. Cuando la Corte IDH señala además que la condición migratoria no puede ser una excusa para privar del goce y ejercicio de los derechos, el tribunal interamericano asume nuevamente una perspectiva comprometida con la universalidad de los mismos. El “derecho a tener derechos” –que en la práctica se asimila a tener una nacionalidad- es entendido como universal y es garantizado por el tribunal.

Esta cuestión es profundizada y argumentada con mayor detalle en el “caso de las personas haitianas y dominicanas expulsadas” del año 2014¹¹⁴. En efecto, en este caso la Corte IDH avanza un paso más allá

¹¹³ Corte IDH. Caso de las niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, párr. 156. El destacado es propio. La Corte IDH reconoce además que la situación de apatridia genera una vulneración del derecho a la personalidad jurídica, lo que significa en definitiva una lesión a la dignidad humana, ya que “niega de forma absoluta su condición de sujeto de derechos y hace al individuo vulnerable frente a la no observancia de sus derechos por el Estado o por particulares”, véase: *Ibidem*, párr.179.

¹¹⁴ Los hechos del presente caso se insertaron en un contexto en que, en República Dominicana, la población haitiana y las personas nacidas en territorio dominicano de

del que había dado en el caso de las niñas Yean y Bosico y, superando las limitaciones que había percatado Benhabib en las propuestas de Kant y Arendt relativas a la autodeterminación colectiva de los criterios de pertenencia, la Corte IDH argumenta a favor de una noción relacional de la soberanía de los Estados, ya que además del establecimiento de limitaciones a las prerrogativas soberanas de concesión de la nacionalidad basadas en el principio de no discriminación y en la garantía de los derechos humanos, exige que los Estados tomen sus decisiones también observando las condiciones *reales* en las que se desenvuelven las personas en relación a sus interacciones con la comunidad internacional.

En efecto, para llegar a tal conclusión la Corte IDH se apoya en la interpretación que ha realizado el Comité sobre Derechos del Niño¹¹⁵ y el ACNUR¹¹⁶ en relación a la nacionalidad, e indica:

“El artículo 20.2 de la Convención Americana señala que una persona nacida en el territorio de un Estado tiene derecho a la nacionalidad de ese Estado ‘si no tiene derecho a otra’. Este precepto

ascendencia haitiana comúnmente se encontraban en situación de pobreza y sufrían con frecuencia tratos peyorativos o discriminatorios, inclusive por parte de autoridades, lo que agravaba su situación de vulnerabilidad. Dicha situación se vincula con la dificultad de quienes integran la referida población para obtener documentos personales de identificación. En ese contexto, autoridades dominicanas detuvieron a grupos de familias de origen y ascendencia haitiana y los llevaron hacia puntos de acopio en la frontera, para luego ser trasladados a territorio haitiano. En muchos casos, sus documentos personales, como registros de nacimiento y cédulas de identidad fueron declaradas nulos. La Corte verificó que, al menos en la época de los hechos del presente caso, durante un período cercano a una década a partir de 1990, en República Dominicana existía un patrón sistemático de expulsiones, inclusive mediante actos colectivos o procedimientos que no implicaban un análisis individualizado, de haitianos y personas de ascendencia haitiana, que obedece a una concepción discriminatoria.

¹¹⁵ “[I]os Estados están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”, véase: Observación General No. 17 sobre el art. 24 PIDCP (derechos del niño), párr. 8. Esta fue también la interpretación seguida por el Comité Africano de Expertos sobre los Derechos y el Bienestar del Niño, *Institute for Human Rights and Development in Africa (IHRDA) and Open Society Justice Initiative on Behalf of Children of Nubian Descent in Kenya vs Kenya*, de 22 de marzo de 2011, párr. 42: “a purposive reading and interpretation of the relevant provision strongly suggests that, as much as possible, children should have a nationality beginning from birth”. Todo citado en: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, nota 293.

¹¹⁶ Comité Ejecutivo del ACNUR, *Directriz sobre la Apatridia no. 4* de 21 de diciembre de 2012, párr. 25. Todo citado en: Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, nota 295.

*debe ser interpretado a la luz de la obligación de garantizar a toda persona sujeta a la jurisdicción estatal el ejercicio de los derechos, establecida en el artículo 1.1 de la Convención. Por lo tanto, el Estado debe tener certeza respecto a que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio, en forma inmediata después de su nacimiento, podrá efectivamente adquirir la nacionalidad de otro Estado, si no adquiere la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació*¹¹⁷.

“Ahora bien, si el Estado no puede tener certeza de que la niña o el niño nacida o nacido en su territorio obtenga la nacionalidad de otro Estado, por ejemplo la nacionalidad de uno de sus padres por la vía del *ius sanguinis*, aquel Estado conserva la obligación de concederle (ex lege, automáticamente) la nacionalidad, para evitar desde el nacimiento una situación de apatridia, de acuerdo con el artículo 20.2 de la Convención Americana. Esta obligación se aplica también en el supuesto de que los padres no puedan (por la existencia de obstáculos *de facto*) registrar a sus hijos en el Estado de su nacionalidad”¹¹⁸.

En este sentido, la perspectiva de la Corte IDH avanza hacia una mirada cosmopolita en la medida en que no hay una visión autoreferencial de la soberanía de los Estados (que sería aquella que consideraría solo el contexto nacional), sino que se tiene una perspectiva más amplia basada en la consideración de los derechos de la persona y se analizan las consecuencias que para las personas apátridas implica no gozar de membresía. Esta perspectiva relacional de la soberanía se manifiesta en la consideración de la posibilidad de existencia de obstáculos de facto para la obtención de la nacionalidad, ya sea por aplicación de facultades discrecionales por parte de otro Estado o bien por la imposibilidad material de los padres de acceder a las autoridades del otro Estado (se considera aquí el caso de padres refugiados, por ejemplo)¹¹⁹.

Esta perspectiva de la Corte IDH es complementada con la dictación de medidas de reparación que suponen la modificación de la legislación en materia de nacionalidad en República Dominicana:

“[...] Por lo tanto, de acuerdo con la obligación establecida por el artículo 2 de la Convención Americana, el Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, decisión o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad

¹¹⁷ Corte IDH. Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, párr.259. El destacado es propio.

¹¹⁸ *Ibidem*, párr.261, el destacado es original de la sentencia.

¹¹⁹ *Ibidem*, notas 295 y 298.

dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, por resultar tales normas, prácticas, decisiones o interpretaciones contrarias a la Convención Americana”¹²⁰.

“Además de lo anterior, con el fin de evitar que hechos como los de este caso se repitan, este Tribunal estima pertinente disponer que el Estado adopte, en un plazo razonable, las medidas legislativas, inclusive, si fuera necesario, constitucionales, administrativas y de cualquier otra índole que sean necesarias para regular un procedimiento de inscripción de nacimiento que debe ser accesible y sencillo, de modo de asegurar que todas las personas nacidas en su territorio puedan ser inscritas inmediatamente después de su nacimiento independientemente de su ascendencia u origen y de la situación migratoria de los padres”¹²¹.

La perspectiva cosmopolita de la Corte IDH es pragmática en el sentido de que la interpretación que realiza de las normas le permite adecuarse al nuevo “terreno” al que se enfrentan los Estados frente a las migraciones transnacionales y la generación de situaciones de apatridia. Decíamos en un comienzo, siguiendo a Benhabib, que caminamos en una sociedad globalizada con el mismo mapa normativo construido en momentos diferentes y para necesidades diferentes. La Corte IDH, con el mismo mapa normativo, lo interpreta y lo adapta para garantizar la universalidad de los derechos en el contexto de la globalización. Como vimos, se deja atrás una interpretación estricta de las obligaciones del Estado en relación a los requisitos para la naturalización y la prevención de la apatridia y se avanza hacia una perspectiva más relacional, que considera el contexto actual de las limitaciones para la obtención de la nacionalidad que se pueden dar tanto por limitaciones normativas, como de *facto*.

2.2- Derechos de los inmigrantes en situación administrativa irregular

Otra de las materias donde es posible analizar la perspectiva que asume la Corte IDH en relación a la migración en la perspectiva del cosmopolitismo, es la situación de las personas migrantes en situación administrativa irregular. Sobre esta cuestión la Corte IDH desarrolló sus parámetros generales –y que luego serán desarrollados con mayor profundidad en casos concretos- en la Opinión Consultiva N°18 del año 2003¹²². Para iniciar su análisis, la Corte IDH asume una perspectiva cosmopolita en el sentido de explicar que la vulnerabilidad de las

¹²⁰ *Ibidem*, párr. 469.

¹²¹ *Ibidem*, párr.470.

¹²² Corte IDH. Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.

personas migrantes está dada por la existencia de factores estructurales de discriminación que les afectan:

“Generalmente los migrantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad como sujetos de derechos humanos, en una condición individual de ausencia o diferencia de poder con respecto a los no-migrantes (nacionales o residentes). Esta condición de vulnerabilidad tiene una dimensión ideológica y se presenta en un contexto histórico que es distinto para cada Estado, y es mantenida por situaciones de jure (desigualdades entre nacionales y extranjeros en las leyes) y de facto (desigualdades estructurales). Esta situación conduce al establecimiento de diferencias en el acceso de unos y otros a los recursos públicos administrados por el Estado.

“Existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”¹²³.

Es una perspectiva que se acerca a ciertos postulados estudiados, por ejemplo, la característica de la virtud cosmopolita de incorporar la otredad (reconocimiento de que esa vulnerabilidad se da a causa de la existencia de prejuicios) y, asimismo, a posiciones como las de Pogge, pues es explicativa de las situaciones de vulnerabilidad utilizando la lógica de las responsabilidades compartidas. Pero además de contextualizar la migración como una situación de vulnerabilidad en relación al goce de los derechos humanos, la Corte IDH establece un principio general y que será la base para todos sus análisis posteriores: el principio de igualdad y no discriminación:

“Se debe señalar que la situación regular de una persona en un Estado no es condición necesaria para que dicho Estado respete y garantice el principio de la igualdad y no discriminación, puesto que, como ya se mencionó, dicho principio tiene carácter fundamental y todos los Estados deben garantizarlo a sus ciudadanos y *a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio*. Esto no significa que no se podrá iniciar acción alguna contra las personas migrantes que no cumplan con el ordenamiento jurídico estatal. Lo importante es que, al tomar las medidas que correspondan, los Estados *respeten sus derechos humanos y garanticen su ejercicio y goce a toda persona que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna* por su regular o irregular estancia, nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”¹²⁴.

La primera aproximación de la Corte IDH es clara en cuanto a establecer que las políticas migratorias de los Estados encuentran una

¹²³ *Ibidem*, párrs. 112 y 113.

¹²⁴ *Ibidem*, párr. 118. El destacado es propio.

limitación a su discrecionalidad en el derecho internacional de los derechos humanos y en la prohibición de discriminación. De esta manera, la Corte IDH asume la perspectiva de la igualdad para el tratamiento de la gestión migratoria. En el mismo sentido que los fundamentos cosmopolitas, la idea está en la consideración del valor de las personas con independencia de su nacionalidad y también estancia – regular o irregular- en el país.

Sin embargo, la Corte IDH también reconoce la posibilidad de establecer distinciones, utilizando para ello el criterio general de restricción de derechos que se aplica en la teoría de los derechos humanos:

“Los Estados, por lo tanto, no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en perjuicio de los migrantes. Sin embargo, sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto de los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este *trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos*. Por ejemplo, pueden efectuarse distinciones entre las personas migrantes y los nacionales en cuanto a la titularidad de algunos derechos políticos. Asimismo, los Estados pueden establecer mecanismos de control de ingresos y salidas de migrantes indocumentados a su territorio, los cuales deben siempre aplicarse con apego estricto a las garantías del debido proceso y al respeto de la dignidad humana”¹²⁵.

La diferenciación se podría justificar entonces en criterios razonables, objetivos, proporcionales y que no lesionen derechos humanos. ¿Es compatible esta perspectiva con el cosmopolitismo que hemos estudiado? Hay quienes sostienen que no, que el criterio introducido por la Corte IDH es ambiguo y deja la puerta abierta para la realización de distinciones que no sean coherentes con una teoría de la justicia distributiva global como la de Pogge. Sostiene, Vázquez que “la opinión consultiva no brinda más parámetros o criterios materiales o estructurales –de corrección- para poder determinar si una regulación en materia discriminatoria o no”¹²⁶. El autor referido plantea que en este caso era necesario que la Opinión Consultiva asumiera una determinada teoría de la justicia (proponiendo en concreto la de Pogge), de manera de brindar parámetros concretos¹²⁷.

A este respecto, debemos considerar que ningún derecho es absoluto (tampoco para los nacionales) y, en este sentido, el criterio para justificar distinciones que realiza la Corte IDH es aquel que se

¹²⁵ *Ibidem*, párr.119. El destacado es propio.

¹²⁶ S.J. VÁZQUEZ. "Derechos humanos de los migrantes: Perspectiva global desde la dimensión de la pobreza." *Revista IIDH*, núm. 48, 2008, p.313.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 316.

utiliza en cualquier examen de restricciones de derechos. Por ello, a partir de esta opinión consultiva no es posible sostener *a priori* que dicha postura es incompatible con el cosmopolitismo, o que la Corte IDH no se compromete con una determinada teoría de la justicia. Este criterio abstracto podría permitir, por ejemplo, la inclusión de una perspectiva como la de Singer, que consideraría que el único criterio objetivo, razonable y proporcional sería el de la equivalencia del daño.

En este sentido, la Opinión Consultiva solo establece parámetros generales que pueden ser analizados solo en su aplicación en casos concretos. Por ello, a continuación me referiré a un caso que nos permitirá determinar –en concreto– cuan cerca está la Corte IDH del cosmopolitismo en relación a las personas en situación administrativa migratoria irregular.

El caso *Nadege Dorzema vs. República Dominicana*¹²⁸ del año 2012, trata sobre la muerte violenta y falta de atención médica a personas de origen haitiano que intentaron cruzar la frontera de República Dominicana en el año 2000¹²⁹. En este caso la Corte IDH analizó estándares referidos a la proporcionalidad en el uso de la fuerza, el derecho al debido proceso y la atención médica. En relación a la regulación de las políticas migratorias, la Corte IDH recordó su estándar general referido a los límites de la discrecionalidad estatal respecto a la gestión migratoria:

“En cuanto a los derechos de los migrantes, el Tribunal recuerda que es permisible que el Estado otorgue un trato distinto a los migrantes documentados en relación con los migrantes indocumentados, o bien entre migrantes y nacionales, siempre que *ese trato sea razonable, objetivo y proporcional y no lesione derechos humanos*. Ejemplo de ello puede ser establecer mecanismos de control para la entrada y salida de

¹²⁸ Corte IDH. Caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251.

¹²⁹ Los hechos del presente caso se iniciaron cuando, el 16 de junio de 2000, 30 nacionales haitianos, entre ellos un menor de edad y una mujer embarazada ingresaron a territorio dominicano. El camión en el que se encontraban pasó por dos puestos de control. En el segundo, cuatro militares abordaron su patrulla e iniciaron la persecución del vehículo que no se había detenido. Los militares realizaron numerosos disparos con sus armas en dirección al camión. Durante el tiroteo, fue herido de muerte el acompañante del conductor, cuyo cuerpo salió expulsado del camión. Los militares que se encontraban en persecución observaron el cuerpo del señor Espinal caer del vehículo, sin embargo continuaron su marcha sin detenerse. Posteriormente, el camión se volcó a orillas de la carretera, y algunas personas quedaron atrapadas bajo el vehículo. Un grupo de personas fallecieron producto del accidente y por los disparos de los militares luego de la volcadura del camión. Posteriormente, algunas personas sobrevivientes fueron trasladadas a un hospital. Sin embargo, el tratamiento recibido fue precario.

migrantes, pero siempre asegurando el *debido proceso* y la *dignidad humana* independientemente de su condición migratoria”¹³⁰.

En atención a lo anterior, uno de los derechos que se desarrolla en términos genuinamente universales (en el sentido de no establecerse exclusiones por nacionalidad o situación migratoria), es el debido proceso. Además de constituirse como un derecho que debe ser garantizado cualquiera sea la situación migratoria de la persona, la Corte IDH hace un desarrollo extenso de su contenido mínimo. A efectos de este estudio, cabe resaltar cómo la Corte IDH desarrolla la configuración universal del derecho:

“En materia migratoria, por tanto, la Corte considera que el debido proceso debe ser garantizado a toda persona independientemente del estatus migratorio, ya que “[e]l amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso se aplica no solo *ratione materiae* sino también *ratione personae* sin discriminación alguna’. Lo anterior quiere decir que ‘el debido proceso legal debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se deben brindar a todo migrante, independientemente de su estatus migratorio’, con el objetivo de que los migrantes tengan la posibilidad de hacer valer sus derechos y defender sus intereses en forma efectiva y en condiciones de igualdad procesal con otros justiciables”¹³¹.

Otro aspecto que la Corte IDH trata es la consideración de la dignidad humana como límite ante cualquier tipo de distinción entre migrantes en situación regular o irregular en el Estado. Una manifestación de este límite, es que en el caso concreto la Corte IDH constata que las personas haitianas heridas (que eran personas en situación administrativa migratoria irregular), no recibieron atención médica:

“La Corte ha observado que luego de la persecución y volcadura del camión, los agentes militares requirieron a los sobrevivientes levantar el vehículo, sacar y separar a los muertos y heridos, así como subirlos a la ambulancia [...] Algunos de los sobrevivientes fueron trasladados a un hospital. De acuerdo con las declaraciones ofrecidas, los heridos no fueron atendidos debidamente ni registrados al momento de ingresar al Hospital [...]

