



# UNIVERSITAS

## REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 28 – Julio 2018 – ISSN 1698-7950

### Sumario

- 2 *Similitudes y diferencias de los Tribunales Ad-Hoc para Ruanda y la ex -Yugoslavia desde una perspectiva feminista*, por Ángela María Rodríguez-Saavedra.
- 19 *La libertad de expresión y la defensa de los Derechos Humanos en México: Situación actual*, por Selene Villanueva Sossa y José de Jesús Chávez Cervantes.
- 38 *Perspectivas de la violencia de género en la era de la Teoría Neoconstitucional como el nuevo paradigma del Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, por María Belén Redondo.
- 59 *Breve análisis a los "paradigmas clásicos del nacionalismo"*, por Guillermo Reyes Pascual.
- 85 *Giurisprudenza e responsabilità morale: Il "Buon Giudice" Magnaud*, por Mariella Robertazzi.

### Participan en este número

Ángela María Rodríguez-Saavedra, Internacionalista por York University. Máster en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Externado de Colombia. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Selene Villanueva Sossa, Candidata a Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, (España).

José de Jesús Chávez Cervantes, Candidato a Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, (España).

María Belén Redondo, Abogada y Profesora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Abierta Interamericana. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario por el Instituto Internacional de Estudios Globales para el Desarrollo Humano. Diplomada en Defensa Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza-CLADH. Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario, (Argentina).

Guillermo Reyes Pascual, Assistant Lecturer en la University of Kent, Reino Unido. Actualmente PhD candidate en Comparative Politics (University of Kent). Ex alumno del Instituto Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, (España).

Mariella Robertazzi, Dottoranda, Università degli studi di Pisa, (Italia).

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

## Universitas

### Director

Rafael de Asís Roig

### Subdirector

Ángel Llamas

### Secretaria

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"

© Universidad Carlos III de Madrid, 2015  
[universitas.revista@gmail.com](mailto:universitas.revista@gmail.com)

# **SIMILITUDES Y DIFERENCIAS DE LOS TRIBUNALES AD-HOC PARA RUANDA Y LA EX -YUGOSLAVIA DESDE UNA PERSPECTIVA FEMINISTA<sup>δ</sup>**

## **SIMILARITIES AND DIFFERENCES OF THE AD-HOC TRIBUNALS FOR RWANDA AND THE FORMER YUGOSLAVIA FROM A FEMINIST PERSPECTIVE**

**Ángela María Rodríguez-Saavedra\***

**RESUMEN:** El presente artículo tiene por objetivo analizar desde una perspectiva feminista las similitudes y diferencias existentes entre los Tribunales Ad-hoc para Ruanda y la Antigua Yugoslavia relacionados con los crímenes relativos a violencia sexual y violación. Analizando los componentes que afectan la determinación de dichos crímenes como son el consentimiento y el contexto y su tipificación internacional: Genocidio y lesa humanidad.

**ABSTRACT:** *The present article aims to analyze from a feminist point of view the similarities and differences between the Ad-hoc Tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia related sexual violence and rape crimes.*

**PALABRAS CLAVE:** Ruanda, Ex-Yugoslavia, violencia sexual, lesa humanidad, genocidio, violación, consentimiento, contexto

**KEYWORDS:** *Rwanda, Ex- Yugoslavia, sexual violence, crimes against humanity, genocide, rape, contentment, coercion, context*

**Fecha de recepción: 03/06/2018**

**Fecha de aceptación: 05/07/2018**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4308>

---

<sup>δ</sup> Agradezco al Dr. Javier Dorado Porrás por sus comentarios a este texto y múltiples debates sobre mi investigación doctoral.

\* Internacionalista por York University. Máster en Derechos Humanos y Democratización por la Universidad Externado de Colombia. Máster Oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctoranda en Derechos Humanos por la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: [angelamariars@gmail.com](mailto:angelamariars@gmail.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN

El siglo XX se caracterizó por los pocos avances en materia de prevención y protección hacia las mujeres frente a los crímenes de violencia sexual, cometidos contra ellas, en el marco de los conflictos armados<sup>1</sup>. Diferentes académicas como por ejemplo Chinkin, determinan que esta omisión es consecuencia de que la sociedad considerase la violación como una consecuencia desafortunada, pero inevitable, de los conflictos armados<sup>2</sup>. En este mismo sentido establece Henderson que el poco avance frente a la protección de las mujeres en el marco de los conflictos armados, fue producto de la infravaloración y represión ejercida sobre las mujeres durante el periodo comprendido entre la Segunda Guerra Mundial y los años 90. Por esta razón asumo que durante este periodo, se perpetuó la idea de que las mujeres y el honor son propiedad del hombre.

De igual manera, Askin, quien detalla que aunque las mujeres y las niñas fueron violadas durante las guerras ocurridas en el siglo XX, ni los instrumentos internacionales relativos a los conflictos armados, ni los Juicios de Núremberg o los de Tokio, mencionaron o tuvieron en cuenta los crímenes de violencia sexual, ya que los documentos y juicios fueron diseñados por hombres. Durante este periodo de tiempo se mantuvo la exclusión de las mujeres en las esferas de toma de decisiones relativas a los conflictos armados. Esta exclusión supuso que no se tuvieran en cuenta los hechos sufridos por las mujeres en tanto los hombres no encontraron relevante el enjuiciar dichos crímenes<sup>3</sup>.

Producto de este olvido u omisión, durante los conflictos armados ocurridos en Kuwait, India-Cachemira, Liberia, Perú, Timor Oriental, Sierra Leona, las mujeres fueron violadas, esclavizadas sexualmente, prostituidas y obligadas a llevar a término embarazos forzosos<sup>4</sup>, con el objetivo de doblegar al bando enemigo a través del cuerpo de las mujeres.

---

<sup>1</sup> CHINKIN, C. "Rape and sexual abuse of women in international law". *European Journal of International Law*. Volumen 5. Número 3,1. Enero 1994. Páginas 326–341. Página 327, HENDERSON, C. "The political repression of women". *Human Rights Quarterly*, 26. Noviembre 2004. Página 1029.

<sup>2</sup> CHINKIN, C. "Rape and sexual abuse of women in international law". *European Journal of International Law*. Op. Cit. Página 334.

<sup>3</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Volumen 21. Número 2. 2003. Páginas 295-296.