Josier Maxime señaló que “[mientras] estaba en el hospital, [...] no [les] dieron ninguna atención. [Los] colocaron en un vehículo con un militar y [los] deportaron” [...]

La Corte advierte que *la atención médica en casos de emergencias debe ser brindada en todo momento para los migrantes en situación*

¹³⁰ Corte IDH. Caso Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de octubre de 2012. Serie C No. 251, párr. 233. El destacado es propio.

¹³¹ *Ibidem*, párr.259.

irregular, por lo que los Estados deben proporcionar una atención sanitaria integral tomando en cuenta las necesidades de grupos vulnerables. En este sentido, *el Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos*, en especial a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación por las condiciones prohibidas en el artículo 1.1 de la Convención¹³².

De acuerdo a este análisis de la Corte IDH, frente a la pregunta ¿qué le debemos a los otros? que se plantea el cosmopolitismo, la respuesta inicial es sostener que se debe un trato compatible con la dignidad humana y, ante una situación como la planteada (atención médica de urgencia), no sería admisible realizar distinciones basadas en la situación migratoria de una persona. Pese a que la Corte IDH –acto seguido– plantea que “El Estado debe garantizar que los bienes y servicios de salud sean accesibles a todos”, pudiendo derivarse de ello un planteamiento cosmopolita en relación a la justificación de deberes universales, lo cierto es que en el caso concreto solo se plantea la atención de urgencia (el caso se sitúa en esa hipótesis).

En este sentido, respecto a los postulados de solidaridad global, podemos sostener que el primer acercamiento de la Corte IDH sería utilizando una noción similar a la de “hospitalidad” que plantea Kant. En efecto, recordemos que este plantea el derecho de un extranjero a no ser tratado hostilmente por haber llegado al territorio del otro¹³³. Esto implica el derecho a poder presentarse ante otra sociedad y a no ser expulsado de ella si esto puede implicar la ruina de este¹³⁴. Esto ha sido interpretado para justificar deberes tales como la protección frente al hambre o enfermedades fatales¹³⁵. Pero la hospitalidad kantiana sería solo esto y no permitiría justificar deberes universales más amplios frente a quienes no pertenecen a la comunidad política¹³⁶. La atención de urgencia que señala la Corte IDH como derecho –sin discriminación– sería una manifestación de esta concepción de la hospitalidad.

Para poder sostener que la Corte IDH tiene un planteamiento genuinamente cosmopolita que que justifica deberes universales hacia los más marginados (como ya lo insinúa la Corte IDH, pero sin desarrollarlo extensamente) habrá que ver desarrollos posteriores en la jurisprudencia interamericana, con el objetivo de determinar que alcances concretos otorga el tribunal a la afirmación de la “garantía

¹³² *Ibidem*, párrs. 106 a 108. El destacado es propio.

¹³³ I. KANT. *La paz perpetua*, cit., p.33.

¹³⁴ *Ídem*.

¹³⁵ P. KLEINGELD “Kant`s Cosmopolitan law: world citizenship for a global order”. *Kantian Review* vol. 2, núm. 1, 1998, p. 76.

¹³⁶ Santiago Juárez, Rodrigo. “Ciudadanía cosmopolita y globalización. Una revisión del pensamiento kantiano”, cit., p. 14 y F. REQUEJO. “Justicia cosmopolita y minorías nacionales. Kant de nuevo pero diferente”. *Claves de la razón práctica*, núm. 171, 2007, p. 37.

universal” enunciada en este caso. Pese a ello, esta primera aproximación ya permite situar al tribunal interamericano, en la senda del cosmopolitismo.

Los derechos civiles, como sería el caso del debido proceso en este caso, no presentan mayores problemas en cuanto a su garantía universal. En efecto, los desafíos actuales del cosmopolitismo no están vinculados a justificar la garantía universal de estos, sino que como vimos en las propuestas de Pogge y Singer, el debate está centrado en los derechos económicos, sociales y culturales.

3.- CONCLUSIONES

El cosmopolitismo es una filosofía que plantea posiciones especialmente exigentes para el derecho en el marco de la globalización. Una de las materias donde se plantean mayores tensiones con la exigencia de universalidad de los derechos es en relación a los fenómenos de movilidad humana transnacional. La tensión se da porque pese a que los derechos se han configurado teóricamente en términos universales, las condiciones para su realización y garantía se han desarrollado con criterios particularistas basados en criterios de pertenencia al Estado-nación. Frente a esta disyuntiva, las propuestas cosmopolitas -tanto desde la perspectiva de la solidaridad global como desde la óptica de la relación entre nacionalidad, ciudadanía y derechos- plantean la necesidad de considerar a la humanidad como referente moral básico, cuestionando la relevancia moral de las fronteras y de los criterios de exclusión basados en la nacionalidad. En este sentido, estas propuestas llevan a justificar deberes morales hacia la humanidad o una ética de las responsabilidades compartidas (perspectiva de la solidaridad global), y la redefinición del concepto clásico de ciudadanía asociado hacia la nacionalidad, para avanzar hacia un concepto de ciudadanía cosmopolita.

Los tribunales internacionales por su parte, se enfrentan al desafío de plantear soluciones que tienen un fuerte componente moral y que deben poner en la balanza las exigencias de garantía y universalidad de los derechos y las pretensiones de autodeterminación soberana de los Estados en relación a la gestión de las fronteras. Frente a ese desafío, la Corte IDH ha optado por la superación del nacionalismo metodológico¹³⁷ y se ha acercado a la senda del cosmopolitismo. En relación a los criterios de pertenencia a la comunidad política, ha indicado que éstos tienen como límite el goce de los derechos humanos, determinando la necesaria flexibilización de los criterios de naturalización frente a las exigencias de la realidad, adoptando implícitamente la consideración de

¹³⁷ U. BECK, *Poder y contrapoder en la era global*, cit., pp.82-90.

la irrelevancia de las circunstancias personales del nacimiento. Sin embargo, en relación a la situación de los derechos sociales de las personas en situación migratoria administrativa irregular, aún se encuentra en los parámetros de hospitalidad universal que planteaba Kant, al limitar su análisis a las situaciones de atención de salud de emergencia. Pese a ello, los criterios generales que ha establecido respecto al establecimiento de distinciones entre nacionales y extranjeros, no son un obstáculo para la introducción de una ética de deberes para con la humanidad como la planteada por Singer. Habrá que seguir examinando la jurisprudencia de la Corte IDH para analizar cual será el camino que adoptará.

Además del cumplimiento obligatorio que tienen las sentencias internacionales en el ámbito interno desde la perspectiva jurídica, lo interesante es que estas sentencias puedan generar también procesos de "iteración democrática", es decir, una negociación a nivel interno de los criterios de pertenencia a la comunidad política, para avanzar hacia democracias cosmopolitas. Como destaca Benhabib a propósito del análisis del caso alemán, el proceso de iteración democrática impulsado por el tratado de Maastricht llevó a Alemania a abolir leyes de ciudadanía restrictivas¹³⁸. Como señala la autora respecto de la experiencia alemana, "[...] el desafío plantado por la corte alemana a la legislatura democrática de ajustar la definición formal de ciudadanía alemana de modo de reflejar las realidades cambiantes de la población fue aceptado y la ley de ciudadanía fue refirmada. El pueblo democrático puede reconstituirse a través de tales actos de iteración democrática de modo de permitir la extensión de la voz democrática. Los extranjeros pueden convertirse en residentes y los residentes en ciudadanos"¹³⁹. En el caso de República Dominicana, lamentablemente no se ha configurado esta práctica en la medida en que la sentencia de la Corte IDH no ha sido cumplida¹⁴⁰, pero si ha tenido impacto en otros países de la región y ha generado espacios para la apertura del diálogo en relación a los criterios de pertenencia y la garantía de los derechos¹⁴¹.

En definitiva, el rol de las Cortes internacionales puede ser relevante para generar espacios de diálogo que obligue a los Estados a replantearse sus categorías internas con el objetivo de garantizar de

¹³⁸ S. BENHABIB, *Los derechos de los otros: extranjeros, residentes y ciudadanos*, cit., p.15.

¹³⁹ *Ibidem*, p.149.

¹⁴⁰ En efecto, en noviembre de 2014 en la sentencia del Tribunal Constitucional de República Dominicana N°0256/2014 se declaró la inconstitucionalidad del instrumento de aceptación de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁴¹ Por ejemplo, en Chile, los criterios de las sentencias respecto de República Dominicana han sido utilizados para modificar la interpretación de la normativa interna y prevenir la apatridia, véase: INDH. *Informe sobre la situación de derechos humanos en Chile*. Santiago, 2016, pp. 41-55.

manera efectiva los derechos humanos. Como vimos a propósito de la Corte IDH, es claro que las categorías de la filosofía política influyen en la adopción de soluciones a problemas relevantes. En este caso, el cosmopolitismo ha ofrecido respuestas que han sido parcialmente acogidas. Desde esta perspectiva, para la filosofía política el desafío consiste en seguir desarrollando conceptos y argumentaciones que puedan ser recogidos como fundamento para decisiones complejas.

APLICACIÓN DE LOS AJUSTES RAZONABLES EN QATAR. UN ANÁLISIS SOBRE LA GARANTÍA DE LA IGUALDAD DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD EN EL DERECHO COMÚN QATARÍ^δ

APPLICATION OF REASONABLE ACCOMMODATION IN QATAR. AN ANALYSIS ON THE GUARANTEE OF THE EQUALITY OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE QATARI LAW

Rafael De Asís Roig*, **M. Carmen Barranco Avilés****, **María Laura Serra*****, **Patricia Cuenca Gómez***, **Francisco Javier Ansuátegui Roig****, **Khalid Al Ali^γ** y **Pablo Rodríguez del Pozo^{γγ}**

RESUMEN: Este trabajo considera la conceptualización y aplicación de la figura de los ajustes razonables en Qatar tras nueve años desde la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). En él se trata de analizar la situación de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad utilizando como medida de impacto la figura de ajustes razonables. El artículo destaca las principales fallas y virtudes del Estado de Qatar respecto a esta figura y traza un camino a fin de poder avanzar en la inclusión de las personas con discapacidad a la luz de la CDPD.

ABSTRACT: *This paper considers the conceptualization and application of reasonable accommodation in Qatar after nine years since the ratification of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (CRPD). It analyzes the situation of equality and non-discrimination of people with disabilities using the figure of reasonable adjustments as an impact measure. The article highlights the main failures and virtues of the State of Qatar regarding reasonable accommodation and draws a path to move forward in the inclusion of people with disabilities in the light of the CRPD.*

PALABRAS CLAVE: ajustes razonables, igualdad, CDPD, Qatar.

KEYWORDS: *reasonable accommodation, equality, CRPD, Qatar.*

Fecha de recepción: 07/11/2017

Fecha de aceptación: 21/11/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4020>

^δ Esta investigación fue posible gracias al subsidio NPRP-7-380-5-051 de Qatar National Research Fund (miembro de Qatar Foundation). Las afirmaciones hechas en este documento son únicamente responsabilidad de los/as autores/as. [This publication was made possible by the NPRP award NPRP-7-380-5-051 from the Qatar National Research Fund (a member of The Qatar Foundation). The statements made herein are solely the responsibility of the authors].

* Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: rafael.asis@uc3m.es

** Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: mcarmen.barranco@uc3m.es

*** Investigadora Asociada en el Centre for Disability Law and Policy de la Universidad Nacional de Irlanda en Galway. E-mail: marialaura.serra@nuigalway.ie

• Profesora Visitante en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: patricia.cuenca@uc3m.es

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: javofil@der-pu.uc3m.es

^γ Professor of Health Sciences, Qatar University. E-mail: kalali@qu.edu.qa

^{γγ} Associate Professor of Medical Ethics in Medicine, Joan and Sanford I. Weill Cornell Medical College in Qatar. E-mail: prd2002@qatar-med.cornell.edu

I.- INTRODUCCION

La garantía de la protección y promoción de los derechos humanos para las personas con discapacidad es más inestable que para otras poblaciones de personas. Esta situación se agrava si estas personas se encuentran en zonas y/o situaciones de emergencia o de desastres naturales. Que la situación discriminatoria sea más agravante se debe a la existencia de ciertos prejuicios y estereotipos que producen una desigualdad en sus oportunidades de vida, tanto en el ámbito público como privado.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) viene a deshacer esos prejuicios y a luchar contra la desigualdad desde un aspecto jurídico. Pero la CDPD no es únicamente una lucha contra la discriminación, sino que “mezcla ideas acerca de la igualdad y no discriminación con una red de derechos sustantivos”¹. La CDPD en definitiva, es una herramienta para la normalización de la sociedad a través de la lucha contra el discurso de lo especial que tradicionalmente ha estado asociado a la discapacidad, y a través de la exaltación de la riqueza que la diversidad produce en la sociedad.

En este aspecto, resulta lógico pensar que la CDPD, siendo un instrumento de derechos humanos, se constituya en una herramienta de lucha contra la discriminación. Y es que la historia de los derechos humanos puede ser representada precisamente como un proceso contra la discriminación.

En términos generales, la discriminación se produce, bien cuando diferencias no relevantes son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente o bien cuando diferencias relevantes no son tenidas en cuenta para producir directa o indirectamente un trato diferente².

Tradicionalmente la lucha contra la discriminación se ha desarrollado a través de dos estrategias que Rafael de Asís Roig denomina ‘estrategia de la situación’ y ‘estrategia de la identidad’³.

La estrategia de la situación centra su lucha contra la discriminación en la situación en la que se encuentran ciertas

¹ QUINN, G. y DOYLE, S., *Getting a Life – Living Independently and Being Included in the Community*, Office of the High Commissioner for Human Rights - Regional Office for Europe, Brussels, 2012, p. 16. Disponible en: http://europe.ohchr.org/Documents/Publications/Getting_a_Life.pdf (última consulta: 30 de mayo de 2017)

² Vid. CUENCA GÓMEZ, P. y DE ASÍS, R., “La igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad”, en Pérez Bueno, L.C. y Álvarez Ramírez, G., *2003-2012: 10 años de legislación sobre no discriminación de personas con discapacidad en España*. Estudios en homenaje a Miguel Ángel Cabra de Luna, Fundación Derecho y Discapacidad, Madrid, 2012, pp. 53 y ss.

³ Vid. DE ASÍS, R., “Las situaciones de dependencia desde un enfoque de derechos humanos”, en Ramiro, M.A. y Cuenca, P. (ed.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Dykinson, Madrid, 2010, pp. 163 y ss.

personas a las que bien se las trata de manera igual, bien de manera diferente de forma injustificada. Se busca así corregir una discriminación y para ello no se apela a la persona o grupo discriminado sino a una situación. En este sentido, la estrategia de la situación se desenvuelve dentro del proceso de generalización de los derechos ya que normalmente la situación de discriminación se produce porque hay insatisfacción de derechos que otros si tienen satisfechos. Y la idea de igualdad que se utiliza es la de la igualdad como punto de partida y la igualdad como generalidad (con independencia de que, con carácter temporal y ciertamente especial, se justifiquen medidas de diferenciación positiva)⁴.

Por su parte, la estrategia de la identidad centra su lucha contra la discriminación en los rasgos, en la identidad, de una persona o grupo a la o a los que se trata bien de manera igual, bien de manera diferenciada de forma injustificada. Se busca corregir una discriminación apelando a la persona o al grupo. Así, la estrategia de la identidad se desenvuelve dentro del proceso de especificación de los derechos, demandando el reconocimiento de derechos a personas o colectivos concretos.

Ambas estrategias están presentes en la CDPD, la cual, en su Artículo 5.2 establece: “Los Estados Parte prohibirán toda discriminación por motivos de discapacidad y garantizarán a todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo.”

En este sentido, la CDPD se basa en la apuesta por una sociedad inclusiva, en la que la diversidad ocupa un lugar central. Tal apuesta por una sociedad inclusiva, por una sociedad que se adapta al pluralismo, es una consecuencia de un enfoque de derechos, ya que este enfoque está irremediamente unido a la inclusión. Y también lo es del modelo social, cuya concepción de la discapacidad se decanta por la inclusión frente a la integración.

Para ciertos grupos en situación de vulnerabilidad, la CDPD utiliza el llamado ‘enfoque de la doble vía’ para la protección de derechos humanos. Estos grupos son el de los niños y niñas en su Artículo 7, las mujeres en su Artículo 6 y también se puede interpretar que utiliza este enfoque de la doble vía para todas las personas con discapacidad cuando se presentan situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales (Artículo 11). El enfoque de la doble vía se refiere a garantizar los derechos humanos a todas las personas de manera general, aportando al mismo tiempo visibilidad a su situación en un artículo específico.

La CDPD reconoce que estos grupos se encuentran sujetos a diferentes formas de discriminación. Expresamente lo establece para las mujeres con discapacidad en su Artículo 6, siendo el único y el primer tratado de derechos humanos que hace una referencia

⁴ *Ibidem.*

explícita a la discriminación múltiple de las mujeres y niñas con discapacidad. En este sentido, los Estados parte de la CDPD –entre ellos el Estado de Qatar– deben de “tomar medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.”⁵

En la CDPD, como derecho, la igualdad y no discriminación viene acompañando de ciertos principios establecidos en la CDPD (en su Artículo 3), que representan una asistencia a fines de interpretar e implementar la Convención. En igual sentido, los derechos y libertades de las personas con discapacidad incluidos en la CDPD así como las obligaciones de los Estados parte derivan de estos principios. Es decir, el texto del Artículo 5 en sí mismo representa una base respecto del mandato de los Estados parte en lo que tiene que ver con tomar medidas al respecto y asegurar todos los derechos humanos y libertades fundamentales a las personas con discapacidad. Pero ese mandato parte del reconocimiento de que a las personas con discapacidad debe respetárseles su dignidad inherente y autonomía individual (Artículo 3, CDPD).