<sup>4</sup> "During the august 1990 invasion of Kuwait it is estimated that at least 5.000 Kuwaiti women were raped by Iraqi soldiers. After the liberation large numbers of foreign domestic working women in Kuwait were attacked and subjected to sexual violence from subsequently returning Kuwaitis; women in Rwanda who are caught up in the vicious civil war in that country, women in Kashmir who have suffered rape and death under the administration of the Indian Army. [...] Throughout Peru's 12 year internal war women have been targets of sustained, frequently brutal violence committed by both parties to the armed conflict... Women have been threatened, raped and murdered by government security forces; and women have

Coomaraswamy ha identificado al respecto como en el marco de los conflictos armados se ejerce la violencia sexual contra las mujeres, buscando humillar a la comunidad a la cual hace parte la mujer<sup>5</sup>. En este mismo sentido Chinkin ha determinado que la violación ha sido asociada con la derrota de la comunidad, ya que socialmente se ha asumido que la protección de la mujer es un deber de los hombres hacia sus mujeres<sup>6</sup>. Bunch y Carrillo nos sugieren que lo que se pretende con este tipo de violencia (sexual), es enviar un mensaje de dominación del grupo fuerte Vs. el grupo débil. Las dos académicas, aclaran que la violencia ejercida sobre el cuerpo de la mujer es la representación social de las relaciones de poder, dominación y privilegio de los hombres sobre las mujeres<sup>7</sup>. Para Buckley-Zistel durante los conflictos armados las mujeres se convierten en objetivos y víctimas de violencia sexual por dos razones: 1) debido al rol de género impuesto socialmente y 2) por representar a su grupo étnico, religioso, político o identitario<sup>8</sup>. En esta misma línea, Brownmiller determina cómo con las violaciones de las mujeres durante los conflictos armados, lo que se busca es enviar un mensaje a la comunidad a la que pertenece la mujer que perdure en el tiempo. Mensaje que evidencia el poder y "bestialidad" del enemigo, convirtiendo a la mujer en el símbolo de la derrota de un pueblo y una propiedad dañada de los hombres<sup>9</sup>.

El avance en materia de protección internacional frente los crímenes relativos a violencia sexual, llega como consecuencia de los hechos ocurrido en los Balcanes, donde miles de mujeres fueron violadas y embarazadas, especialmente por los miembros del ejército serbio, quienes violaron y embarazaron a miles de mujeres bosnias

---

been threatened, raped and murdered by the Communist Party of Peru- Shining Path. Often the same woman is the victim of violence by both sides. Liberian women have been repeatedly raped in the ethnic violence of that country's civil war and women from East Timor have been raped as well as killed since the occupation by Indonesia commenced in 1975 CHINKIN, C. "Rape and sexual abuse of women in international law". *European Journal of International Law*. Op. Cit. Página 327; ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 297.

<sup>5</sup> COOMARASWAMY, R. "Of Kali born: violence and the law in Sri Lanka". En SCHULER, M. (ed.). *Freedom from Violence: women's strategies from around the world*. OEF International. Universidad de Michigan. 1992 .Página 42.

<sup>6</sup> CHINKIN, C. "Rape and sexual abuse of women in international law". *European Journal of International Law*. Op. Cit. Páginas 326–341. Página 328.

<sup>7</sup>BUNCH, C., CARRILLO, R. "Global Violence Against Women: The Challenge to Human Rights and Development." En KLARE, T. y CHANDRANI, Y. (eds.). *World Security: challenges for a new century*. St. Martin's Press. 1998 .Página 234.

<sup>8</sup> BUCKLEY-ZISTEL, S. "Redressing sexual violence in transitional justice and labelling women as 'victims'". En BONACKER, T. y SAFFERLING, C. (eds.) *Victims of international Crimes: an interdisciplinary discourse*. T.M.C. Asser Press. La Haya. 2013. Página 92.

<sup>9</sup> BROWNMILLER, S. "Making female bodies the battlefield" En STIGLMAYER, A. (ed.). *Mass Rape: the war against women in Bosnia- Herzegovina*. 1994. Página 181.

musulmanas<sup>10</sup>. Por el conflicto étnico ocurrido en Ruanda donde los miembros del grupo étnico Hutus buscaron a través de la violación y los embarazos forzados, entre otros crímenes, la desaparición de la etnia minoritaria Tutsi. Y por último gracias a las presiones ejercidas por los movimientos feministas<sup>11</sup>.

A partir de la década de los 90, la comunidad internacional empieza a tomar conciencia sobre la violencia ejercida sobre la mujer en el marco de los conflictos armados<sup>12</sup>. Evolucionará de la idea de que la violación era algo natural dentro de los conflictos armados, a entenderla como un acto sinónimo de dominación androcéntrica de un grupo sobre otro, con consecuencias físicas, mentales y sociales negativas para las mujeres. Askin asocia estas consecuencias con los estereotipos culturales, religiosos y sociales que imponen a las mujeres una idea de castidad, pureza y virtud como los elementos necesarios para ser dignas y para poder ser parte de la sociedad<sup>13</sup>.

Esta evolución logra que se establezcan medidas para enjuiciar los crímenes sexuales ocurridos durante los periodos de conflicto armado<sup>14</sup>. Evolución que se materializa a través de la jurisprudencia emanada de los Tribunales Ad-hoc para la Antigua Yugoslavia y para Ruanda<sup>15</sup>. Esta jurisprudencia reconoció, entre otros, como crimen la

---

<sup>10</sup> HENDERSON, C. "The political repression of women". *Human Rights Quarterly*. Op. Cit. Página 1029. ENGLE, K. "Feminism and its (dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina". *The American journal of International Law*. Octubre 2005. Volumen 99. Número 4. Página 784.

<sup>11</sup> PILLAY, N. "Equal Justice for Women: a personal journey". *The Arizona Law Review*. Volumen 50. 2008. Página 662; DE LONDRAS, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Taylor & Francis Ltd. Londres. 2010. Página 294.