Una herramienta en pos de la igualdad y no discriminación que la CDPD contiene como novedosa en materia de discapacidad y de la que pretende hacerse eco este artículo, es la de los ajustes razonables. Los ajustes razonables son definidos en la CDPD (Artículo 3) como 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”.

Los ajustes razonables son medidas que pretenden adaptar el entorno, bienes y servicios a las específicas necesidades de una persona, asegurando de esta manera la inclusión de ellas en la sociedad y por lo tanto garantizando su derecho a la igualdad. Mediante los ajustes razonables se pueden garantizar los derechos, ya que en ocasiones se trata de una precondición al ejercicio de los mismos. De Asís Roig explica que el ajuste razonable es uno de los ejes sobre los que gira el reconocimiento de los derechos de las personas con discapacidad⁶. Pero la naturaleza de este deber (el de proporcionar ajustes razonables), al decir de Lawson, “varía ligeramente en diferentes contextos (...)”⁷. De este modo, al variar los

⁵ Artículo 6, CDPD.

⁶ Vid. DE ASÍS ROIG, R., “Lo razonable en el concepto de ajuste razonable”, en Salmón E. y Bregalio R. (eds.), *Nueve conceptos claves para entender la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2015, pp. 99 y ss.

⁷ LAWSON, A., “Challenging Disabling Barriers to Information and Communication Technology in the Information Society : A United Kingdom Perspective”, en

contextos también varían los ajustes razonables (como por ejemplo ocurre en el ámbito de la participación política). Pero además, los ajustes razonables pueden variar también en cuanto al contexto del Estado del que estemos hablando.

La investigación jurídica respecto de la igualdad y no discriminación, implica referirse no sólo a los derechos civiles y políticos, sino también a los derechos económicos, sociales y culturales. Al respecto, el marco jurídico del Estado de Qatar complejiza un tanto la situación a la que hace referencia este artículo pese a que en el plano regional Qatar ha ratificado la Carta Árabe de Derechos Humanos, la cual contiene el derecho a la igualdad y no discriminación ante la ley (Artículo 11); el reconocimiento de todas las personas ante la ley (Artículo 22) y la igualdad ante las Cortes y Tribunales (Artículo 22), entre otros derechos.

El artículo se divide en cuatro secciones y luego de la introducción, la segunda sección nos sitúa en las conceptualizaciones necesarias a fin de entender el fondo intelectual con el que este artículo trabaja. Seguidamente, la siguiente sección nos pone en contexto, describiendo la situación jurídica y social de Qatar. Es necesario comprender que estamos escribiendo acerca de un contexto jurídico diferente al que se acostumbra en Occidente puesto que Qatar se destaca por tener un derecho común y un derecho islámico. Esta división en ciertos derechos juega un rol fundamental.

La cuarta sección traza ciertos pasos que como autores pensamos que beneficiarían al Estado y a la sociedad de Qatar en pos de una real inclusión de las personas con discapacidad que habitan su suelo. En este sentido y habiendo considerado las observaciones que organismos internacionales le han realizado a Qatar, tratamos de configurar una hoja de ruta bajo la luz tanto de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como del modelo social de discapacidad.

La última sección por su parte se refiere a una conclusión del trabajo y repasar los puntos clave que Qatar debería de tener en cuenta para una aplicación de los ajustes razonables.

II.- CONTEXTO JURÍDICO-SOCIAL DE QATAR

Qatar es un Estado Árabe soberano e independiente emplazado en la costa occidental del Golfo Pérsico. Allí, convive una sociedad tradicionalmente musulmana junto a una sociedad de personas expatriadas de distintas regiones del mundo, en su mayoría provenientes de la India y Filipinas, cuyas religiones son variadas. En el plano normativo, Qatar responde a un dualismo jurídico. Así, a partir de su independencia (1971) del imperio británico gran parte de

su jurisdicción corresponde al derecho continental (Adlia court)⁸, sin embargo la Sharia islámica se aplica en varios aspectos, sobre todo el derecho de familia. A pesar de que en la nueva Constitución del año 2005⁹ se ven indicios de una sociedad más liberal dentro de lo que son los Estados árabes, "la ley de la Sharia es reconocida en la Constitución como la principal fuente de legislación (Artículo 1)"¹⁰.

Así, la Constitución Permanente del Estado de Qatar, adoptada el 8 de junio de 2004, establece como religión oficial el Islam, a la Sharia islámica como fuente principal de legislación y a la democracia como sistema político. Asimismo establece que el pueblo de Qatar es parte de la Nación Árabe y su lengua oficial es el árabe. El gobierno del Estado de Qatar se hereda en la familia de Al-Thani y solo por línea de descendencia masculina de Hamad Bin Khalifa Bin Hamad Bin Abdullah Bin Jassim. El jefe del Estado es el Emir, en quien el poder ejecutivo es investido y quien organiza el Consejo de Ministros. La Autoridad Legislativa está a cargo del Consejo de Al-Shoura, un órgano consultivo compuesto por cuarenta y cinco miembros, treinta de los cuales son elegidos en una votación general secreta y directa, y los quince restantes son nombrados por el Emir.¹¹

II.1.- Qatar y las personas con discapacidad. A nueve años de la ratificación de la CDPD.

El Estado de Qatar ha firmado la CDPD en el año 2007, ratificándola al año siguiente. Respecto a su Protocolo, Qatar lo ha firmado en el año 2007 pero al día de hoy sigue sin ser ratificado. El Protocolo Facultativo de la CDPD otorga al Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (desde ahora en más, Comité de la CDPD) la competencia para examinar las denuncias individuales relativas a presuntas violaciones de la CDPD por los Estados Parte en el Protocolo.

Pese a no haber ratificado el Protocolo, que el Estado de Qatar haya ratificado la CDPD es una muestra de una intención de avanzar en los derechos de las personas con discapacidad. Así como para Qatar, para todos los Estados que han mantenido hasta ahora una

⁸ Para saber acerca del dualismo jurídico de Qatar, véase por ej.: HAMZEH, A., Qatar: the duality of the legal system. *Middle Eastern Studies*, 30(1), 1994, pp.79-90.

⁹ La Constitución Permanente del Estado de Qatar fue ratificada mediante un referendo público el 29 de abril de 2003, promulgada por el Emir de Qatar el 8 de junio de 2004 y entró en vigencia el 9 de junio de 2005. En ella se reconoce el principio de división de poderes en su artículo 60. Consejo de Derechos Humanos, Informe de la Relatora Especial sobre la independencia de jueces, juezas, abogados y abogadas, Gabriela Knaul, en su misión a Qatar. A/HRC/29/26/Add.1, párr. 6.

¹⁰ A/HRC/29/26/Add.1, párr. 9.

¹¹ MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, *Permanent Constitution of the State of Qatar*, 2008. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20041024231923/http://english.mofa.gov.qa/details.cfm?id=80> (última consulta: 30 de mayo de 2017).

fidelidad al modelo médico, adecuar las políticas y legislaciones relativas a los derechos de las personas con discapacidad, no es un proceso fácil, no por razones económicas o políticas, sino porque el proceso implica ciertos cambios de mentalidades muy arraigadas no solo en la sociedad sino en el Derecho en sí mismo.

En el marco del proyecto de investigación *The impact of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities on the internal legislation of Qatar: Analysis and proposals*, se organizaron en la ciudad de Doha en Qatar, reuniones y visitas a Hospitales, Escuelas, Universidades, Instituciones públicas y privadas dedicadas especialmente a las personas con discapacidad, a la Comisión de Derechos Humanos de Qatar, Departamentos de Gobierno dedicados, entre otros temas, a la discapacidad, etc. En tales ocasiones se pudo observar que es indudable que el Estado de Qatar ha destinado fondos e invertido, sobre todo en tecnología, para las personas con discapacidad. Esto da muestras de una cierta evolución gradual desde el modelo médico al modelo social de la discapacidad en vistas a cumplir con las aspiraciones de una estrategia nacional denominada *Qatar National Vision 2030* (QNV 2030), en materia de justicia social e inclusión en la que, desde el año 2008, el Estado de Qatar está involucrado. De acuerdo a su plataforma, QNV 2030 busca convertir a Qatar en un país vibrante y próspero en el que haya justicia económica y social, en armonía con la naturaleza¹². Gran parte de la responsabilidad de los avances hacia un modelo social de la discapacidad lo tiene el Comité Nacional de Derechos Humanos del Estado de Qatar quien pidió al Gobierno que agilice los procedimientos para la aplicación de las enmiendas propuestas a la Ley Número 2 de 2004 (referida a personas con necesidades especiales). En el año 2012 el Consejo de Ministros de Qatar aprobó el proyecto de resolución que la modifica.¹³

Pese a esto, la manera en que es concebido el trato y tratamiento a las personas con discapacidad parte de la legislación. Y la legislación en Qatar se encuentra principalmente dentro del alcance del modelo médico. Se trata a las personas con discapacidad como personas enfermas a ser rehabilitadas, pero no incluidas en la sociedad. Muestra de esto es el énfasis que pone el Estado en la salud respecto de las políticas para las personas con discapacidad. No hay un trato transversal de la discapacidad, sino que más bien la

¹² GENERAL SECRETARIAT FOR DEVELOPMENT PLANNING, *Qatar National Vision 2030*, General Secretariat for Development Planning, Doha, 2008. Disponible en: http://www.mdps.gov.qa/en/qnv/Documents/QNV2030_English_v2.pdf (última consulta: 30 de mayo de 2017).

¹³ Véase: MINISTRY OF DEVELOPMENT PLANING AND STATISTICS, *Qatar's Fourth National Human Development Report - Realising Qatar National Vision 2030: The Right to Development*, Ministry of Development Planning and Statistics, Doha, 2015. Disponible en: http://hdr.undp.org/sites/default/files/qatar_nhdr4_english_15june2015.pdf (última consulta: 30 de mayo de 2017).

discapacidad se encuentra sectorizada en el ámbito de la salud y sin una perspectiva de derechos humanos.

Se puede ejemplificar esta afirmación, con la definición de las personas con 'necesidades especiales' en el Artículo 1 de la Ley Número 2 de 2004, en donde son definidas como "cualquier persona con una discapacidad permanente, parcial o total, en cualquiera de sus sentidos, o en su capacidad física, o en su capacidad psicológica o mental, a tal punto que su oportunidad de aprender o de someterse a rehabilitación o de ganarse la vida se vea limitada". Esta perspectiva también está presente en otras referencias con las que trabaja Qatar, tales como, "educación especial", "rehabilitación" e "Institutos de educación especial". Se entiende entonces que la discapacidad en Qatar es concebida como una situación médica ya que se entiende que la persona tiene necesidades 'especiales', siendo en gran parte el objetivo de la intervención el rehabilitar a las personas con discapacidad y no incluirlas desde una perspectiva inclusiva y desde una mirada de la sociedad tal y como se entiende a la discapacidad desde el modelo social y desde un enfoque de derechos humanos a través del articulado de la CDPD.

A pesar de que la CDPD no define a la discapacidad como tal, en su artículo primero expresa que cuando se habla de personas con discapacidad se están incluyendo a aquellas personas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. En este mismo artículo, la CDPD establece su propósito, que se basa en promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente.¹⁴

Al repasar el derecho común qatarí, uno de los principales problemas respecto a las personas con discapacidad, es más bien estructural, del cual su base conceptual se hace sentir. Por un lado, a pesar de los esfuerzos y del dinero que el Estado ha invertido para la población con discapacidad, tal como la estrategia nacional de desarrollo y de salud, *Shafallah Center*; instituciones educativas con alto nivel tecnológico para las personas con discapacidad sensorial, entre otras medidas (que responden a servicios más que a derechos), su filosofía radica -aunque no completamente- en el modelo médico/rehabilitador y no en el modelo social de la discapacidad. De manera general, el primero refiere a la discapacidad como un rasgo de la persona. En este modelo, se entiende que la persona con discapacidad es quien tiene que adaptarse al medio y no el medio a la persona. El modelo social de la discapacidad, por su parte, se refiere a la discapacidad como una construcción social. La discapacidad bajo este modelo se define como una situación de la persona y no como

¹⁴ Artículo 1, CDPD.

un rasgo de ella. Son las barreras del entorno (físicas, sensoriales, intelectuales y/o del ambiente) las que discapacitan a la persona. Este modelo, el cual se ve claramente reflejado en el recién mencionado Artículo 1 de la CDPD así como en el resto de su articulado, ha inspirado la negociación y posterior firma de la Convención que se ha formulado bajo un modelo de derechos, el cual puede denominarse modelo de derechos humanos puesto que la CDPD es un Tratado de Derechos Humanos.

Entre las representaciones jurídicas mencionadas que dejan entrever que Qatar predominantemente incorpora el modelo médico/rehabilitador, también se encuentra el Código Civil qatarí y la ya mencionada Constitución Permanente del Estado de Qatar, en donde ya sea por no haber sido adecuados (reformados) con posterioridad a la ratificación de la CDPD por el Estado de Qatar, o por un fin protector, prevalece un enfoque de sustitución de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad (es decir, no se legisla respetando el Artículo 12 de la CDPD), el Código Civil de Qatar niega el acceso a la justicia de las personas con discapacidad (referido en el Artículo 13 de la CDPD), por ejemplo, Artículos 71; 81; 85; 87; 157; 161; 372; 458, entre otros y, además en la Constitución Nacional se interpreta a la discapacidad análoga a la incapacidad (por ejemplo, Artículos 15 y 101). En adhesión a ello, en Ley No. 25 de 2001 se puede ver claramente que se realiza un tratamiento de la discapacidad únicamente desde un aspecto de la salud (Artículo 8). Lo mismo pasa con la Ley No. 23 de 2004 respecto a la promulgación del Código de Procedimiento Penal, en donde predomina un modelo sustitutivo y en consecuencia una denegación del acceso a la justicia a las personas con discapacidad –‘mental’, según la ley– (Artículo 5), además de que se apela a la protección de la persona y no al reconocimiento como sujeto de derecho (Artículo 20); se suma además la sección 7ma de esta misma ley, relativa a las sentencias la cual está elaborada desde una perspectiva del modelo médico, identificándose a la discapacidad como una condición de la persona además de que se permite realiza un test de discapacidad.

Como ponen de relieve algunas de las consideraciones realizadas por el Comité de la CDPD en las Observaciones finales¹⁵, Qatar maneja todavía una concepción de la discapacidad que responde en lo esencial a la perspectiva asistencialista y al modelo médico alejada de una aplicación comprensiva y coherente del enfoque de derechos humanos y el modelo social. Bajo este aspecto, Qatar continúa rigiéndose por una legislación doméstica que se

¹⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar, 2 de octubre de 2015. CRPD/C/QAT/CO/1, párr. 7. Vid. un análisis general de los desafíos que tiene que afrontar Qatar en la implementación de la CDPD en De ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P.; RODRÍGUEZ DEL POZO, P.; AL ALI, K., "The Impact of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities on Qatari Domestic Legislation", *The Age of Human Rights Journal*, nro. 8, 2017.

identifica con el modelo médico/rehabilitador, pese haber ratificado la CDPD. Esto no justifica el hecho de que Qatar como Estado parte no haya actualizado su legislación a la luz de la CDPD, pero deja una conciencia jurídico-política de que el proceso es lento y que en un Estado de la región de Arabia cuya legislación contiene dos tipos de derechos (continental y Sharia) el proceso se hace más lento y dificultoso aún.

III.- CÓMO AVANZAR

Decíamos que en este trabajo se analiza la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en Qatar desde el aspecto de la figura de los ajustes razonables y desde un único aspecto jurídico con el fin de avanzar hacia una legislación inclusiva a la luz de la CDPD como Tratado de Derechos Humanos que Qatar ha ratificado. Vale decir que el análisis es en cierta medida parcial ya que se hace únicamente desde el llamado derecho común de Qatar.

Para abordar el análisis, las observaciones finales que el Comité de la CDPD ha realizado al Estado de Qatar consideramos son de extrema relevancia. Las Observaciones finales, son observaciones que el Comité de la CDPD realiza al Estado parte respecto al informe que éste presenta, y en cuyo texto aborda todos los artículos de la CDPD. Estas observaciones resaltan tanto aspectos positivos como factores y dificultades que obstaculizan la aplicación de la CDPD en dicho Estado parte. Asimismo, se resaltan los principales motivos de preocupación, y se realizan sugerencias y recomendaciones concretas sobre acciones futuras.¹⁶

Tomando como punto de partida las Observaciones finales del Comité de la CDPD, en los siguientes dos apartados se analiza el tratamiento de la discapacidad en el Estado de Qatar y el derecho a la igualdad y no discriminación, para luego analizar de manera más pormenorizada la figura de los ajustes razonables y cómo éstos son aplicados en el Estado de Qatar. En tal sentido, el análisis parte de la concepción de que existe un vacío legal en el derecho continental qatari.

Como se menciona al comienzo de este artículo, el derecho a la igualdad es esencial para proteger y para ejercer los derechos humanos. Además de la CDPD, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (CERD) y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, en sus

¹⁶ Arts. 13 y 14 de los *Métodos de trabajo del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptados en su quinto período de sesiones*, publicado el 2 de septiembre de 2011, CRPD /C/5/4.

siglas en inglés), especifican y garantizan el derecho a la igualdad y además conforman parte del marco normativo a aplicar –dentro del sistema de derecho internacional de los derechos humanos– en lo que se refiere a la situación de igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, aunque en el caso de la CEDAW, la CDN y la CERD sólo sean de aplicación para los grupos sociales referenciados en tales Convenciones. De los Tratados mencionados, el Estado de Qatar sólo ha ratificado la CEDAW (sin haber firmado ni ratificado su Protocolo) y la CDPD (respecto de la cual, como hemos señalado arriba ha firmado, pero no ratificado su Protocolo). Además, Qatar ha ratificado la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, la Convención sobre los Derechos del Niño (y dos de sus tres Protocolos) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes.

En el plano doméstico, Qatar en su informe inicial al Comité de la CDPD esgrime que la igualdad es uno de los pilares sobre los que se erige la sociedad qatarí.¹⁷

El principio de igualdad, junto a otros principios, se consolida en el Artículo 19 de su Constitución cuando dice “El Estado protege los pilares de la sociedad y vela por la seguridad, la estabilidad y la igualdad de oportunidades para la ciudadanía.” En dicho informe, Qatar afirma que todas las políticas del Estado deben incorporar la salvaguardia de los pilares de la sociedad consagradas en el Artículo 18 (cuyo texto dispone que la sociedad de Qatar se funda en los principios de justicia, caridad, libertad, igualdad y moralidad), incluido el principio de igualdad, por lo cual no pueden ser vulnerados por ninguna ley o norma de carácter legislativo ya que son un bien constitucional protegido.

Qatar explica que para reforzar y potenciar esta protección constitucional se estableció la Ley N° 12 del 2008 en donde es el Alto Tribunal Constitucional el órgano jurisdiccional competente para resolver los recursos de inconstitucionalidad de las leyes y los reglamentos.

La Constitución qatarí también hace referencia a la igualdad ante la ley de toda la ciudadanía y específicamente afirma que no debe de haber discriminación en razón de sexo, origen, lengua o religión.¹⁸ Asimismo, Qatar en dicho informe explica que “el derecho a la igualdad y a la no discriminación consagrado en la Constitución gobierna todas las instituciones y todos los organismos del Estado, que están obligados a hacer efectivos tales derechos y a evitar actos

¹⁷ Informe Inicial presentado por el Estado de Qatar en virtud del artículo 35 de la CDPD, Qatar, 9 de julio de 2014, CRPD /C/QAT/1.

¹⁸ Arts. 34 y 35 del Título III de la Constitución Permanente del Estado de Qatar. Véase: MINISTRY OF FOREIGN AFFAIRS, *Permanent Constitution of the State of Qatar*, 2008. Disponible en: <https://web.archive.org/web/20041024231923/http://english.mofa.gov.qa/details.cfm?id=80> (última consulta: 30 de mayo de 2017).

y prácticas discriminatorias o que inciten a la discriminación, con independencia de cuál sea la instancia que incurra en tales actos o prácticas. El ordenamiento constitucional y jurídico obliga al Estado y a todas sus instituciones a respetar los principios de igualdad, justicia y no discriminación.”¹⁹

Recordando que la discriminación no solo se presenta en la ley sino también en la práctica y con todo este marco jurídico internacional y nacional de los derechos humanos, es necesario distinguir que la realidad jurídica qatarí hace que se torne un poco más difícil hablar de igualdad y no discriminación en la práctica de las personas con discapacidad, puesto que el Comité del ECOSOC, sobre todo –Pacto no ratificado por Qatar– ha conceptualizado a través de observaciones generales la igualdad y no discriminación en la práctica y lo ha hecho con más énfasis en el plano de las mujeres, niños y niñas con discapacidad, quienes tienen una larga historia confrontando discriminaciones y opresiones.²⁰ Un punto a destacar es el hecho de que no tener ratificado el Protocolo de la CEDAW complica la garantía de protección y promoción de los derechos de las mujeres (con y sin discapacidad), ya que el Protocolo Facultativo de la CEDAW, entre otras funciones, establece los mecanismos de denuncia e investigación de la propia CEDAW, a través de su Comité.²¹ No obstante, hay que decir que Qatar no es el único Estado –incluyendo los Estados de Occidente– que no tenga ratificados ciertos Tratados de Derechos Humanos y/o Protocolos Facultativos pertenecientes a los Tratados, sin embargo el problema se encuentra quizá de manera más profunda, en la combinación de dicha situación con la legislación doméstica que no tiene un enfoque integrado de derechos humanos en lo referente a la discapacidad, muy por el

¹⁹ CRPD /C/QAT/1, párrafo 63.

²⁰ Al respecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU en su la Observación general N° 20, La no discriminación y los derechos económicos, sociales y culturales (artículo 2, párrafo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), publicada el 2 de julio de 2009, destaca el hecho de que el mero tratamiento de la discriminación formal no garantizará la igualdad sustantiva. Este Comité subraya que eliminar la discriminación en la práctica requiere prestar suficiente atención a los grupos o individuos que sufren injusticias históricas o son víctimas de prejuicios persistentes. Véase E/C.12/GC/20, párr. 8.

²¹ El hecho de ratificar el Protocolo “promovería una implementación más efectiva de la CEDAW a través de la ampliación de su interpretación y de la aplicación práctica de la Convención (...) además podría crear una mayor conciencia pública sobre las garantías internacionales a los derechos humanos de las mujeres, así como una mayor atención a la CEDAW (...)”. Véase FACIO, A. y OBANDO A.E., “Introducción sobre el proceso de elaboración del Protocolo Facultativo de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer”, en *Convención CEDAW y Protocolo Facultativo. Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José, Segunda edición, 2004, pp. 15-16. Disponible en: <https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1838/convencion-cedaw-protocolof-2004.pdf> (última consulta: 30 de mayo de 2017).

contrario, siendo que ésta es concebida desde una perspectiva de modelo médico y no desde una perspectiva de modelo social.

III.1.- Observaciones finales del Comité de la CDPD a Qatar respecto al Artículo 5 de la CDPD, relativo a la igualdad y no discriminación

El Comité de la CDPD ha manifestado preocupación por el hecho de que el derecho qatarí no incluya una definición de ajustes razonables y que la denegación de este tipo de ajuste no se considere una forma de discriminación. "Le preocupa asimismo la falta de una legislación específica en materia de igualdad y no discriminación, incluido la protección contra la discriminación múltiple e interseccional."²²

El Comité de la CDPD le recomienda al Estado de Qatar que incorpore una prohibición explícita de la discriminación por motivo de discapacidad en su legislación nacional. También el Comité recomienda a Qatar que incorpore en su legislación nacional una definición del concepto de ajustes razonables y que ésta sea aplicada de acuerdo con la Convención, en particular mediante el reconocimiento explícito de que la denegación de ajustes razonables constituye una discriminación por motivo de discapacidad. El Comité también recomienda al Estado parte que provea entrenamiento y formación sobre el concepto de ajustes razonables y sobre la no discriminación de las personas con discapacidad a las instituciones públicas y privadas, especialmente a quienes ejercen la profesión jurídica, la judicatura, los agentes del orden y a las propias personas con discapacidad. Por último, el Comité recomienda que sea recogida explícitamente en la legislación nacional la protección contra la discriminación múltiple e interseccional por motivo de género, edad, discapacidad y situación migratoria, entre otras causas, acompañada de sanciones más estrictas para los autores y una mayor indemnización y reparación para las víctimas.²³

En cuanto al derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables, con carácter general vemos que dichos ajustes–adquieren su significado cuando el bien de la accesibilidad no se puede satisfacer de manera universal y se convierte así en un auténtico derecho destinado a remediar esa situación particular²⁴.

De esta forma, el incumplimiento de la obligación de accesibilidad puede estar justificado o no, y ello depende de que se haya satisfecho o no el diseño universal (bien originariamente o bien

²² CRPD/C/QAT/CO/1, párr. 11.

²³ CRPD/C/QAT/CO/1, párr. 12.

²⁴ Vid. PALACIOS, A., "El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables", en I. Campoy (coord.), *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Dykinson, Madrid, 2004.

a través de medidas de accesibilidad). Si se ha satisfecho, bien porque existe accesibilidad universal o bien porque no era posible o razonable que existiera, no podemos hablar de incumplimiento de la obligación de accesibilidad. Si no se ha satisfecho, porque no existe accesibilidad universal y era posible o razonable que existiera, podemos hablar de incumplimiento de la obligación de accesibilidad. Y en este segundo caso, estamos en presencia de una discriminación que debe arreglarse corrigiendo la situación y logrando la accesibilidad.

Un sentido integral de la accesibilidad implica: (i) el diseño universal, que funciona como un principio general fuente de obligaciones específicas; (ii) las medidas de accesibilidad, que aparecen cuando el diseño universal no se satisface; (iii) el ajuste razonable, que surgen cuando está justificado que la accesibilidad no sea universal.

Desde el eje de la accesibilidad, el sistema de derechos de las personas con discapacidad se proyecta en diferentes ámbitos entre los que destacan la salud, la libertad y seguridad, el empleo y trabajo, la capacidad jurídica, educación, el acceso a la justicia, la participación política, entre otros.

La accesibilidad se consigue mediante dos vías que no constituyen alternativas: en relación con los grupos y *ex ante* o en relación con los individuos. En relación con los grupos, la accesibilidad requiere del diseño universal, que implica que los bienes, espacios, servicios, procesos... sean utilizables por la mayor diversidad posible de personas sin necesidad de adaptación. La obligación de garantizar la accesibilidad en esta dimensión grupal subsiste a pesar de que en el origen no se haya diseñado para todos, y exige establecer objetivos y plazos para la eliminación de las barreras. A propósito de esta cuestión:

*... los Estados parte deben fijar plazos y asignar recursos adecuados para la eliminación de las barreras existentes. Además, los Estados parte deben prescribir claramente los deberes que las diferentes autoridades (incluidas las regionales y locales) y entidades (incluidas las privadas) deben cumplir para asegurar la accesibilidad. Los Estados parte deben prescribir también mecanismos de supervisión efectivos que garanticen la accesibilidad y vigilen la aplicación de sanciones contra quienes incumplan las normas de accesibilidad.*²⁵

En relación con los individuos, la estrategia para la accesibilidad son los ajustes razonables:

En el caso de las personas con deficiencias raras que no se tuvieron en cuenta al elaborar las normas de accesibilidad o que no utilizan los modos, métodos o medios previstos para garantizar la accesibilidad (no leen Braille, por ejemplo), incluso la aplicación de

²⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, Observación general Nº 2 (2014), Artículo 9: Accesibilidad. CRPD/C/GC/2, párr. 24.

*las normas de accesibilidad puede ser insuficiente para garantizarles el acceso. En tales casos, pueden aplicarse ajustes razonables.*²⁶

En uno y otro caso, la accesibilidad es difícilmente clasificable en las categorías clásicas de los derechos (civiles, políticos o económicos, sociales y culturales) y afecta a los derechos de todas estas categorías por igual. Estas reflexiones pueden proyectarse sobre el análisis del reconocimiento del derecho a la salud, el derecho al trabajo, el derecho a la educación en Qatar.

En Qatar, las normas laborales por ejemplo, no mencionan conceptos como accesibilidad, ajustes razonables o adaptación del lugar de trabajo. En términos generales, la discapacidad no es lo suficientemente visible dentro del ámbito laboral en Qatar y las normas laborales deberían establecer explícitamente el principio de no discriminación y también deberían exigir la accesibilidad y adaptación del lugar de trabajo. Tal es el caso de la Ley No. 8 de 2009, sobre la Gestión de Recursos Humanos (que regula el empleo de los funcionarios públicos), en su Artículo 14, requiere que una persona nombrada en un puesto de trabajo pase las "pruebas, concursos y programas de calificación especificados por la agencia gubernamental correspondiente al puesto de trabajo", "debe tener las calificaciones y cumplir las condiciones especificadas para ese cargo", y "debe presentar un certificado médico de aptitud".

IV.- A MODO DE CONCLUSIÓN

Tras lo expuesto, resulta claro que la figura de los ajustes razonables no se encuentra dentro de la legislación qatarí. Esta situación de omisión se debe en gran parte a cómo se estructura la legislación qatarí respecto a las personas con discapacidad. En parte se debe también a que existen ciertos estereotipos y una visión generalizada respecto a los roles que las personas con discapacidad en Qatar deberían cumplir como meros pacientes.

Estos estereotipos son de corte proteccionista, coherente con la concepción de la discapacidad –como una condición de la persona– en el sistema jurídico qatarí, obedecen a un modelo de la discapacidad médico/rehabilitador y de corte caritativo. Es decir, estos estereotipos imposibilitan la consideración de las necesidades de las personas que están siendo estereotipadas, así como sus capacidades y deseos en base a intereses paternalistas. Lo cual, puede traducirse en falta de ajustes razonables en la información, lo que puede provocar un desempoderamiento de las personas con discapacidad.

El análisis que el Comité realiza al Estado de Qatar parte de la existencia de una discriminación hacia las personas con discapacidad desde el momento en que identifica la omisión de la figura de ajustes razonables. Al respecto, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha establecido en su

²⁶ CRPD/C/GC/2, párr. 25.

estudio temático sobre la Igualdad y no discriminación de acuerdo con el Artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, lo siguiente:

*Los ajustes razonables son una parte intrínseca del deber de no discriminación y, por tanto, se aplican a todos los derechos. En consecuencia, la denegación de ajustes razonables en relación con cualquier derecho constituye una discriminación por motivos de discapacidad.*²⁷

Para incluir la figura dentro del Estado de Qatar, es necesario comprender el concepto de ajustes razonables bajo el modelo social de la discapacidad. Qatar no es el único Estado que habiendo ratificado la CDPD haya omitido esta figura. Otros Estados también la omiten o confunden su concepto con el de medida de acción afirmativa o, incluso, con el concepto de accesibilidad.

Para una aplicación exitosa de los ajustes razonables, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en el estudio temático ya mencionado, brinda ciertas clarificaciones que son de ayuda para los Estados que han ratificado la CDPD y que aún no han previsto en su legislación y en la práctica de sus sociedades, la figura de ajustes razonables. Naciones Unidas, a través de dicho estamento explica que es el Estado parte el que debe de proporcionar los elementos fundamentales para que los ajustes razonables se hagan posibles. El mismo Estado, a través de sus leyes nacionales, es también el que debe de tomar medidas para la realización de los ajustes razonables, o en su caso, obligar a los sectores privados (como empresas con trabajadores) para que las hagan posibles en lo que a éstas concierne. En particular, la Oficina establece que "los derechos, los deberes y los plazos de cada una de las partes implicadas deben estar claramente establecidos. Los Estados deben procurar elaborar directrices normativas, impartir formación específica y organizar actividades de sensibilización para difundir información pertinente a fin de promover actitudes y entornos inclusivos, y velar por que sus propios organismos y las entidades no estatales estén preparados para introducir ajustes razonables"²⁸.

En definitiva, la situación jurídica respecto de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad puede ser salvaguardada si el Estado toma en consideración la CDPD en su conjunto, como un todo. En definitiva, es clave la comprensión del concepto de ajustes razonables bajo la concepción del modelo social de discapacidad. Al mismo tiempo es fundamental en la aplicación,

²⁷ Igualdad y no discriminación de acuerdo con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 9 de diciembre de 2016. A /HRC/34/26, párr. 27.

²⁸ A /HRC/34/26, párr. 39.

distinguir entre políticas públicas y legislaciones en materia de accesibilidad y las que se refieren a ajustes razonables.

La propia CDPD y su Comité nos dan a entender que los ajustes razonables deberían estar al alcance de todas las personas, ya que la diversidad es lo que nos caracteriza. Este alcance tiene que estar bajo el amparo de un modelo social de discapacidad y no bajo un modelo de caridad de la discapacidad.

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD Y SU IMPACTO EN EL DERECHO PRIVADO DE QATAR^δ

ARTICLE 12 OF THE INTERNATIONAL CONVENTION ON THE RIGHTS OF PERSONS WITH DISABILITIES AND ITS IMPACT ON THE PRIVATE LAW OF QATAR

Patricia Cuenca Gómez*, **Rafael De Asís Roig****, **M. Carmen Barranco Avilés*****, **María Laura Serra***, **Francisco Javier Ansuátegui Roig****, **Khalid Al Ali^γ** y **Pablo Rodríguez del Pozo^{γγ}**

RESUMEN: Este artículo analiza el sentido e implicaciones del Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad a la luz de la Observación General N°1 de su Comité y se centra en determinar su impacto en el régimen general de atribución de personalidad y capacidad jurídica y en el ámbito del Derecho Privado y de Familia del Estado de Qatar.

ABSTRACT: *This paper analyzes the meaning and implications of Article 12 of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities in the light of the General Comment No. 1 of its Committee. It focuses on determining the impact of this General Comment to the general regime of personality and capacity attribution in the field of Private law and Family law on Qatar.*

PALABRAS CLAVE: capacidad jurídica, CDPD, derecho privado, legislación qatarí.

KEYWORDS: *legal capacity – CRPD – private law – Qatari legislation.*

Fecha de recepción: 06/11/2017

Fecha de aceptación: 20/11/2017

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4021>

^δ Esta investigación fue posible gracias al subsidio NPRP-7-380-5-051 de Qatar National Research Fund (miembro de Qatar Foundation). Las afirmaciones hechas en este documento son únicamente responsabilidad de los/as autores/as. [This publication was made possible by the NPRP award NPRP-7-380-5-051 from the Qatar National Research Fund (a member of The Qatar Foundation). The statements made herein are solely the responsibility of the authors].