"although gender mainstreaming had been approved as a system-wide commitment several years earlier, the security council, dominated by the five post WWII powers, was always an unlikely contender. After the Cold war ended, the newly-unified security council rapidly expanded its sphere of influence. It developed a kind of social agenda through the adoption of thematic resolutions that addressed, initially, the need to protect civilians caught up in armed conflict and its aftermath and also children, particularly soldier children. This new agenda advanced on conservative gender script, which typecast women, along with children as victims of armed conflict in need of protection" OTTO, D. "The exile of inclusion: reflection on gender issues in international law over the last decade", en *Melbourne Journal of International Law*. Volumen 10. 2009. Página 15; ENGLE, K. "Feminism and its (dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina". *The American journal of International Law*. Op. Cit. Página 778.

<sup>12</sup> DE LONDRAS, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 291.

<sup>13</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 298.

<sup>14</sup> ENGLE, K. "Feminism and its (dis)contents: criminalizing wartime rape in Bosnia and Herzegovina". *The American Journal of International Law*. Op. Cit. Página 778.

<sup>15</sup> The United Nations Security Council established the International Criminal Tribunal for Rwanda to "prosecute persons responsible for genocide and other

violencia sexual, alejándola de la idea anteriormente descrita y reconociendo a la mujer como sujeto en dichos contextos.

## **2.- EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA RUANDA, EL CONSENTIMIENTO Y EL CONTEXTO**

Es el *Caso Akayesu*<sup>16</sup> el primero en reconocer a la mujer como agente activo en el derecho internacional y en los conflictos armados. Chappel recalca que es en esta Sentencia (*Caso Akayesu*) donde por primera vez se reconoce a la mujer, desde una posición multidimensional, como sujeto de derechos dentro de los conflictos armados. Según la académica, la posición multidimensional se basa en que se reconoce a la mujer desde su rol como mujer, como parte de un grupo y desde su rol como reproductora<sup>17</sup>. En este sentido, afirma Pillay, que el reconocimiento que se le otorga a las mujeres en esta Sentencia, posiciona a las mujeres en la categoría de víctimas de violencia sexual al determinar por medio de los testimonios y del contexto en el que ocurrió el conflicto, que el cuerpo de la mujer fue utilizado como arma de guerra.

Los testimonios de los hechos ocurridos a las mujeres se convirtieron en piedras angulares para la definición del crimen de violencia sexual por parte del Tribunal Penal Internacional para Ruanda (de ahora en adelante TPIR). Es a partir de las narraciones de las mujeres con las que se pudieron reconstruir los hechos ocurridos sobre sus cuerpos. De igual manera, se constató que los crímenes de violencia sexual cometidos por los miembros del grupo étnico Hutu, fueron cometidos únicamente sobre mujeres Tutsi con el objetivo de destruir étnicamente a este último grupo<sup>18</sup>. Advierte MacKinnon que los abusos sexuales cometidos en el marco de un conflicto armado hacen parte de una *decisión política de un grupo fuerte que ve en la violación un arma poderosa para destruir un grupo étnico racial o religioso más débil*<sup>19</sup>.

---

serious violations of international humanitarian law committed in the territory of Rwanda and neighbouring States, between 1 January 1994 and 31 December 1994" <http://www.unictr.org/en/tribunal>

<sup>16</sup>Tribunal Penal Internacional para Ruanda. Prosecutor v. Akayesu, Case Nº ictr-96-4-T, Judgement. 2 de Septiembre 1998.

<sup>17</sup> CHAPPELL, L. "Women, Gender and International Institutions: Exploring New Opportunities at the International Criminal Court ". *Policy and Society*. 22:1. 2003. Página 11.

<sup>18</sup> PILLAY, N. "Equal Justice for Women: a personal journey". En *The Arizona Law Review*. Op. Cit. Página 666. Igualmente MacKinnon coincide con la idea aportada por Pillay, extrayendo de la Sentencia en cuestión, que la violación fue utilizada como un método para ayudar a infligir daño físico y mental a las mujeres tutsis con el único objetivo de destruir a su grupo étnico como tal. MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu." *Columbia Journal on Transnational Law*. Volumen 44, Nº 3. 2006. Página 944.

<sup>19</sup> MACKINNON, C. "Sex equality approach to sexual assault". *Annals of the New York Academy of Sciences*. Volumen 989. Número 1. Página 266.

El TPIR define la violación como “[la] *invasión física de naturaleza sexual, cometida contra una persona bajo circunstancias coactivas. El Tribunal considera que la violencia sexual, que incluye la violación, es cualquier acto de naturaleza sexual que se comete contra una persona en circunstancias coactivas. La violencia sexual no está limitada a la invasión física del cuerpo humano y puede incluir actos que no implican la penetración ni el contacto físico*”<sup>20</sup>. A partir de esta definición, Pillay establece 3 características en cuanto a lo que se entenderá por violación: a) la violación es una forma de tortura que busca la humillación y degradación de la víctima<sup>21</sup>; b) la violación no es sinónimo necesario de penetración fálica; c) el no consentimiento deja de ser un elemento a probar para la declaratoria del crimen<sup>22</sup>.

MacKinnon asocia la coerción en una violación con el poder, el control, la dominación y la violencia de una persona sobre otra<sup>23</sup>. Pillay explica como las acciones coercitivas a las que fueron sometidas las mujeres Tutsi, pudieron ser establecidas a través del contexto en el cual sucedió conflicto armado<sup>24</sup>. Al respecto, MacKinnon explica, que la coacción es una medida de control social que doblega a las víctimas a través del uso del poder jerarquizado<sup>25</sup> en unos contextos específicos, en este caso en específico el de los conflictos armados. Medida que al ser analizada a la luz del contexto, permite esclarecer la ocurrencia de ciertos crímenes, en este caso el de violencia sexual, sin imponerle a la víctima la necesidad de probar lo sucedido<sup>26</sup>. El contexto, entonces, se convierte en una herramienta que elimina la revictimización de la víctima, al demostrar a través de él que existen situaciones que generan temor y coerción.

La definición sobre violencia sexual hecha por el Tribunal Penal para Ruanda es emblemática, siendo la primera vez que se definió y caracterizó la violencia sexual<sup>27</sup> como crimen. Este Tribunal asocia la violencia sexual con “cualquier acto de naturaleza sexual cometido

---

<sup>20</sup> *The Prosecutor of the Tribunal Against Jean-Paul Akayesu (Sentencing Judgement)*, ICTR-96-4 T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 October 1998, párrafo 688.

<sup>21</sup> *The Prosecutor of the Tribunal Against Jean-Paul Akayesu (Sentencing Judgement)*, ICTR-96-4-T, International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), 2 October 1998.

<sup>22</sup> PILLAY, N. “Equal Justice for Women: a personal journey”. *The Arizona Law Review*. Op. Cit. Página 666.

<sup>23</sup> MACKINNON, C. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu.” *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 941.

<sup>24</sup> PILLAY, N. “Equal Justice for Women: a personal journey”. *The Arizona Law Review*. Op. Cit. Página 666.

<sup>25</sup> MACKINNON, C. “Sex equality approach to sexual assault”. *Annals of the New York Academy of Sciences*. Op. Cit. Página 266.

<sup>26</sup> MACKINNON, C. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu.” *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 956.

<sup>27</sup> DE LONDRAS, F. “Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia”. En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 295.

contra cualquier persona bajo circunstancias de coerción". De igual manera el TPIR desliga la violación como sinónimo de penetración fálica, al entender que la violación es la invasión física de carácter sexual del cuerpo de cualquier persona<sup>28</sup>. Chappel explica que la posición del TPIR se mantiene en el tiempo y es confirmada a través de la Sentencia del Caso *Musema*<sup>29</sup>, donde el Tribunal establece que lo importante al momento de definir el crimen de violación no se centra en los detalles específicos de qué parte del cuerpo fue agredida, ni los objetos utilizados para dicha agresión, sino como la agresión sexual sucede en condiciones de coerción<sup>30</sup>.

La definición ampliada sobre la violencia sexual se logra en cierta medida gracias a la presencia de una mujer como jueza dentro del TPIR<sup>31</sup>. Pillay, desde su rol como mujer, reflexiona sobre el significado real, la percepción y las consecuencias que las mujeres tenemos acerca de la violación<sup>32</sup>. La violación, tal y como lo describe MacKinnon, es un crimen que va más allá de la penetración anal o vaginal. De Londra ha documentado como durante el genocidio ruandés cientos de miles de mujeres fueron víctimas de violaciones colectivas, mutilaciones genitales, embarazos forzosos y matrimonios forzados<sup>33</sup>, siendo todos estos actos constitutivos del crimen de violencia sexual.

Además de la ampliación sobre lo que se entiende como violación, otro de los grandes avances del TPIR, es el relacionado con el no consentimiento y su relación con los crímenes de violencia sexual. El TPIR, a partir de la sentencia Akayesu, desestima la necesidad de probar el no consentimiento por parte de las víctimas de crímenes de violencia sexual, al considerar los jueces, en su mayoría juezas, que cuando una persona está sometida a situaciones coercitivas, su voluntad es nula, lo que permite inferir automáticamente el no consentimiento de la víctima.

---

<sup>28</sup> Ibid. Página 297.

<sup>29</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda. THE PROSECUTOR v. ALFRED MUSEMA Case No. ICTR-96-13-A. 27 de Enero de 2000.

<sup>30</sup> CHAPPEL, L. "Women, Gender and International Institutions: Exploring New Opportunities at the International Criminal Court". *Policy and Society*. Volumen 22 Numero 1. 2003 .Página 11.

<sup>31</sup> Navy Pillay fue jueza del Tribunal Penal Internacional para Ruanda en el periodo comprendido 1994-2003, siendo la única mujer jueza durante los primeros 4 años de este Tribunal. Para el periodo comprendido entre 1999-2003 fue la Presidenta del Tribunal Penal Internacional.

<sup>32</sup> PILLAY, N. "Equal Justice for Women: a personal journey". *The Arizona Law Review*. Op. Cit. Página 667; ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 318.

<sup>33</sup> DE LONDRAS, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 292.

La Sentencia *Gacumbitsi*<sup>34</sup> mantiene la posición sobre cómo el no consentimiento de la víctima puede ser probado a través de la determinación de circunstancias coercitivas que anulan la voluntad de la persona. De Londra explica que los confinamientos, las campañas de genocidio y el contexto, permiten determinar que la víctima no tenía opción de expresar su no consentimiento frente a los crímenes de violencia sexual<sup>35</sup>.

### **3.- EL TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL PARA LA EX YUGOSLAVIA, ¿RETROCESOS O AVANCES?**

Previo a la creación del TPIR y como respuesta al reclamo internacional sobre la necesidad de juzgar los crímenes cometidos en la ex Yugoslavia, en 1993 se constituyó el Tribunal Penal para la ex Yugoslavia<sup>36</sup> (de ahora en adelante TPIY), cuyo objetivo principal era el de enjuiciar a las personas que ordenaron o cometieron trasgresiones a las Convenciones de Ginebra o crímenes como el de genocidio o contra la humanidad en el territorio ex yugoslavo a partir de 1991<sup>37</sup>.

Dicho Tribunal, al igual que TPIR, investigó entre muchos otros crímenes, el crimen de violencia sexual. A partir de 1992 se documentaron las violaciones, la esclavitud sexual, el confinamiento y las mutilaciones genitales a las que se vieron sometidas las mujeres bosnio musulmanas y croatas por parte de las fuerzas militares Serbias, quienes, en palabras de MacKinnon, pretendían la eliminación de cualquier persona que no fuera étnicamente Serbia<sup>38</sup>

---

<sup>34</sup> Tribunal Penal Internacional para Ruanda. THE PROSECUTOR v. SYLVESTRE GACUMBITSI. Case No. ICTR-2001-64-A. 7 de Julio de 2006.

<sup>35</sup> DE LONDRA, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 297.

<sup>36</sup> Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia ,artículo 5 del Estatuto del TPIY: "El Tribunal Internacional estará habilitado para juzgar a los presuntos responsables de los siguientes crímenes cuando éstos hayan sido cometidos en el transcurso de un conflicto armado, de carácter internacional o interno, y dirigidos contra cualquier la población civil: (a) asesinato;(b) exterminio;(c) esclavitud;(d) deportación;(e) encarcelamiento;(f) tortura;(g) violación;(h) persecuciones por motivos políticos, raciales o religiosos;(i) otros actos inhumanos"; Resolución 827 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas - U.N. Doc. S/827/1993. Estatuto contenido en U.N. Doc S/25704, anexo 1993.