* Profesora Visitante en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: patricia.cuenca@uc3m.es

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: rafael.asis@uc3m.es

*** Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: mcarmen.barranco@uc3m.es

* Investigadora Asociada en el Centre for Disability Law and Policy de la Universidad Nacional de Irlanda en Galway. E-mail: marialaura.serra@nuigalway.ie

** Catedrático de Filosofía del Derecho en la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: javofil@der-pu.uc3m.es

^γ Professor of Health Sciences, Qatar University. E-mail: kalali@qu.edu.qa

^{γγ} Associate Professor of Medical Ethics in Medicine, Joan and Sanford I. Weill Cornell Medical College in Qatar. E-mail: prd2002@qatar-med.cornell.edu

I.- INTRODUCCIÓN

Bajo la rúbrica “igual reconocimiento como persona ante la ley” el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU (en adelante CDPD) contiene una serie de previsiones que implican una auténtica revolución¹ respecto del tratamiento tradicional de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en las legislaciones nacionales. El carácter revolucionario de este artículo se ha visto confirmado por la interpretación que de las obligaciones que establece ha realizado el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante Comité de la CDPD) en su Observación General N° 1².

Tras analizar el sentido y alcance del art. 12 de la CDPD a luz de esta Observación este trabajo se centra en analizar su impacto en el sistema jurídico del Estado de Qatar y, en concreto, en la legislación civil que establece el régimen general de ejercicio de la capacidad jurídica y en el ámbito del Derecho Privado y de Familia.

II.- EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 12 DE LA CDPD A LA LUZ DEL COMENTARIO GENERAL N°1 DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La redacción del artículo 12 fue una de las cuestiones más polémicas durante la elaboración de la CDPD y estuvo a punto de dar lugar a su aprobación con una nota al pie que, finalmente, después de complejas negociaciones fue eliminada³. En todo caso, esta supresión no impidió que durante el proceso de ratificación y firma de la CDPD se produjeran numerosas reservas y declaraciones interpretativas en relación con el artículo 12⁴ y no cerró el debate

¹ MINKOWITZ, T., “The United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities and the Right to be free from non-consensual psychiatric interventions”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, núm. 34, 2006-2007, pp. 405-408.

² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, *Observación general N° 1 Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley*, 2014, CRPD/C/GC/1, Disponible en: <http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/208> (última consulta: 4 de septiembre de 2017).

³ Vid. sobre las discusiones acerca del artículo 12 de la CDPD PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad: orígenes, caracterización y plasmación en la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, Colección CERMI, Ediciones Cinca, Madrid, 2008, pp. 454-467 y DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar for the Future?”, *Syracuse Journal of International Law and Commerce*, vol. 34, 2006-2007, pp. 438-456.

⁴ Según la opinión legal sobre el Artículo 12 de la CDPD de más de 30 distinguidos expertos y expertas internacionales, dichas reservas y declaraciones serían nulas al enfrentarse al espíritu de la CDPD. Vid. Internacional Disability Alliance (IDA), *Legal Opinion on Article 12 of CRPD*. Disponible en:

acerca de su significado e implicaciones. Por esta razón, el Comité de la CDPD considerando que los informes iniciales de los Estados parte que había revisado hasta el momento revelaban “un malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados partes en virtud del artículo 12 de la Convención” - en tanto no se había comprendido “en general” que “el modelo de discapacidad basado en los derechos humanos implica pasar del paradigma de la adopción de decisiones sustitutiva a otro que se base en el apoyo para tomarlas” - dedicó su primera Observación General a aclarar su sentido⁵

En lo que sigue se analizarán de manera sucinta los elementos clave del artículo 12 y las principales novedades que introduce respecto de la regulación tradicional de la capacidad jurídica tomando como referencia las consideraciones realizadas por el Comité de la CDPD en esta Observación. En todo caso, antes de entrar en el estudio de sus diferentes apartados, conviene tener presente que este precepto supone, en primer lugar, un cambio trascendental en el enfoque filosófico de aproximación a la capacidad jurídica⁶.

Históricamente la cuestión de la capacidad jurídica, al igual que la discapacidad en general, ha sido abordada desde una concepción anclada en el modelo médico y la perspectiva asistencialista⁷. Desde esta óptica, se considera que los déficits cognitivos que presentan algunas personas con discapacidad –básicamente, aunque no exclusivamente personas con discapacidad mental o psicosocial– les impiden tomar sus propias decisiones de manera ‘correcta’ (esto es, de forma, autónoma, independiente, libre y responsable). Lo anterior justifica como una consecuencia natural e imprescindible para

<http://www.internationaldisabilityalliance.org/es/node/208> (última consulta: 3 de agosto de 2017).

⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de la ONU, *Observación general Nº 1*, cit., para. 3.

⁶ Sobre la proyección del modelo médico y la perspectiva asistencialista en la regulación de la capacidad jurídica Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “La capacidad jurídica de las personas con discapacidad: el artículo 12 de la Convención de la ONU y su impacto en el Ordenamiento jurídico español”, *Derechos y libertades*, núm. 24, 2011, pp. 221-257 y CUENCA GÓMEZ, P., *Los derechos fundamentales de las personas con discapacidad. Un análisis a la luz de la Convención de la ONU*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Alcalá-Defensor del Pueblo, Madrid, 2012, Cap. 3.

⁷ Como es sabido la principal idea de este modelo consiste en la consideración de la discapacidad como un “problema” de la persona que tiene su origen en las deficiencias individuales. Las personas con discapacidad se contemplan, por tanto, como personas desviadas de un presunto patrón de normalidad y las restricciones que sufren a la hora de participar en la sociedad se imputan a sus deficiencias. Desde esta óptica el tratamiento de la discapacidad se orienta a “normalizar”, curar o rehabilitar a la persona para integrarla en la sociedad y asistir a aquellas personas que no pueden conseguir esta meta. Vid. sobre el modelo médico y sus diferencias con el modelo social, PALACIOS, A., *El modelo social de discapacidad*, op.cit.; OLIVER, M., *Understanding Disability. From theory to practice*, Palgrave, Malasia, 1996 y BARNES, C., y MERCER, G., *Disability*, Polity Press, Cambridge, 2003.

garantizar la protección de las personas con discapacidad que tienen dificultades para tomar sus decisiones que se les prive o se les limite su capacidad jurídica y que se les reemplace por un tercero autorizado para adoptar tales decisiones en su nombre y en su 'mejor interés'. Además, desde el enfoque tradicional, la capacidad jurídica se aborda desde la visión propia del Derecho privado como una cuestión eminentemente técnica⁸, relacionada con la intervención en el tráfico jurídico. En este sentido, su regulación se orienta también a proteger la seguridad de las transacciones y se centra en aspectos económicos o patrimoniales. En todo caso, en muchas legislaciones la declaración formal de incapacitación y/o la consideración de que una persona no posee la capacidad mental "estándar" afecta no sólo a la esfera económica sino también a esfera personal y ciudadana, impidiendo a las personas con discapacidad el ejercicio de sus derechos fundamentales.

Pues bien, la CDPD se aleja radicalmente de este enfoque. Desde la visión propia del modelo social de la discapacidad⁹, su artículo 12 parte de la consideración de que las dificultades que algunas personas con discapacidad encuentran para tomar sus propias decisiones no tienen su origen exclusivamente en sus deficiencias personales, sino que pueden estar ocasionadas y desde luego verse agravadas por la manera en la que hemos diseñado nuestro entorno (intelectual, comunicacional, actitudinal). En estas coordenadas, la capacidad jurídica no se considera algo natural sino una construcción social que tradicionalmente ha servido para excluir del mundo del Derecho (y de los derechos) a diferentes colectivos y que debe rediseñarse para incluir a las personas con discapacidad¹⁰.

⁸ Véase QUINN, G., "An Ideas Paper", *Seminar on Legal Capacity*, European Foundation Centre, Brussels, 2009. Disponible en: <http://www.inclusionireland.ie/sites/default/files/attach/basic-page/846/anideaspaperbygerardquinnjune2009.pdf> (última consulta: 30 de agosto de 2017). Vid. también BARIFFI, F., "Capacidad jurídica y capacidad de obrar de las personas con discapacidad a la luz de la Convención de la ONU" en L.C. PÉREZ BUENO, (dir.), *Hacia un Derecho de la Discapacidad. Estudios en homenaje al Profesor Rafael de Lorenzo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2009, p. 356.

⁹ En contraposición al modelo médico, el modelo social se caracteriza por trasladar el "problema" de la discapacidad desde el individuo a la sociedad. Desde esta óptica se entiende que la discapacidad tiene su origen no tanto en las limitaciones individuales sino en las limitaciones de una sociedad diseñada desde un estándar de normalidad que genera barreras que excluyen y discriminan a las personas con discapacidad. Por tanto, el tratamiento de la discapacidad se centra ahora en la normalización o rehabilitación de la sociedad y no de la persona. El modelo social traslada la discapacidad al campo de la discriminación, y con ello, al de los derechos humanos. Vid. sobre este modelo los trabajos ya citados en la nota 5.

¹⁰ Vid. DHANDA, A., "Advocacy Note on Legal Capacity", en Committee on the Rights of Persons with Disabilities, *Day of General Discussion on "Article 12 of the CRPD – The right to equal recognition before the law"*, 21 October 2009, World Network of Users and Survivors of Psychiatry, Odense, Denmark, 2009. Disponible en: <http://www.ohchr.org/EN/HRBodies/CRPD/Pages/DGD2009.aspx> (última consulta: 30 de mayo de 2017).

Por ello su regulación en la CDPD se centra en la eliminación de barreras y en la adaptación de sus condiciones de ejercicio a la situación y a las necesidades de las personas con discapacidad. En este sentido, resulta esencial garantizar la accesibilidad universal de los ámbitos en los que se ejerce la capacidad jurídica¹¹ –a través del diseño universal¹², la adopción de medidas de accesibilidad¹³ y la realización de los ajustes razonables que resulten necesarios¹⁴– así como la provisión de los apoyos que cada persona con discapacidad precise para tomar sus propias decisiones.

En conexión con la asunción del modelo social de la discapacidad, la CDPD impone el reemplazo del punto de vista asistencialista y del enfoque iusprivatista en el tratamiento de la capacidad jurídica por la perspectiva de los derechos humanos. A nuestro modo de ver, este cambio posee dos dimensiones, estrechamente relacionadas.

En primer lugar, implica que la cuestión de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe ser abordada de manera

¹¹ La accesibilidad universal aparece regulada en el Artículo 9 de la CDPD que establece que “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. La conexión de este precepto con el Artículo 12 ha sido subrayada por el Comité de la CDPD apunta que la falta de acceso a la información y la comunicación y los servicios inaccesibles pueden, en la práctica, constituir obstáculos a la efectividad de la capacidad jurídica de algunas personas con discapacidad, *Observación General N°1*, párra. 37. Sobre la accesibilidad universal, y las distintas estrategias para materializarla, *vid.* DE ASÍS ROIG, R., *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

¹² El diseño universal constituye una estrategia general adoptada *ab initio* desde la previsión inicial de un bien, producto, o servicio para lograr la accesibilidad universal. El artículo 2 de la CDPD lo define como “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”.

¹³ Las medidas de accesibilidad son también una estrategia general que supone rediseñar para todas las personas un bien o servicio que *ab initio* no cumplía esta condición.

¹⁴ Los ajustes razonables constituyen una estrategia particular para alcanzar la accesibilidad universal. Son definidos en el artículo 2 de la CDPD como “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”. Su relación con el artículo 12 es también destacada por el Comité de la CDPD en su *Observación General N° 1* cuando afirma “la no discriminación incluye el derecho a obtener ajustes razonables en el ejercicio de la capacidad jurídica. (...) Los Estados parte están obligados a efectuar las modificaciones o adaptaciones necesarias para que las personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica, salvo cuando impongan una carga desproporcionada o indebida.”, párra 34.

prioritaria desde los valores, principios y fines básicos que presiden el discurso de los derechos humanos¹⁵ que han de permear también el Derecho privado. Así, frente a la primacía del principio de protección en el sistema tradicional, en el nuevo modelo adquiere una importancia radical el valor de la autonomía, esto es, la idea de que todas las personas, incluidas las personas con discapacidad, tienen el derecho a elegir libremente sus metas, a dar los pasos más adecuados conseguirlas y a cometer sus propios errores.

En segundo lugar, el cambio mencionado pone de relieve que el reconocimiento de la capacidad jurídica constituye no sólo una condición necesaria para la válida intervención en el tráfico jurídico, sino también y sobre todo la puerta de acceso al ejercicio de todos los derechos humanos¹⁶.

En este sentido, el artículo 12 se convierte en el corazón del gran cambio de paradigma que la CDPD impulsa en el tratamiento general de la discapacidad y que supone dejar de considerar a las personas con discapacidad como objetos de protección, asistencia y cuidado para pasar a considerarlas como sujetos plenos y activos de derechos humanos¹⁷.

Entrando en el estudio de las diferentes previsiones del artículo 12, cabe señalar que, tal como indica el Comité de la CDPD “en el artículo 12, párrafo 1, se reafirma que las personas con discapacidad tienen derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica. Esto garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona.”¹⁸ Este

¹⁵ Sobre la adaptación del discurso de los derechos para lograr la inclusión de las personas con discapacidad, Vid. CUENCA GÓMEZ, P., “Sobre la inclusión de la discapacidad en la teoría de los derechos humanos”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 158, 2012, pp. 103-137.

¹⁶ En este sentido, la *Observación General N° 1*, páras.8 y 31 del Comité de la CDPD recalca que “la capacidad jurídica es indispensable para el ejercicio de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales”, y que: “el reconocimiento de la capacidad jurídica está vinculado de manera indisoluble con el disfrute de muchos otros derechos humanos establecidos en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, entre ellos los siguientes: el derecho al acceso a la justicia (art. 13); el derecho a no ser internado contra su voluntad en una institución de salud mental y a no ser obligado a someterse a un tratamiento de salud mental (art. 14); el derecho al respeto de la integridad física y mental (art. 17) ; el derecho a la libertad de desplazamiento y a la nacionalidad (art. 18); el derecho a elegir dónde y con quién vivir (art. 19) ; el derecho a la libertad de expresión (art. 21) ; el derecho a casarse y fundar una familia (art. 23); el derecho a dar su consentimiento para el tratamiento médico (art. 25); y el derecho a votar y a presentarse como candidato en las elecciones (art. 29). El no reconocimiento de la personalidad jurídica de la persona compromete notablemente su capacidad de reivindicar, ejercer y hacer cumplir esos derechos y muchos otros derechos establecidos en la Convención.”

¹⁷ QUINN, G., ‘A Short Guide to the United Nations Convention on the Rights of Persons with Disabilities’ in G. Quinn and L. Waddington (eds.), *European Yearbook of Disability Law: Volume 1*, Intersentia, 2009, p. 105.

¹⁸ *Observación General N° 1*, pára. 11.

párrafo requiere que se revise la legislación nacional para identificar las discriminaciones en razón de discapacidad en relación con algunos efectos que derivan del reconocimiento de la personalidad jurídica (nacionalidad, nombre, documentos de identidad, etc.). Por ello, cualquier legislación o práctica que deniega a las personas con discapacidad el derecho a ser registrados al nacer, la nacionalidad, el derecho a herencia y/o a obtener un documento de identidad debe considerarse contrario al párrafo 1 del artículo 12.

El artículo 12, párrafo 2 reconoce que las personas con discapacidad “tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida.” En relación con esta previsión cabe precisar que tal y como de nuevo aclara el Comité de la CDPD la “capacidad jurídica incluye la capacidad de ser un titular de derechos y la capacidad de actuar conforme a la ley”¹⁹. En segundo lugar, de su tenor literal, que no establece distinciones, de la previsión de articular apoyos, que se contempla en el artículo 12.3 y de la definición abierta de discapacidad, que se contiene en el artículo 2 de la CDPD se desprende que el artículo 12.2 establece el paradigma de “capacidad jurídica universal”, para todas las personas con discapacidad sin exclusiones por razón del tipo o del grado de discapacidad²⁰.

En tercer lugar, resulta crucial señalar que, a luz del Artículo 12, la capacidad jurídica no puede ser cuestionada por razón de discapacidad, lo que supondría, además, una discriminación por motivo de discapacidad prohibida por el Artículo 5 de la CDPD²¹. Dicho de otro modo, la discapacidad nunca puede constituir por sí misma una justificación para anular o restringir la capacidad jurídica.

En este sentido, tal y como señala el Comité de la CDPD²², el reconocimiento de la capacidad jurídica “en igualdad de condiciones” excluye el método de atribución de incapacidad por estatus (enfoque de estatus) de tal manera que la discapacidad de la persona o la existencia de una deficiencia (incluyendo deficiencia física, sensorial,

¹⁹ Una de las discusiones más relevantes en la negociación del artículo 12 de la CDPD, que estuvo a punto de provocar fuera aprobado con una nota al pie, versó, precisamente, sobre el significado y alcance del término capacidad jurídica. El texto de esta nota decía que “en árabe, chino y ruso, el término “capacidad jurídica” se refiere a la “capacidad jurídica de los derechos»” no a la “capacidad jurídica de actuar””. En todo caso, además de la Observación general del Comité de la CDPD, pueden esgrimirse a favor de esta interpretación el Informe que el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos presentó al Comité Especial en su Sexta Reunión denominado “Capacidad jurídica”. Disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/documents/ahc6ohchrlegalcap.doc> (última consulta: 30 de agosto de 2017).

²⁰ Como señala el Comité de la CDPD, “el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley entraña que la capacidad jurídica es un atributo universal inherente a todas las personas en razón de su condición humana y debe mantenerse para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás”. *Observación General N° 1*, párra. 8.

²¹ *Idem*, párra. 32.

²² *Idem*, párra. 15.

mental o intelectual) nunca debe ser una razón para denegar la capacidad jurídica. Y, asimismo, excluye también el enfoque de resultados, que tiene en cuenta las consecuencias de las decisiones adoptadas por las personas con discapacidad y entraría en juego cuando las mismas se consideran perjudiciales para sus propios intereses o socialmente inaceptables. Finalmente, descarta el enfoque funcional, que se basa en la evaluación de la competencia mental de la persona para tomar una decisión determinada o ejercer un derecho concreto²³. Tal y como señala el Comité de la CDPD “en todos esos criterios, la discapacidad de la persona o su aptitud para adoptar decisiones se consideran motivos legítimos para negarle la capacidad jurídica y rebajar su condición como persona ante la ley. El artículo 12 no permite negar la capacidad jurídica de ese modo discriminatorio, sino que exige que se proporcione apoyo en su ejercicio.”²⁴

En este sentido, el artículo 12.2 obliga a abolir instituciones como la interdicción o la incapacitación y a erradicar el recurso a evaluaciones de la competencia mental o el uso de etiquetas o denominaciones como el “desequilibrio mental”, que se aplican exclusivamente a las personas con discapacidad, como razones para impedir el ejercicio de la capacidad jurídica²⁵. Y esta garantía de igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica conlleva como lógico corolario la obligación de los Estados de tomar medidas apropiadas para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica, a la que se refiere el artículo 12.3²⁶.

De este modo, y como antes se anunció, el artículo 12 impone el reemplazo del del modelo de sustitución en la toma de decisiones

²³ Un análisis de estos 3 enfoques puede verse en el trabajo de DHANDA, A., “Legal Capacity in the Disability Rights Convention: Stranglehold of the Past of Lodestar for the Future?”, *op.cit.* Una tercera crítica al enfoque de resultados que impide a las personas con discapacidad cometer sus propios errores, puede verse en QUINN, G. “An ideas paper on legal capacity”, también citado con anterioridad. El Comité dedica especial atención al descartar el enfoque funcional en tanto desde algunos sectores se defiende que sería el enfoque adoptado por la CDPD. En este sentido afirma el Comité que “el criterio funcional supone evaluar la capacidad mental y denegar la capacidad jurídica si la evaluación lo justifica. A menudo se basa en si la persona puede o no entender la naturaleza y las consecuencias de una decisión y/o en si puede utilizar o sopesar la información pertinente. Este criterio es incorrecto por dos motivos principales: a) porque se aplica en forma discriminatoria a las personas con discapacidad; y b) porque presupone que se pueda evaluar con exactitud el funcionamiento interno de la mente humana y, cuando la persona no supera la evaluación, le niega un derecho humano fundamental, el derecho al igual reconocimiento como persona ante la ley”, CRPD/C/GC/1, párra. 15. La consideración del artículo 12 como un instrumento post-funcionalista puede verse en QUINN, G., *From Object to Subject. Reflections on Personhood & Disability in the 21st Century*, AJUPID Final Conference, Sofia, Bulgaria, 10 de marzo de 2016.

²⁴ *Observación General N° 1*, párra. 15.

²⁵ *Idem*, párras. 13 y 15.

²⁶ *Idem*, párras. 16.

por un modelo alternativo de apoyo en la toma de decisiones.²⁷ Tal y como aclara el Comité de la CDPD, se trata de un reemplazo total en la medida en que “la obligación de los Estados partes de reemplazar los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva por otros que se basen en el apoyo a la adopción de decisiones exige que se supriman los primeros y se elaboren alternativas para los segundos. Crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción de decisiones sustitutiva no basta para cumplir con lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención”²⁸

De acuerdo al artículo 12.4, los sistemas de apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica deben incorporar salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el Derecho internacional en materia de derechos humanos. Aunque las salvaguardas deberán concretarse en la implementación del sistema de apoyo, la Convención identifica una serie de ámbitos donde apuntar²⁹ entre los que destacan el respeto por los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardas serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas (artículo 12.4).

La CDPD no especifica el modelo de apoyo que los Estados parte deberían adoptar. En el marco de las obligaciones y salvaguardias establecidas en el artículo 12, cada Estado es libre de diseñar su sistema de apoyo teniendo en cuenta su cultura jurídica y su estructura social. En todo caso, en su Observación general No. 1, el Comité de la CDPD señala que los apoyos pueden ser formales o informales³⁰, insiste en la importancia de reconocer su diversidad, en cuanto al tipo e intensidad³¹ y se refiere a “determinadas disposiciones esenciales” que los regímenes de apoyo deberían incluir

²⁷ El Comité de la CDPD en su *Observación general N° 1*, en relación al párrafo 3 del artículo 12 establece que “los Estados partes no deben negar a las personas con discapacidad su capacidad jurídica, sino que deben proporcionarles acceso al apoyo que necesiten para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos”. párra. 16.

²⁸ *Idem*, párra. 28.

²⁹ PALACIOS, A., “Consultative meeting with stakeholders on legal measures key for the ratification and effective implementation of the CRPD”, ponencia presentada en el marco del Estudio del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre medidas jurídicas esenciales para la ratificación y la aplicación efectiva de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Geneva, 24 de octubre de 2008.

³⁰ *Observación General N° 1*, párra. 17.

³¹ *Idem*, párra. 18.

para asegurar el cumplimiento del artículo 12³² entre las que cabe mencionar: la disponibilidad del apoyo para todas las personas incluidas aquéllas que precisan mayores niveles de asistencia; la necesidad de que todas las formas de apoyos, incluidas las más intensas, se basen en la voluntad y las preferencias de la persona, no en lo que se suponga que es su interés superior objetivo³³; la obligación de los Estados de facilitar la creación apoyo y de favorecer un reconocimiento jurídico accesible de las personas de apoyo y de establecer mecanismos para impugnar su actuación si no se acomoda a las exigencias de la Convención; la importancia de que el apoyo esté disponible a un coste simbólico o gratuitamente sin que la falta de recursos económicos pueda ser un obstáculo para acceder a los apoyos o la prohibición de que el apoyo en la adopción de decisiones no se utilice como justificación para limitar otros derechos fundamentales de las personas con discapacidad³⁴. El Comité también señala que “prestación de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica no debe depender de una evaluación de la capacidad mental; para ese apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica se requieren indicadores nuevos y no discriminatorios de las necesidades de apoyo”³⁵.

Por último, como antes se señaló, el artículo 12.5 alude a la obligación de asegurar que las personas con discapacidad puedan acceder a una serie de ámbitos patrimoniales –poseer o heredar bienes, a controlar sus propios asuntos financieros y a tener igual acceso a préstamos bancarios, hipotecas y otras formas de crédito financiero– de los que tradicionalmente han sido excluidas y de asegurar de que las personas con discapacidad no seas privadas de su propiedad de manera arbitraria. A juicio del Comité de la CDPD, el enfoque tradicional de negar a las personas con discapacidad la capacidad jurídica para las cuestiones financieras debe sustituirse por el apoyo para ejercer la capacidad jurídica, de acuerdo con el artículo 12, párrafo 3.³⁶

III.- EL TRATAMIENTO DE LA CAPACIDAD JURÍDICA EN EL SISTEMA JURÍDICO DE QATAR

Qatar es un Estado Árabe soberano e independiente con un

³² Idem, párra. 29.

³³ El Comité de la CDPD en su *Observación General No. 1*, párra. 21, en relación al párrafo 4 del artículo 12 establece que “el paradigma de ‘la voluntad y las preferencias’ debe reemplazar al del ‘interés superior’ para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con las demás”. Ello supone que “cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona” los apoyos deben orientarse a respetar la “mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias”.

³⁴ Idem, párra. 29.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Idem, párra. 23.

sistema mixto de Derecho civil basado en el Derecho civil y la ley de la Sharia que se reconoce en la Constitución de Qatar de 8 de junio de 2004 (artículo 1) como la principal fuente de la legislación.

La presencia de Qatar en el sistema internacional de Derechos Humanos es muy reciente por lo que tiene pendiente la ratificación de importantes instrumentos³⁷. En todo caso, en el año 2008 se adoptó una estrategia nacional de modernización (*Qatar National Vision 2030*) destinada a la renovación y desarrollo del país, que afirma pretender reforzar el compromiso de Qatar con los derechos humanos.³⁸ Como parte de esta estrategia de reforma Qatar ratificó la CDPD en el año 2008³⁹ y ha completado su proceso de revisión ante el Comité en septiembre de 2015⁴⁰.

A pesar de ciertos avances, como ponen de relieve algunas de las consideraciones realizadas por el Comité de la CDPD, en sus Observaciones finales sobre el informe inicial presentado por el Estado⁴¹, Qatar maneja todavía una concepción de la discapacidad que responde en lo esencial a la perspectiva asistencialista y al modelo médico alejada de una aplicación comprensiva y coherente del enfoque de derechos humanos y el modelo social. Esta visión – que se plasma en el conjunto del sistema jurídico Qatarí y se deja sentir con especial fuerza en la Ley No. 2 de 2004 sobre Personas con Necesidades Especiales (*Law No. 2 of 2004 in respect of People with Special Needs*)⁴²– inspira claramente la regulación de la capacidad jurídica.

³⁷ Tales como los dos Pactos Internacionales de Derechos Humanos adoptados por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1966 (Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC); el Grupo de Trabajo sobre el Exámen Periódico Universal (EPU) del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas ha mostrado la intención de Qatar de ratificar estos Convenios en su Informe.

³⁸ General Secretariat for Development Planning, *Qatar National Vision 2030*. Disponible en:

http://www.mdps.gov.qa/en/qnv/Documents/QNV2030_English_v2.pdf (última consulta 29 de agosto de 2017).

³⁹ Sin embargo, no ha ratificado aún el Protocolo Facultativo de la CDPD, que firmó en julio de 2007.

⁴⁰ Todos los documentos sobre este proceso están disponibles en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=983&Lang=en (última consulta: 10 de septiembre de 2017).

⁴¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar*, 2015, CRPD/C/QAT/CO/1, párra. 7. Disponible en:

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2fC%2fQAT%2fCO%2f1&Lang=en (última consulta 10 de septiembre de 2017). Vid. un análisis general de los desafíos que tiene que afrontar Qatar en la implementación de la CDPD en DE ASÍS ROIG, R.; BARRANCO AVILÉS, M.C.; CUENCA GÓMEZ, P.; RODRÍGUEZ DEL POZO, P.; AL ALI, K., "The Impact of the International Convention on the Rights of Persons with Disabilities on Qatari Domestic Legislation", *The Age of Human Rights Journal*, núm. 8, 2017.

⁴² En la Ley No. 2 de 2004, en su artículo 1, las personas con discapacidad son definidas, desde la perspectiva del modelo médico, como "cualquier persona con

Como antes se señaló, los países árabes, entre otros, promovieron durante el proceso de negociación de la Convención, la incorporación de una nota al pie en el artículo 12 limitando del significado del concepto de “capacidad jurídica” a la capacidad de goce o de los derechos, dejando fuera la capacidad de ejercicio. Esta propuesta que suponía un intento de introducir cambios sustanciales en el contenido de este precepto bajo la apariencia de una cuestión lingüística, fue finalmente rechazada.

Pues bien, al igual que en otros países, en Qatar la regulación civil de la capacidad jurídica irradia en todo el Ordenamiento condicionando la realización de actos jurídicos de diferente naturaleza y el ejercicio de diversos derechos por parte de las personas con discapacidad intelectual y psicosocial. Ante la imposibilidad de abordar en un trabajo de estas características todas las previsiones del Derecho qatarí en las que adquiere relevancia la cuestión de la capacidad jurídica, este estudio se centrará en el análisis del régimen general de atribución de personalidad y capacidad jurídica y en su proyección en algunos aspectos y derechos concretos en el ámbito específico del Derecho Privado y de Familia.

La legislación de Qatar en la materia responde al modelo tradicional de tratamiento de la capacidad jurídica expuesto en el anterior apartado y coincide en sus rasgos generales con la regulación vigente en muchos otros países que también tienen pendiente la adaptación normativa al artículo 12 de la CDPD. En todo caso, una peculiaridad que debe tenerse en cuenta es que en Qatar algunas de las previsiones relevantes en el ámbito de la capacidad jurídica, especialmente en el Derecho de Familia, provienen de la ley de la Shari’a.

III.1.- Régimen general en la personalidad y capacidad jurídica

En Qatar la personalidad se considera un atributo universal que su Código Civil reconoce a todos los seres humanos y no se establecen restricciones ni modulaciones basadas en la discapacidad⁴³. En el informe inicial presentado por Qatar ante el Comité de la CDPD⁴⁴ se señala que todo niño o niña con discapacidad

una discapacidad permanente total o parcial en cualquiera de los sentidos o en su habilidad física o en su habilidad psicológica o mental en su posibilidad de aprender o de someterse a rehabilitación o de ganarse la vida”. La perspectiva de especialidad, según el modelo médico, también está presente en otras definiciones, tales como “Educación Especial”, “Rehabilitación” e “Institutos de Educación Especial”.

⁴³ Ley No. 22 de 2004 sobre la Promulgación del Código Civil (*Law No. 22 of 2004 Regarding Promulgating the Civil Code*). Según señala el Artículo 39 del Código Civil “la personalidad de un ser humano comenzará al nacer vivo y cesará con la muerte”.

⁴⁴ *Informe inicial de Qatar ante el Comité de la CDPD*, CRPD/QAT/1, párrafos 138, 139 y 140, paras 138, 139, 140. Disponible en:

“se registra al nacer y se le da un nombre y nacionalidad”⁴⁵ y se afirma que la discapacidad no constituye una razón para la válida denegación o restricción de estos derechos⁴⁶. Respecto a la herencia, el artículo 43 del Código de Familia⁴⁷ tampoco hace distinciones basadas en la discapacidad. En este sentido, es posible afirmar que la legislación qatarí se ajusta con carácter general a las exigencias establecidas en el párrafo 1 del artículo 12 de la CDPD, respetando el derecho de las personas con discapacidad al reconocimiento de su personalidad jurídica en igualdad de condiciones.

Sin embargo, no puede decirse lo mismo del derecho al ejercicio de la capacidad jurídica en tanto la legislación de Qatar se basa todavía en el modelo de sustitución en la toma de decisiones. De acuerdo con lo señalado en el Código Civil (artículo 49)⁴⁸ el reconocimiento de la plena capacidad jurídica depende en Qatar de la mayoría de edad, que se alcanza a los 18 años, y de la competencia mental. En este sentido, aquellas personas que no están en posesión de sus ‘facultades mentales’ pueden ser incapacitadas. De algunas previsiones parece deducirse que la incapacitación en Qatar puede ser total o parcial, lo que puede ser una ventaja en relación con aquellas legislaciones que tan solo contemplan la incapacitación total.

Tal y como se establece en el artículo 52 del Código Civil y en el artículo 190 de la Ley de Familia “personas sin capacidad o con capacidad defectuosa” se regirán por las disposiciones de tutela o curaduría, natural o jurídica, según lo previsto por la legislación especial en la materia remisión que conduce a la Ley No. 40 de 2004 sobre la Tutela de los Fondos de Menores⁴⁹. El artículo 33 de la citada ley establece que ninguna persona mayor de edad que esté sujeta a un estado habitual de locura, es decir, inconsciente, mentalmente trastornada o imbecil (...) se le permitirá tomar el control de sus propios asuntos o administrar sus bienes. Esta ley considera como “incapacitado” a un ‘menor incompetente a un insano, inconsciente o

http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FQAT%2F1&Lang=en (última consulta: 10 de septiembre de 2017).

⁴⁵ Vid. Ley No. 5 de 1982 sobre el Régimen de Registro de Nacimientos y Defunciones (*Law No. 5 of 1982 on Births and Deaths Registration Regulation*) y la Ley Nro. 38 de 2005 sobre la adquisición de la Nacionalidad Qatarí (*Law No. 38 of 2005 on the acquisition of Qatari Nationality*).

⁴⁶ Como se explica en el *Informe inicial de Qatar ante el Comité de la CDPD*, párr. 141, el Departamento de Nacionalidad y Documentación de Viaje (*Department of Nationality and Travel Documentation*) asigna un número personal (nacional) a cada persona recién nacida en Qatar, independientemente de si tiene o no una discapacidad. Las personas con discapacidad están exentas del pago de tasas por la emisión y reemplazo de la tarjeta de identidad de Qatar y del pasaporte de Qatar.

⁴⁷ Ley No. 22 de 2006 sobre la Promulgación del Código de Familia (*Law No. 22 of 2006 Promulgating the Family Law*).

⁴⁸ Este precepto establece que “toda persona que alcance la mayoría de edad y esté en posesión de sus facultades mentales tendrá plena capacidad jurídica para realizar actos jurídicos, a menos que dicha persona esté incapacitada o que se decida proseguir la tutela o custodia de su propiedad”.