<sup>37</sup> CHINKIN, C. "Rape and sexual abuse of women in international law". *European Journal of International Law*. Op. Cit. Página 336; MERTUS, J. "When adding women matters: women's participation in the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia". *Seton Hall Law Review*. Op. Cit. Página 1299; MACKINNON, C. "Genocide's sexuality". En WILLIAMS, S. y MACEDO, S. (eds.). *Political exclusion and domination*. New York University Press, New York. 2005. Página 313.

<sup>38</sup> MACKINNON, C. "Genocide's sexuality". En WILLIAMS, S. y MACEDO, S. (eds.). *Political exclusion and domination*. Op. Cit. Página 314.

con el objetivo de crear “la Gran Serbia”<sup>39</sup>.

Sin embargo, los primeros desarrollos jurisprudenciales de este Tribunal en cuanto a violencia sexual, difieren de los emanados por TPIR<sup>40</sup>. Mientras el TPIR relacionó la violación con un acto de coerción anulando la necesidad de probar el no consentimiento de la víctima. El TPIY en la Sentencia *Furandzija*<sup>41</sup> retoma la necesidad de probar el no consentimiento de la víctima frente a los actos de violencia sexual<sup>42</sup>.

Este Tribunal asocia que los soldados serbios no debían ser declarados culpables de crímenes de violencia sexual, en tanto en el momento de la ocurrencia de estos crímenes, no era claro que los soldados supieran que sus conductas eran delictivas. Además, los jueces determinan que no era claro que las víctimas de viva voz se negaran a llevar a cabo actos constitutivos de crímenes de violencia sexual<sup>43</sup>. En este punto al igual que Askin, MacKinnon, Barkan y De Londras<sup>44</sup> entre otras, sostengo que el contexto en el que sucedían los actos sexuales, sirve y permite determinar que las víctimas no pudieran negarse a que estos hechos ocurrieran. Considero que la idea adoptada por el TPIY, es una posición revictimizante para las víctimas y de padrino para los perpetradores. Conuerdo con Askin en que aunque el TPIY determinó que cualquier forma de cautiverio vicia el consentimiento de las personas<sup>45</sup>, este mismo Tribunal no tuvo en cuenta esta premisa al momento de proferir Sentencia en el caso *Furandzija*.

Al respecto, MacKinnon aclara que el no consentimiento en una violación ha sido asociado con la idea de que el perpetrador actúa

---

<sup>39</sup> BARKAN, J. “As old as war itself: rape in Foca”. *Dissent Magazine*. Volumen 49, Numero 1. University of Pennsylvania Press, Philadelphia. 2002. Página 60; MACKINNON, C. “Rape, genocide, and women’s human rights”. *Harvard Women’s Law Journal*. Volumen 17. 1994. Página 8.

<sup>40</sup> DE LONDRAS, F. “Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia”. En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 296.

<sup>41</sup> La Sentencia *Furandzija*, está relacionada con los hechos ocurridos en los cuarteles centrales del grupo Jokers, quienes eran de origen croata. En este sitio una mujer de origen bosnio musulmán fue torturada y violada durante los interrogatorios a los que fue sometida por parte del Consejo Croata de Defensa (HVO).

<sup>42</sup> Prosecutor vs. Furrundzija. Caso N° IT-95-17/1-t, Judgment (Dec 10, 1998). Párrafo 185.

<sup>43</sup> MACKINNON, C. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu”. *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 946.

<sup>44</sup> ASKIN, K. “Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle”. *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Páginas 334-336; MACKINNON, C. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu.” *Columbia Journal on Transnational Law*. Volumen 44. N°3. 2006; BARKAN, J. “As old as war itself: rape in Foca”. *Dissent Magazine*. Op. Cit. Página 62.

<sup>45</sup> ASKIN, K. “Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle”. *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 328.

como consecuencia de un estado mental puntual que lo lleva a cometer el crimen, donde la víctima no expresa de manera clara el desacuerdo frente a la consumación de un acto sexual. Así pues, la violación bajo esta visión es producida por una situación puntual, ocasional y particular<sup>46</sup> ; a diferencia de la visión sobre la coerción que se relaciona con el contexto de temor y con quién ejerció el poder, sobre quién se ejerció ese poder y a través de qué medios<sup>47</sup>.

Concuerdo con la posición que asume MacKinnon al establecer que la necesidad de probar el no consentimiento por parte de la víctima, es un retroceso<sup>48</sup> frente a la protección que se debe garantizar a la víctima. El tener que probar que no se dio oportunidad para que el hecho ocurriera genera en las víctimas un sentimiento de culpabilidad escondida. Imponiéndole a la víctima la culpabilidad en la ocurrencia de los hechos, y no al perpetrador, que es quién viola la dignidad, anula la autonomía y restringe los derechos de la víctima. Askin en este sentido recalca que el TPIR establece que el conflicto armado y la presencia militar son sinónimo de coerción<sup>49</sup>, ya que el mismo conflicto y los combatientes con su sola presencia manipulan y eliminan la autonomía de las víctimas en el marco de los conflictos armados.

Para el TPIY la violación es todo acto en el que se demuestre que existió penetración vaginal o rectal del pene o de algún objeto, o cuando exista penetración oral del pene. Siendo estos los elementos constitutivos del crimen de violación según la Sentencia *Furundzija*<sup>50</sup>. Esta definición constriñe las múltiples caras y actos que se pueden cometer contra una persona, diferentes a una penetración, y que son constitutivos de un crimen de violación, según la definición dada por el TPIR. Frente a los tocamientos, exposiciones, imposiciones de carácter sexual el TPIY los relacionó con formas de tortura y no como formas de violencia sexual.

La posición adoptada por el TPIY sobre el no consentimiento como elemento probatorio del crimen, hizo que las mujeres se sintieran desprotegidas nuevamente por el sistema transicional, en tanto suponía una carga para la víctima tener que probar que había manifestado su desacuerdo frente al acto sexual. Esto se tradujo en unas pocas denuncias y la casi nula cooperación por parte de las

---

<sup>46</sup> MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu". *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 941.

<sup>47</sup> DE LONDRAS, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 296.

<sup>48</sup> MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu." En *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 956.

<sup>49</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 319.

<sup>50</sup> Prosecutor v. Furundzija (Trial Judgement), IT-95-17/1-T, International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY), 10 December 1998. Párrafos 172 y 191. Disponible en: <http://www.refworld.org/cases,ICTY,40276a8a4.html>

mujeres en los interrogatorios, obligando a este Tribunal a zanjar la diferencia con respecto a la definición de violación que manejaba el Tribunal Penal de Ruanda<sup>51</sup>.