⁴⁹ *Law No 40 of 2004 on the Guardianship over Minors Funds*.

persona idiota'. En sus previsiones generales, la ley define los términos 'insano/a'⁵⁰, 'inconsciente'⁵¹, 'idiota'⁵² e 'imbécil'⁵³ y los identifica como personas con discapacidad psicosocial, cognitiva o intelectual.

Estas previsiones asumen un enfoque basado en el estatus o condición de la persona según la cual la existencia de ciertas deficiencias determina la ausencia de la capacidad mental necesaria para merecer el atributo de la capacidad jurídica. Además, emplean además términos peyorativos y estigmatizantes para referirse a las personas con discapacidad que pueden ser privadas de su capacidad jurídica. Por tanto, y de acuerdo con el análisis desarrollado en el anterior apartado, resultan discriminatorias y suponen una clara vulneración de los artículos 12.2 y 5 de la CDPD.

Pues bien, las personas declaradas incapaces están sujetas en Qatar a un especial sistema de curatela (*Curation or Qawama*) en virtud del cual se nombra a una tercera persona autorizada para administrar su propiedad y manejar sus asuntos. En relación con las personas que ejercen la curatela o tutela, el artículo 32 de la Ley No. 40 de 2004 prevé que la curaduría/tutela "se concederá al hijo varón mayor, luego al padre, luego a la autoridad". Además, en su artículo 40 esta ley señala que las previsiones que regulan la curatela/tutela jurídica de un o una menor, deben aplicarse a la curatela [de una persona adulta con discapacidad], y que el curador estará obligado por dichas disposiciones.

De este modo, el régimen general de ejercicio de la capacidad jurídica existente en Qatar se basa en la adopción de decisiones sustitutivas y asimila a las personas con discapacidad incapacitadas a los y las menores de edad, enfrentándose de nuevo a las exigencias de la CDPD.

En todo caso, la incapacitación exige en el sistema jurídico de Qatar la intervención de una autoridad judicial, lo cual supone una cierta garantía frente a otros sistemas jurídicos nacionales en los que basta con una decisión administrativa. El artículo 33 de la Ley No. 40 de 2004 sobre la Tutela de los Fondos de Menores establece de manera categórica que no se declarará ninguna "interdicción sin una orden judicial". Por su parte, el artículo 118 del Código Civil establece que los tribunales incapacitarán "a una persona que sufre de locura, imbecilidad, falta de atención o prodigalidad, de conformidad con las reglas y procedimientos prescritos por la ley". Sin embargo, no parece existir en Qatar una regulación específica suficientemente detallada del procedimiento de incapacitación. En este punto, la

⁵⁰ "Insano/a" significa cualquier persona que es extremadamente o intermitentemente tonto, demente, imprudente, irracional o mentalmente enferma.

⁵¹ "Inconsciente" significa cualquier persona que no tiene conciencia debido a enfermedad o vejez.

⁵² "Idiota" significa cualquier persona que está mentalmente alterada, confundida o pervertida.

⁵³ "Imbécil" significa cualquier persona que muestra debilidad mental o incapacidad.

legislación se limita a establecer que el juez debe de verificar las condiciones de la persona –esto es, que se encuentra en un habitual estado mental habitual de locura o insania o que es inconsciente, mentalmente trastornado o imbecil– a través del testimonio oral de personas conocedoras de la situación o por otros medios de prueba legítimos.

Al igual que sucede en otras legislaciones domésticas, la regulación de la incapacitación y sistema de tutela/curatela, se centra en Qatar en los aspectos patrimoniales, económicos y financieros desconsiderando los aspectos personales y el ejercicio de derechos fundamentales, a pesar de que la incapacitación en Qatar –de nuevo del mismo modo que sucede en muchos otros sistemas jurídicos nacionales – afecta también a estas esferas.

Respecto a las salvaguardas, la legislación qatarí no incorpora referencias relativas a la obligación de escuchar a la persona afectada y de tener en cuenta su voluntad y preferencias en el procedimiento de incapacitación, ni en la elección del curador, ni en el funcionamiento del sistema de tutela/curatela. Tampoco se establece el deber de revisar periódicamente las declaraciones de incapacitación ni se arbitra un procedimiento específico orientado a favorecer la reintegración o recuperación de la capacidad jurídica de la persona. En todo caso, en Qatar la capacidad jurídica es un requisito para poder ser parte en los procesos judiciales⁵⁴, por lo que las personas incapacitadas no podrían reclamar por sí mismas la recuperación de su capacidad.

No obstante, sí que existen en Qatar autoridades competentes para vigilar la actuación de los tutores/curadores de las personas incapacitadas y evitar posibles abusos. La autoridad general de Asuntos de Menores (*Authority for Minors Affairs*) es una organización gubernamental que tiene como objetivo proteger los derechos patrimoniales o financieros de los menores y de personas incapacitadas total o parcialmente, salvaguardando e invirtiendo su dinero para asegurar su bienestar⁵⁵. En este sentido, esta autoridad tiene entre sus competencias actuar como tutor de las personas incapacitadas que no tienen designados curadores y supervisar la actividad de los curadores para garantizar su actuación de conformidad con la ley. Esta institución desempeñará, además, funciones de guarda en relación con las personas incapacitadas que no tienen nombrado un curador y es la encargada de vigilar la actuación de los curadores para velar que cumplan con la ley aplicable. En consonancia con el enfoque general del sistema de incapacitación en Qatar, las funciones de esta autoridad se centran en los aspectos patrimoniales. Los curadores, al igual que los tutores legales de menores, deben presentar cuentas anuales y documentos

⁵⁴ Ley No. 13 de 1990 del Código de Procedimiento Civil y Comercial (*Law 13/1990 Civil and Commercial Procedure Law*).

⁵⁵ <http://www.alwasi.org.qa/> (última consulta: 30 de mayo de 2017).

relacionados a esta Autoridad con fines de auditoría, y también al juez para su aprobación⁵⁶.

Asimismo, el Ministerio Público tiene competencia para “investigar, revocar, restringir, detener o rechazar las solicitudes de custodia, así como las solicitudes de confirmación y nombramiento de tutores y otros asuntos relacionados con personas incapacitadas o incompetentes”.⁵⁷

Por otro lado, al aplicarse las previsiones relativas a la tutela de los menores, la realización por parte del curador de actuaciones que se consideran de especial trascendencia económica exige la previa autorización judicial, que deberá otorgarse tras la pertinente discusión con la Autoridad de Asuntos de Menores⁵⁸ y se cuenta con algunas medidas orientadas a evitar los conflictos de interés⁵⁹.

Según se ha venido indicando y como se analizará con posterioridad con mayor detalle, en la legislación qatarí los curadores reemplazan a las personas incapacitadas en la realización de una pluralidad de actos jurídicos y también en el ejercicio de diferentes derechos (incluidos, derechos fundamentales). En este sentido, el Comité de la CDPD en sus *Observaciones finales* sobre Qatar ha expresado su preocupación por “los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones y de tutela en relación con las personas con discapacidad” consagrados en la legislación “los cuales restringen el ejercicio de derechos, como el derecho de voto, de matrimonio, de formar una familia, de dar y revocar el consentimiento libre e informado, de acceso a la justicia y de elegir dónde y con quién vivir”⁶⁰.

⁵⁶ Artículo 23.5 de la Ley No. 40 de 2004 sobre la Tutela de los Fondos de Menores.

⁵⁷ Artículo 7 de la Ley No. 10 de 2002 sobre el Ministerio Público (*Law No. 10 of 2002 on the Public Prosecution*).

⁵⁸ Así, tal y como dispone el artículo 9 de la Ley No. 40 de 2004, el tutor natural de un/a menor y, por tanto, también el curador de una persona incapacitada “no podrá realizar los siguientes actos sin el permiso del tribunal: “1. Deshacerse del inmueble del menor. 2. Prestar o pedir prestado dinero del menor. 3. Rentar la propiedad del menor por más de un año, o un año después de que cumpla la mayoría de edad. 4. Aceptar o denegar donaciones sujetas a condiciones. 5. Hipotecar o donar la propiedad del menor. 6. Disponer de los negocios o valores del menor. 7. Continuar el comercio en una empresa después de que el menor tome posesión de la misma”.

⁵⁹ En este sentido, el artículo 18 de la de la Ley No. 40 de 2004 establece que “Un juez puede designar la Autoridad u otro tutor especial y definir tal nombramiento de la siguiente manera: 1. Cuando los intereses del menor contravengan los intereses del tutor natural, testamentario o legal, o uno de sus tutores, o sus ascendientes, descendientes o cónyuge, o los intereses de otro menor que represente el tutor. 2. Cuando se rescinda, revoque o cancele un contrato financiero celebrado entre el menor y una de las personas mencionadas en el párrafo anterior. 3. Cuando el menor reciba donaciones y el donante requiera que el tutor no pueda manejar el dinero del menor. 4. Cuando se requiera de un conocimiento especial para manejar algunos de los negocios de menores. 5. Cuando el tutor natural, testamentario o legal no sea elegible para ejercer cualquier derecho de tutela”.

⁶⁰ *Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar*, para. 23.

Sin embargo, aunque como regla general el sistema qatarí se basa en la toma de decisiones sustitutivas, se establecen algunos mecanismos que permiten a ciertas personas incapacitadas y bajo determinadas condiciones “manejar sus propios asuntos”.

Así, en el informe inicial presentado por el Gobierno de Qatar ante el Comité de la CDPD se señala que algunas personas que están bajo tutela pueden asumir la gestión de todos o algunos de sus bienes, con el permiso de un juez y después de que la autoridad haya sido consultada.⁶¹ En este caso resultan de aplicación las previsiones que se refieren a los menores de edad autorizados para manejar sus propios asuntos que suponen la aplicación del parámetro de la protección del mejor interés. Según el tenor literal del artículo 34 de la Ley No. 40 de 2004, que se menciona en este punto en el informe, esta previsión se aplica a los “interdictos imbéiles” (y, además, a las personas con una declaración de prodigalidad)⁶².

También en el Código Civil se considera (artículos 119–125) que las personas bajo interdicción por prodigalidad o por “*inattentiveness*” pueden ser jurídicamente competentes para la realización de ciertos actos⁶³ (incluyendo la administración de sus bienes, la celebración de un contrato de trabajo, así como la disposición del salario que reciben por tal empleo). De nuevo, los límites que se establecen para la realización de estos actos por parte de las personas bajo interdicción son los mismos que en el caso de los “*discerning minors*”, e implican básicamente, la protección de su mejor interés⁶⁴. En este punto, en tanto la legislación no define expresamente el concepto de personas incapacitadas por “*inattentiveness*” no está claro a qué personas con discapacidad incapacitadas resultarían aplicables, en su caso, estas previsiones.

⁶¹Informe inicial de Qatar ante el Comité de la CDPD, para. 93.

⁶² En todo caso, conviene subrayar que el Informe inicial de Qatar ante el Comité de la CDPD no recoge literalmente el contenido de este precepto sino que se refiere a las personas incapacitadas por “irresponsibility or ineptitude”, términos que en la traducción española se han entendido referidos respectivamente a “las personas incapacitadas por deficiencia intelectual o declaración de prodigalidad”.

⁶³ Así, de acuerdo con el Código Civil, “los contratos celebrados por una persona sometida a interdicción por prodigalidad o desatención después del registro de la solicitud de interdicción se regirán por las disposiciones del artículo 111 que regula la disposición de la propiedad de los menores con discreción, por lo que los contratos serán válidos cuando sean enteramente a su ventaja y nulos cuando sean totalmente a su desventaja. Si las personas bajo la interdicción por prodigalidad o por “desatención” están autorizadas a tomar posesión de sus bienes, son competentes para administrar y administrar dichos bienes. También se consideran legalmente competentes para celebrar un contrato de trabajo y disponer de lo que ganan para tal empleo, de nuevo dentro de los mismos límites exigentes para los menores. Y, si han recibido la autorización del tribunal, la disposición de una wakf (dotación) o la ejecución de un testamento serán válidas.

⁶⁴ Los “*discerning minors*” son, de acuerdo con el artículo 1 de la Ley No. 40 de 2004, “todas las personas que superan la edad de 17 años pero que no alcanzan la mayoría de edad”.

Aunque las anteriores disposiciones no se ajustan a las obligaciones establecidas en el artículo 12.2 de la CDPD –en tanto asimilan de nuevo la situación de las personas con discapacidad bajo tutela a la situación de los menores de edad y dan primacía al parámetro del mejor interés– suponen una cierta ventaja como punto de partida en la implementación de este precepto en comparación con otros sistemas que no permiten en ningún caso que las personas incapacitadas adopten sus propias decisiones en ninguna esfera.

III.2.- Capacidad para contratar, realizar actos patrimoniales, y ejercer derechos civiles

La legislación civil qatarí considera la capacidad jurídica como un requisito imprescindible para celebrar un contrato válido. En este sentido, el artículo 108 del Código Civil establece que el consentimiento para contratar sólo será válido si es otorgado por una persona competente y en el artículo 109 aclara que toda persona que no ha sido declarada legamente incapaz (total o parcialmente) tiene capacidad jurídica para contratar⁶⁵. En el caso de las personas incapacitadas, son sus representantes legales quienes pueden celebrar un contrato en su nombre.

En este punto interesa resaltar que la legislación de Qatar incorpora un mecanismo para asistir a algunas personas con discapacidad en la celebración de un contrato. Así, el artículo 127 del Código Civil establece en relación a las personas con discapacidad física o sensorial severa (particularmente, personas sordas y mudas, ciegas y sordas, o ciegas y mudas) que no pueden entender el contenido o las circunstancias de un contrato, o que no puede comunicar eficazmente su voluntad, la posibilidad de nombrar “un auxiliar judicial para ayudar a cualquier persona que lo necesite en su interés superior”. Después de este nombramiento, los actos realizados por la persona con discapacidad sin asistencia serán susceptibles de ser anulados (artículo 128). En algunas circunstancias –cuando debido a un debilitamiento severo provocado por una enfermedad, una persona no puede concluir una disposición incluso con asistencia judicial, o si la persona se abstiene de hacerlo– el tribunal puede permitir al asistente judicial concluir el contrato de forma unilateral en el caso de que no hacerlo pudiese implicar un daño para el “mejor interés” de la persona.

Estas previsiones establecen un mecanismo de apoyo en relación con el ejercicio de la capacidad contractual que podría

⁶⁵ De conformidad con el artículo 120, será nulo y quedará sin efecto todo contrato celebrado por una persona que sufre de insanía o demencia después del registro de la solicitud de interdicción. En caso de que el contrato se celebre antes del registro de la solicitud de interdicción no se considerará nulo y sin efecto a menos que la condición de insanía o demencia fuera una cuestión de conocimiento general en el momento en que el contrato fue celebrado o si la otra parte tenía conocimiento de la misma.

extenderse a otros ámbitos donde la asistencia en la toma de decisiones es requerida y que podría aplicarse a las personas con discapacidad intelectual o psicosocial reemplazando a los tradicionales mecanismos de sustitución. En cualquier caso, de acuerdo con las exigencias de la CDPD, la asistencia debería de orientarse no a proteger el mejor interés de la persona sino a apoyar la expresión o la mejor interpretación, dependiendo de la situación concreta de las personas, de su voluntad y de preferencias.

El Código Civil también incorpora algunas previsiones orientadas a proteger a las personas incapacitadas en relación con los contratos celebrados por ellas⁶⁶, los pagos no jurídicamente debidos⁶⁷, los pagos de deudas⁶⁸ o con respecto del momento de la prescripción⁶⁹.

De acuerdo con el artículo 939 del Código Civil, una persona sin capacidad o con una capacidad deficiente puede adquirir una propiedad solo a través de una representación reconocida jurídicamente.

Por otra parte, el Informe presentado por Qatar ante el Comité de la CDPD señala que el Banco Central de Qatar ha establecido un aparato normativo que garantiza la prestación sencilla y cómoda de los servicios bancarios y financieros a las personas con discapacidad, en iguales condiciones que otras personas y considerando las circunstancias especiales del colectivo. En todo caso, estas directivas se refieren, básicamente a cuestiones de accesibilidad relacionadas con las personas ciegas y con movilidad reducida⁷⁰. Si bien en el informe se afirma que “en relación con el apoyo que al amparo del artículo 12 de la Convención se brinda a las personas con discapacidad para el ejercicio efectivo de su capacidad jurídica y la

⁶⁶ El artículo 164 establece que “sin embargo, cuando un contrato celebrado por una persona sin capacidad jurídica o con capacidad deficiente sea inválido o anulado por razón de tal falta de capacidad o capacidad deficiente, dicha persona sólo estará obligada a reembolsar los beneficios que haya obtenido de la ejecución del contrato”. Mientras que la regulación general establece que las partes contratantes serán reintegradas a la posición en la que se encontraban antes de la celebración del contrato. En el caso de que tal reintegración sea imposible, podrán concederse daños equivalentes a cualquier pérdida sufrida.

⁶⁷ El artículo 222 dispone que “toda persona que reciba el pago de cualquier cantidad que no le corresponda legalmente deberá devolver dicha cantidad. No se exigirá el reembolso si la persona que efectúa el pago tiene pleno conocimiento de que no está obligado a efectuar dicho pago, salvo cuando dicha persona está incapacitada o ha sido coaccionada para realizar dicho pago”.

⁶⁸ Según el artículo 355, el pago por una persona incapacitada por una cosa será válida a menos que el pagador sufra cualquier daño debido a tal pago.