Es en la Sentencia *Kunarac* en la que el TPIY asume una nueva posición frente al no consentimiento de las víctimas, asumiendo que el no consentimiento se puede determinar al probar la existencia de prácticas violentas que anulan la autonomía de las personas<sup>52</sup>. El no consentimiento, tal y como lo plantea De Londras, se puede determinar de acuerdo a las circunstancias coercitivas en las que se encuentre la víctima<sup>53</sup>. Eliminando nuevamente la carga impuesta a la víctima sobre la necesidad de probar su no aprobación sobre el acto de violencia sexual. Sin embargo, la posición del TPIY sobre el tándem violación-penetración vaginal o anal no sufre cambio alguno.

La sentencia *Kunarac* se centra en los hechos ocurridos a las mujeres musulmanas y croatas de la localidad de Foca<sup>54</sup>. Mujeres, que después de la invasión serbia a la localidad en mención, fueron confinadas en casas, escuelas y locales que fueron convertidos en campos de concentración para violaciones y en prostíbulos al servicio de las fuerzas serbias. Barkan detalla como las mujeres confinadas en estos sitios fueron sometidas a tratos humillantes, golpes, torturas sexuales, violencia sexual y esclavitud sexual<sup>55</sup>.

Es en esta sentencia que el TPIY establece que la violencia sexual se puede comprobar de acuerdo al contexto donde sucedieron los hechos. Sin embargo, Askin enfatiza como y aunque el TPIY teniendo los elementos para concretizar el crimen de esclavitud sexual, se quedó corto y solo juzgó al detenido por crímenes de esclavitud, dejando nula o ignorando la esclavitud sexual como otra forma más de violencia sexual, cometida contra las mujeres de la región de Foca<sup>56</sup>.

---

<sup>51</sup> Para el momento de esta sentencia, el TPIR había imputados a más de 40 personas por casos de violencia sexual, frente a los menos de 10 que el TPIY habría proferido. Al respecto se puede profundizar en MACKINNON, C. "Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu". *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página. 946.

<sup>52</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Páginas 334 y 335.

<sup>53</sup> DE LONDRAS, F. "Prosecuting sexual violence in the ad hoc International Criminal Tribunal for Rwanda and the former Yugoslavia". En ALBERTSON, F.M. (ed.) *Transcending the Boundaries of Law*. Op. Cit. Página 298.

<sup>54</sup> BARKAN, J. "As old as war itself: rape in Foca". *Dissent Magazine*. Op. Cit. Página 61.

<sup>55</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 333; BARKAN, J. "As old as war itself: rape in Foca". *Dissent Magazine*. Op. Cit. Páginas 60 y ss.

<sup>56</sup> ASKIN, K. "Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle". *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Páginas 328 y ss.

#### **4.- FEMINISTAS EN DISPUTA: CRIMEN DE GENOCIDIO, CRIMEN DE LESA HUMANIDAD**

Alejándome ahora un poco de las definiciones de violencia sexual y violación dadas por cada uno de los Tribunales, me ocuparé de otra de las diferencias existentes y es la relacionada con el tratamiento de estos crímenes. Me refiero a que el TPIR tipificó el crimen de violencia sexual como un crimen de genocidio, mientras que TPIY lo tipificó como crimen de lesa humanidad y crimen de guerra.

El TPIR adoptó la definición del Artículo II de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio al momento de tipificar los crímenes relativos a violencia sexual ocurridos en el conflicto ruandés. La Convención define el genocidio como *“cualquiera de los actos [...], perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo”*<sup>57</sup>.

Askin detalla como en el caso *Akayesu*, el TPIR determinó que los crímenes de violencia sexual, incluidas las violaciones, fueron utilizadas como métodos de guerra con el objetivo de eliminar al grupo étnico rival<sup>58</sup>. En este sentido, MacKinnon establece que el Tribunal al adoptar esta definición y asociarla con los crímenes de violencia sexual, permitió que se asumiera la consecuencia real de las violaciones sufridas por las mujeres Tutsi. Quienes fueron víctimas de actos que socavaron su dignidad con el único fin de destruir a su grupo étnico<sup>59</sup>.

El TIPY, a diferencia del TPIR, determina que la violencia sexual y las violaciones son crímenes de lesa humanidad, al asumir que fueron parte de un ataque planeado, sistémico y dirigido hacia la población civil<sup>60</sup>. Copelon, una de las voces más fuertes dentro de los movimientos feministas que abogaban por que las violaciones y la violencia sexual a la que fueron sometidas las mujeres en el conflicto

---

<sup>57</sup> Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Diciembre 9, 1948. Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas, entrada en vigor el 12 de enero de 1951.

<sup>58</sup> ASKIN, K. “Prosecuting wartime rape and other gender-related crimes under international law: extraordinary advances, enduring obstacle”. *Berkeley Journal of International Law*. Op. Cit. Página 318.

<sup>59</sup> MACKINNON, C. “Defining Rape Internationally: A Comment on Akayesu”. *Columbia Journal on Transnational Law*. Op. Cit. Página 944; MACKINNON, C. “Genocide’s sexuality”. En WILLIAMS, M. y MACEDO, S. (eds.) *Political Exclusion and Domination*. Op. Cit. Página 325.

<sup>60</sup> CARPENTER, R.C. “Surfacing Children: limitation of genocidal rape discourse”. *Human Rights Quarterly*. Volumen 22. Número 2. Mayo 2000. Página 434.

de los Balcanes, fueran tratadas como crímenes de lesa humanidad, al determinar que el ataque contra las mujeres fue perpetrado de manera sistémica y en donde los perpetradores conocían que los actos que realizaban iban en contra de la población civil, protegida por los Convenios de Ginebra<sup>61</sup>.

Crímenes que para Copelon y Mlladjenovic no fueron dirigidos hacia una población específica, sino como parte de un plan sistemático aplicado sobre la población en general, donde la violación sirvió para eliminar todo tipo de poder que la mujer pudiera ostentar; buscando desagradarla y destruirla a través del ataque a su integridad física e identidad social<sup>62</sup>. Aclara Copelon que tanto las violaciones como el genocidio son "atrocidades" de características diferentes. En el genocidio se utilizan diferentes tipos de violencia para destruir una población por razones de identidad cultural, de raza o de credo; mientras que en las violaciones, explica la autora, "la violencia sexual se usa para destruir a la mujer por su identidad de mujer"<sup>63</sup>.