⁶⁹ El artículo 411 establece que: “El plazo de prescripción no se aplicará cuando se impida al acreedor reclamar su derecho, incluso si dicha prevención es moral; Ni se aplicará a la relación entre el principal y su agente. La falta o la ausencia de capacidad del acreedor, o una sanción dictada contra él, se considerará una prevención para reclamar un derecho, a menos que el acreedor esté representado legalmente por un agente”.

⁷⁰ *Informe inicial de Qatar ante el Comité de la CDPD*, párra. 99.

gestión de sus asuntos económicosQ el Ministerio de Asuntos Sociales ha llevado a cabo junto al Banco Central de Qatar “numerosas actuaciones de seguimiento en relación con el mecanismo para la gestión de los asuntos económicos de las personas con discapacidad”⁷¹, no se concreta en qué consiste en este mecanismo ni se señala si se ha puesto en marcha.

En relación con los derechos civiles el artículo 50 del Código civil establece que “ninguna persona que carezca de discreción por razón de juventud o imbecilidad o locura será competente para ejercer sus derechos civiles”. Por lo tanto, en esta área, el criterio clave para determinar la “incompetencia” de una persona no es tanto la existencia de una declaración judicial de incapacitación, sino la “falta de discreción”. De nuevo, la consideración de la “imbecilidad” o la “insania” –etiquetas, como antes se señaló peyorativas y estigmatizantes, bajo las que se engloba a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial– como razones determinantes de la falta de discreción necesaria para considerar a una persona competente para ejercer sus derechos civiles constituye una discriminación que vulnera la CDPD.

III. 3. La capacidad jurídica en el Derecho de familia

Aunque en este trabajo no nos detenemos en el análisis de esta cuestión conviene tener en cuenta que, como antes se señaló, en el Código de Familia (Ley No. 22 de 2006) muchas previsiones se inspiran directamente en la ley de la Sharia por lo que existen algunas disposiciones que resultan muy problemáticas desde el punto de vista de la igualdad de la mujer, y que afectan también a las mujeres con discapacidad⁷².

En el ámbito del Derecho de Familia el hecho de ser “sano mentalmente”, a veces en combinación con otros requisitos basados también en el modelo médico de tratamiento de la discapacidad y, en ocasiones incluso en el modelo de la prescindencia, es un parámetro común para reconocer la capacidad de ejercicio de derechos y para realizar actos jurídicos. De nuevo este criterio resulta excluyente para las personas con discapacidad, tal y como señala el Comité de la CDPD es su Observación general No. 1.

Por lo que respecta al matrimonio, el Código de Familia (Ley No. 22 de 2006) exige la “competencia” de los contrayentes para emitir un consentimiento (artículo 12⁷³) y entiende que su válida

⁷¹ *Idem*, párra. 100.

⁷² Por ejemplo, el nombramiento de un tutor de la novia, la consideración de que sólo los varones pueden ser tutores y testigos en el matrimonio, la regulación de los derechos y deberes de los contrayentes, la regulación antes mencionada sobre la *Curation* o *Qawama*, etc.

⁷³ De acuerdo con el artículo 12 de la Ley No. 22 de 2006. Para la validez del contrato de matrimonio se requerirán las siguientes condiciones: 1. Competencia de las partes y que no esten sujetas a incapacidad legal. 2. La validez de la oferta y

celebración requiere la “cordura y madurez” de ambas partes (artículo 14).

Según la legislación qatarí, los matrimonios de las personas enfermas mentales o incompetentes “no serán autenticados” salvo en las siguientes condiciones: aprobación por el tutor de la novia⁷⁴, verificación del consentimiento y conocimiento de la condición mental por la otra parte que celebra un contrato matrimonial y verificación por un experto médico competente de que la enfermedad no será transmitida a sus descendientes. Además, las personas con discapacidad intelectual o psicosocial sufren también restricciones a la hora de actuar como tutores o testigos en los contratos de matrimonio dado que en ambos casos la legislación contempla expresamente como exigencia estar “mentalmente sano”⁷⁵. Este criterio se requiere también en el caso del divorcio (artículo 110 de la Ley Nro. 22 de 2006). Así, según este precepto el divorcio por una persona demente o por una persona con discapacidad intelectual no tendrá ningún efecto.

Por otra parte cabe mencionar que el Código de Familia (Artículo 18) prevé exámenes premaritales obligatorios para Qataríes y no Qataríes, lo que implica que las partes deben presentar un certificado médico de una autoridad médica competente que especifique que están libres de enfermedades genéticas y de otras enfermedades (especificadas por la Autoridad Sanitaria Nacional en coordinación con las autoridades competentes). El notario de matrimonio notificará a cada parte el contenido del certificado médico presentado antes de la firma del contrato, pero no podrá denegar la autenticación del contrato como resultado del examen médico si las partes así lo desean⁷⁶. Además, la legislación qatarí contempla la separación sobre la base de una deficiencia o enfermedad (artículos 123–127 del Código de Familia). De acuerdo al artículo 123, “cada uno de los cónyuges puede solicitar la separación por causa de una infección o de una enfermedad crónica que hace imposible la

la aceptación de la misma. 3. El tutor, que cumpla con las condiciones establecidas en las disposiciones de esta Ley. 4. Los testigos previstos en esta Ley.

⁷⁴ El tutor de la novia debe ser nombrado de acuerdo con el artículo 12 del Código de Familia (Ley No. 22 de 2006). Esta institución resulta de aplicación en virtud de la Sharia.

⁷⁵ El tutor matrimonial (artículo 26) será un varón (el padre, sino el abuelo agnado, el hijo, el hermano completo, el medio hermano paterno, el tío completo y luego el tío paterno, respectivamente) de mente sana y madura y que no se encuentren en estado de consagración ritual (Ihram) para el peregrinaje a La Meca (Hajj o Umrah), y musulmán si la tutela es para una mujer musulmana. Los testigos deben ser dos hombres musulmanes también sanos y maduros y competentes, habiendo oído la oferta y la aceptación y habiendo entendido que el matrimonio está destinado (artículo 36).

⁷⁶ En su *Informe inicial ante el Comité de la CDPD*, Qatar señala que este examen tiene por objeto la identificación temprana de determinadas enfermedades con el fin de garantizar un matrimonio saludable y reducir al mínimo los riesgos a los que los cónyuges pueden verse expuestos después de su matrimonio debido a que uno de ellos tenga una enfermedad grave o de origen genético, párr.161.

continuación de la vida matrimonial y para la cual no hay cura o para la cual se puede esperar una curación después de un lapso de más de un año, si tal enfermedad es mental o física y si se contrae antes o después del contrato de matrimonio.”

Estar “sano mentalmente” y estar “libre de enfermedades contagiosas o infecciosas peligrosas”, entre las cuales se incluye el VIH son requisitos que se exigen para ser elegible para la custodia de los hijos⁷⁷. Además, para ejercer la tutela legal de un menor se exige “estar sano”⁷⁸. El estar sano mentalmente también se requiere en la determinación de la paternidad por admisión⁷⁹.

Pues bien, esta regulación no sólo vulnera los artículos 12 y 5 de la CDPD sino también su artículo 23. Este último precepto, cuya conexión con el Artículo 12 ha sido resaltada por el Comité de la CDPD en su Observación general No. 1, reconoce el derecho de las personas con discapacidad al “respeto por el hogar y la familia”, cuyo cumplimiento exige a los Estados parte que adopten medidas efectivas para eliminar la discriminación en contra de las personas con discapacidad en todos los aspectos relacionados al matrimonio, familia, paternidad y las relaciones personales. En particular este artículo exige a los Estados parte garantizar, entre otras cosas, el derecho de las personas con discapacidad, que están en edad de hacerlo, de contraer matrimonio y formar una familia sobre la base de su consentimiento libre y pleno. Y requiere también a los Estados que se garanticen los derechos y responsabilidades de las personas con discapacidad en el ámbito de la tutela, curatela, fideicomiso de niños o instituciones similares. En relación con el art. 23 el Comité de la CDPD en sus *Observaciones finales* sobre Qatar expresó su preocupación por “las leyes y políticas discriminatorias que restringen los derechos de las personas con discapacidad, en particular de las mujeres, en todos los asuntos relacionados con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, en igualdad de condiciones con los demás”⁸⁰.

En relación con la capacidad de hacer un testamento, el artículo 214 del Código de Familia establece que el testador debe estar mentalmente sano, ser un adulto y tener capacidad para donar. Sin embargo, si el testador está sujeto bajo tutela por prodigalidad o “*inadvertence*”, su voluntad puede ser validada con permiso o aprobación de la Corte. Para evaluar esta disposición, necesitamos conocer el significado del concepto “personas bajo tutela por inadvertencia”, que de nuevo no está definido en la ley. Respecto a la capacidad de aceptar un testamento, la ley requiere capacidad para donar (por lo tanto, de conformidad con el artículo 197 del Código de Familia se necesita plena capacidad jurídica, ser adulto, estar sano y

⁷⁷ Artículo 167 del Código de Familia.

⁷⁸ Artículo 4 de la Ley No. 40 de 2004 sobre la Tutela de los Fondos de Menores.

⁷⁹ Artículo 89 del Código de Familia.

⁸⁰ Informe inicial de Qatar, para. 41.

actuar libremente, no estar bajo tutela, y no tener una enfermedad terminal). En el caso de una persona bajo tutela, el tutor debe aceptar el testamento y no puede rechazarlo salvo con el permiso del Juez⁸¹.

A pesar de las graves deficiencias que el Derecho de Familia de Qatar presenta a luz del artículo 12 de la CDPD, es posible identificar algunos aspectos positivos desde la óptica de los derechos de las personas con discapacidad en lo que respecta a la expresión del consentimiento, por ejemplo, en relación con el matrimonio, el divorcio y los testamentos. Por lo que respecta al matrimonio se establece que el consentimiento debe expresarse de manera verbal si bien en caso de "incapacidad del habla" la ley preve que los contrayentes "expresen el entendimiento sobre el significado del acto bien por escrito o bien por cualquier otra forma aceptable de comunicación"⁸². En el caso del divorcio la ley requiere pronunciamiento expreso o escrito, pero en el caso de "incapacidad para pronunciar o escribir", el divorcio puede tener efecto por un gesto comprensible⁸³. Del mismo modo, también en el caso de los testamentos, la voluntad se puede expresar mediante un gesto comprensible (si el testador no puede expresarse verbalmente o por escrito)⁸⁴.

Aunque estas previsiones no se refieran a la obligación de que las personas con discapacidad cuentan con apoyos o asistencia para expresar la voluntad en relación con estos actos, constituyen un buen punto de partida para la incorporación de esta obligación así como para establecer la exigencia de garantizar la disponibilidad de formatos accesibles de comunicación.

IV.- ALGUNOS CAMBIOS NECESARIOS

La adaptación normativa de la legislación de Qatar al artículo 12 es, al igual que sucede en mayor o menor medida en todos los Estados parte de la CDPD, uno de los principales desafíos que plantea la CDPD. Con carácter general superar este reto exige abordar tres grandes cambios.

En primer lugar, es necesario un cambio general en la filosofía que inspira las leyes y políticas públicas en materia de discapacidad que abandone definitivamente la perspectiva asistencialista y el modelo médico y asuma de manera decidida el enfoque de derechos y el modelo social. Ello supone, entre otras cosas, la necesidad de cambiar la Ley No. 2 de 2004 sobre Personas con Necesidades Especiales por una nueva legislación que incluya expresamente la prohibición discriminación por motivos de discapacidad y la exigencia

⁸¹ Article 217 del Código de Familia.

⁸² Artículo 13 del Código de Familia.

⁸³ Artículo 107 del Código de Familia

⁸⁴ Artículo 213 del del Código de Familia.

de accesibilidad (incluyendo la realización de ajustes razonables) como condición indispensable para el ejercicio de todos los derechos, también del derecho a la igualdad en el ejercicio de la capacidad jurídica.

Esta nueva filosofía debe inspirar la revisión de la legislación en materia de capacidad jurídica con el fin de derogar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones y reemplazarlos por otros que se basen en el apoyo a la toma de decisiones, que defiendan la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad, tal como recomienda el Comité de la CDPD en sus *Observaciones finales* sobre el informe inicial de Qatar⁸⁵. El sistema de apoyo debe cumplir con todos los requisitos establecidos por el Comité en su Observación General N^o1 comentados en el anterior apartado.

Se trata, en todo caso, de un cambio normativo de gran calado y de gran alcance que no sólo afecta a las disposiciones que establecen el régimen general de incapacitación y el sistema de tutela, sino que obliga también a revisar todas las disposiciones concretas que excluyen a las personas con discapacidad legamente incapacitadas de la realización de actos jurídicos y del ejercicio de derechos y todas las previsiones que incorporan requisitos relativos a la competencia mental. De este modo, la capacidad jurídica de las personas con discapacidad debe reconocerse en todos los aspectos de la vida en igualdad de condiciones y garantizarse en todas las esferas el acceso a los apoyos que puedan necesitar para su ejercicio. Obviamente estas consideraciones afectan también a los ámbitos concretos que han sido objeto de especial atención en el presente trabajo.

Obviamente estas consideraciones afectan también al ámbito del Derecho privado y de familia. En este campo las personas con discapacidad deben tener reconocida capacidad para contratar y prestar consentimiento, para manejar sus asuntos económicos, realizar actos patrimoniales, ejercer sus derechos civiles, contraer matrimonio, ejercer la patria potestad y la custodia, hacer un testamento o donación, etc. arbitrándose los mecanismos de apoyo individualizados que se precisen en cada caso.

La profunda reforma legal que la adaptación normativa del sistema de Qatar a la CDPD requiere parece muy difícil de llevar a cabo en el corto plazo. Por ello, mientras se trabaja en esta reforma, podrían aprovecharse algunas de las previsiones ya existentes en la legislación qatarí (y en particular la posibilidad de que las personas incapacitadas manejen algunos de sus asuntos y el sistema de asistencia en la celebración de contratos) para avanzar en la práctica en la implementación del modelo de apoyo interpretándose el parámetro del mejor interés en términos del respeto a la voluntad de

⁸⁵*Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar*, párra. 24.

la voluntad y preferencias de las personas que tienen dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica.⁸⁶

Pues bien, todas las modificaciones legales deben diseñarse y ponerse en práctica con la participación de las personas con discapacidad de conformidad con los mandatos de la CDPD⁸⁷. Para cumplir con esta obligación Qatar debe promover la creación y reforzar el papel de las asociaciones y organizaciones que representan los intereses de las personas con discapacidad.⁸⁸

En todo caso, la adecuada implementación del artículo 12 de la CDPD en Qatar, al igual que sucede en general en todos los Estados parte, exige también un cambio social. Ciertamente, en Qatar, y al igual que sucede en muchos Estados parte de la Convención, las personas con discapacidad continúan siendo percibidas por los políticos, los profesionales de diversos ámbitos, incluidos los operadores jurídicos, las familias y por la sociedad en general como sujetos que carecen de la capacidad para tomar sus propias decisiones y ejercer sus derechos.⁸⁹ De este modo la toma de conciencia de los actores clave implicados en la reforma legal y de la

⁸⁶ La obligación de interpretar la legislación de Qatar de manera coherente con los tratados internacionales, y, por tanto, con la CDPD puede considerarse implícita en el art. 6 de la Constitución que exige al Estado su respeto e implementación.

⁸⁷ Ver, entre otros, el art. 3 de la CDPD que incorpora como un principio general la participación plena y efectiva de las personas con discapacidad en la sociedad o el art. 4 que incluye como obligación general de los Estados parte la consulta estrecha con el movimiento de personas con discapacidad a través de sus organizaciones representativas en el desarrollo e implementación de la Convención y en todos los procesos de decisión sobre cuestiones que afecten a las personas con discapacidad.

⁸⁸ En este punto el Comité denuncia en sus *Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar*, para. 9, la falta de consulta de las personas con discapacidad y las dificultades que encuentran las organizaciones independientes de personas con discapacidad y sus familias para llevar a cabo la defensa de los derechos humanos con el fin de mejorar la aplicación de la Convención. El Comité se muestra preocupado, asimismo, por la falta de diversidad en el espectro de las organizaciones de personas con discapacidad que sean independientes del Estado parte y por la falta de participación de las organizaciones de personas con discapacidad a lo largo de todo el proceso de examen de la aplicación de la Convención en el Estado parte. El Comité Qatarí de Derechos Humanos también ha resaltado la falta de un número suficiente de organizaciones de la sociedad civil en el ámbito de la discapacidad y la inexistencia de organizaciones especializadas de personas con discapacidad mental, Ver, *2015 Annual Report of the National Human Rights Committee on the Situation of Human Rights in the State of Qatar*, p. 75. Disponible en: <https://www.nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2014/01/93621-National-Human-Rights-English.pdf> (último acceso: 3 de agosto de 2017) y *Report of the National Human Rights Committee (NHRC) on the Situation of Human Rights in the State of Qatar and the Committee's Activities during the Year 2014*, p. 50. Disponible en: http://www.nhrc-qa.org/wp-content/uploads/2014/01/en_2014-NHRC-report_finalss2.pdf (último acceso: 3 de agosto de 2017).

⁸⁹ Las deficiencias en el ámbito de la toma de conciencia son remarcadas por el Comité en sus *Observaciones Finales sobre Qatar* en relación con el art. 8 de la CDPD, *Observaciones finales sobre el informe inicial de Qatar*, para. 17. Particular preocupación muestra el Comité en relación con los profesionales del sistema de justicia, *Idem*, para. 25.

sociedad en su conjunto es una condición esencial para hacer realidad la revolución que proclama el art. 12 CDPD.