La tipificación de los crímenes de violencia sexual y violación como crímenes de lesa humanidad y de guerra por parte del TPIY, fue apoyada por algunos colectivos feministas para los cuales las violaciones de mujeres en el marco de conflictos armados, no fueron un hecho específico o nuevo, sino una constante de toda guerra y conflicto<sup>64</sup>. Al respecto Copelon recalca que las mujeres fueron atacadas por el hecho de ser mujeres y de acuerdo a su identidad cultural, política y social<sup>65</sup>.

Copelon, detalla, como las mujeres bosnio musulmanas fueron violentadas para que produjeran bebés serbios, mientras las mujeres croatas fueron atacadas como método de venganza por su pasado utasha<sup>66</sup>. La autora demuestra que el colectivo total de mujeres asentado en los Balcanes fue víctima de violaciones. El colectivo total de mujeres fue víctima de violencia sexual y violaciones por ser mujeres, por temas de honor masculino, de empoderamiento patriarcal y no por pertenecer a una etnia específica.

Establece Copelon, quien como ya he dicho, apoyó la moción de que las violaciones fuese tipificadas como crímenes de lesa humanidad y de guerra, que las violaciones fueron cometidas por todos los bandos y que no fueron hechos aislados sino que

---

<sup>61</sup> COPELON, R. "Surfacing gender: re-engraving crimes against women in humanitarian law". *Hasting Women's Law Journal*. Volumen 5 Tomo 2 1994. Páginas 248-251.

<sup>62</sup> Ibid. Página 252.

<sup>63</sup> Ibid. Página 246.

<sup>64</sup> Ibid. Página 252; ENLOE, C. "Have the Bosnian rapes opened a new era of feminist consciousness?" En STIGLMAYER, A. (ed.). *Mass rape: The war against women in Bosnia -Herzegovina*. University of Nebraska Press, Londres. 1994 Páginas 223-230.

<sup>65</sup> COPELON, R. "Surfacing gender: re-engraving crimes against women in humanitarian law". *Hasting Women's Law Journal*. Op. Cit. Página 246.

<sup>66</sup> Ibid. Página 252.

respondieron a la cultura patriarcal que domina los ejércitos y sobre la cual se ha construido la guerra. La cultura patriarcal "odia" a las mujeres por su poder reproductivo y sexual. Poder asociado con la continuidad de unos grupos sociales en específico. Esta cultura cosifica a las mujeres como posesión de los hombres; donde el hombre domina y la mujer está a su servicio<sup>67</sup>.

Aunque lo anterior puede confundirse y hacer pensar que Copelon abogaba porque las violaciones de las mujeres de los Balcanes fueran tipificadas como crímenes de genocidio, Engles establece que Copelon lo que pretendía demostrar era que si bien pudo existir un genocidio, no fue de carácter religioso o étnico, sino que el genocidio ocurrió sobre las mujeres por ser mujeres, y lo que se pretendía era la eliminación del grupo de mujeres<sup>68</sup>.

Copelon abogaba por que se incluyera como crimen de lesa humanidad el crimen de género, logrado así que las violaciones de mujeres dejaran de ser simplemente tenidas en cuenta como actos que infringen "intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves"<sup>69</sup>. Buscaba la autora establecer que las violaciones son mecanismos de tortura, que las mujeres son perseguidas, aterrorizadas y torturadas por ser mujeres<sup>70</sup>.

Brownmiller argumenta que los crímenes ocurridos a las mujeres bosnio croatas no debían ser entendidos como unos hechos puntuales que sucedieron en torno a la destrucción de su etnia, sino como un crimen y práctica utilizada constantemente como método para la destrucción del honor de los hombres y de su masculinidad. Explica como las violaciones debían entenderse como un crimen cometido sobre el conjunto de mujeres de los Balcanes<sup>71</sup> y sobre el conjunto de todas las mujeres asentadas en lugares donde ocurren guerras o conflictos armados<sup>72</sup>.

En este sentido, advierte Copelon que, el entender las violaciones ocurridas en el marco de la guerra como crímenes de genocidio, supone un riesgo para las violaciones ocurridas en el día a día, en tanto matiza el "horror" que estas suponen en la vida diaria de una mujer. Esto supondría que se le de mayor peso jurídico al crimen de genocidio que las violaciones por si mismas<sup>73</sup>. Copelon

---

<sup>67</sup> Ibid. Páginas 262-263.

<sup>68</sup> Ibid. Página 262.

<sup>69</sup> Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes. Adoptada y abierta a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 39/46, de 10 de diciembre de 1984. Entrada en vigor 26 de junio de 1987.

<sup>70</sup> COPELON, R. "Surfacing gender: re-engraving crimes against women in humanitarian law". *Hasting Women's Law Journal*. Op. Cit. Páginas 250 y 262.

<sup>71</sup> ENGLER, K. "Feminism and its (dis)contents". Op. Cit. Página 786.

<sup>72</sup> BROWNMILLER, S. "Making female bodies the battlefield". En STIGLMAYER, A (ed.). *Mass Rape: the war against women in Bosnia- Herzegovina*. 1994. Páginas 181-182.

<sup>73</sup> CARPENTER, R.C. "Surfacing Children: limitation of genocidal rape discourse". *Human Rights Quarterly*. Op. Cit. Página 437.

considera que esto redundaría en que el común de la sociedad, creyese que las violaciones o solo ocurren como consecuencia de los conflictos armados/guerras o, que las ocurridas en estos contextos son peores que las ocurridas en el diario vivir.

Otra parte, al contrario de lo anterior, promovían que la violación en tiempo de guerra se entendiera como algo singular y específico y se asociase con el crimen de genocidio, en tanto lo ocurrido a las mujeres bosnias musulmanas tuvo por objetivo la limpieza étnica y la instrumentalización de su cuerpo como arma de guerra. Engles advierte que el asumir las violaciones como un crimen de genocidio, "significa reconocer que la opresión a la que fueron sometidas las mujeres bosnias musulmanas fue mayor a la opresión sufrida en su día a día"<sup>74</sup> y a la sufrida por otros colectivos de mujeres asentados también en la región de los Balcanes.

Para MacKinnon, las violaciones ocurridas durante el conflicto de los Balcanes, debían ser tipificadas por el TPIY como crímenes de genocidio en tanto, aunque se violaron mujeres croatas y serbias, la violaciones ocurridas a mujeres bosnias musulmanas fueron de mayores proporciones y siempre con el objetivo único de eliminar a ese grupo étnico del territorio serbio<sup>75</sup>. Detalla Mackinnon como las mujeres musulmanas y croatas fueron violadas por el ejercito serbio con el objetivo de producir bebés serbios; siendo estas violaciones sinónimo del uso del sexo por parte de una etnia dominante sobre una etnia vulnerable, con el único fin de la anulación de esta última<sup>76</sup>. Coincido con MacKinnon en lo anterior en tanto a través de los testimonios de las mujeres y del contexto del conflicto de los Balcanes se puede entender que las violaciones fueron cometidas contra un grupo específico de mujeres con un único objetivo: la eliminación de toda la población no serbia del territorio reclamado por los serbios.

Concuero, además, con Mackinnon en su posición sobre como para destruir un grupo étnico, religiosos o racial no solamente se recurre a asesinatos, sino como existen otras "*subcategorías*" de métodos para el exterminio<sup>77</sup>. Es la violación, una de estas subcategorías con la que se busca el daño mental y físico de la víctima<sup>78</sup>. Daños que buscan alcanzar un objetivo, que no es otro sino la destrucción total de un grupo<sup>79</sup>.

---

<sup>74</sup> ENGLÉS, K. "Feminism and its (dis)contents". Op. Cit. Página 787.

<sup>75</sup> "What is happening here is first a genocide, in which ethnicity is a tool for political hegemony; the war is an instrument of the genocide; the rapes are an instrument of the war(...)". MACKINNON, C. "Rape, genocide , and women´s human rights". Op. Cit. Página 8.

<sup>76</sup> MACKINNON, C. "Genocide´s sexuality". En WILLIAMS, M. y MACEDO, S. (eds.) *Political Exclusion and Domination*. Op. Cit. Página 315.

<sup>77</sup>Ibid. Página 326.

<sup>78</sup> Ibid. Página 327.

<sup>79</sup> Ibid. Página 329.

De igual manera, coincido con la autora en calificar los actos de genocidio como actos de discriminación<sup>80</sup>. Los crímenes de genocidio se cometen contra grupos y no tienen características individuales<sup>81</sup>; un grupo de personas fuertes oprime a un grupo de personas más débiles o vulnerables. Young define los grupos sociales como colectivos de individuos que se han unido en torno a una identidad<sup>82</sup> e interés común<sup>83</sup>. Su definición se hace con relación a otro colectivo y se diferencia de este otro por sus "formas culturales y sus prácticas o forma de vida"<sup>84</sup>. En este caso, el grupo Serbio se une a través de su cultura, religión y raza con el objetivo de establecer un territorio serbio étnicamente homogéneo.

Young determina 5 formas de opresión entre los grupos sociales. La explotación, la cual es un proceso sostenido de transferencia de resultados de un grupo social en beneficio de otro. La marginación, categoría en la que los sujetos son expulsados de la participación útil de la sociedad. La carencia de poder que es la categoría donde se ejerce poder sobre un grupo de personas, sin que ellas ejerzan poder alguno sobre ellas mismas, siendo su autonomía anulada totalmente. El imperialismo cultural, que implica la imposición como norma de la cultura de un grupo dominante. Y por último, la violencia como opresión.

Las violaciones a las que fueron sometidas las mujeres musulmanas según mi parecer y siguiendo a Mackinnon y a Engle, no fueron crímenes indistintos cometidos sobre algunos individuos miembros del grupo bosnio musulmán, sino que hicieron parte de un plan dirigido hacia la totalidad del grupo en cuestión; donde las violaciones fueron una herramienta más para lograr la eliminación étnica y racial del territorio de cualquier persona que no fuese Serbia pura<sup>85</sup>.

Además Mackinnon explica como en los genocidios, las víctimas reconocen a los victimarios y, a su vez, los victimarios tienen claridad sobre el grupo a eliminar. El rol de cada una de las partes es un rol

---

<sup>80</sup> Ibid. Página 329.

<sup>81</sup> Ibid. Página 328.

<sup>82</sup> YOUNG, I. *La Justicia y la política de la diferencia*. Ediciones Catedra, Madrid. 2000. Página 79.

<sup>83</sup> "Los intereses colectivos están vinculados a los que se ha considera un bien colectivo que, siguiendo a R. Alexy, es aquel que tiene un carácter no excluyente y al que ni conceptual, ni fáctica, ni jurídicamente, puede dividirse entre los individuos" RODRÍGUEZ PALOP, M. "La nueva Generación de Derechos Humanos. Origen y Justificación". Dykinson, Madrid. 2010. Página 332.

<sup>84</sup> YOUNG, I. *La Justicia y la política de la diferencia*. Op. Cit. Página 79.

<sup>85</sup> Mackinnon describe como las violaciones y actos de violencia sexual ocurridos durante el durante el Holocausto Nazi buscaron la eliminación total de los judíos, detallando la autora practicas que iban desde la esclavitud sexual, marginalización sexual, violaciones que por ser medios para un objetivo común como era la eliminación étnica de un grupo: judío, deben ser catalogados como crímenes de genocidio. Al respecto ver MACKINNON, C. "Genocide's sexuality". En WILLIAMS, M. y MACEDO, S. (eds.) *Political Exclusion and Domination*. Op. Cit. Páginas 316-325.

claro y no se mimetiza entre otros muchos roles. El grupo de las víctimas es consciente que están siendo violadas o agredidas sexualmente con base a su pertenencia a un grupo determinado.

En los crímenes de guerra, y en específico en las violaciones ocurridas en las guerras, las víctimas no pueden, muchas veces, determinar que bando es el perpetrador o el porqué de la violación. La violación en la guerra es sinónimo de superioridad y posesión general del hombre sobre la mujer en general<sup>86</sup>.

## 5.- CONCLUSIÓN

La tipificación por parte del TPIY de los crímenes de violencia sexual como crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra generaron divisiones al interior de los grupos feministas quienes, como he mencionado, fueron las que pujaron y promovieron la inclusión de estos delitos dentro del derecho internacional.

Tanto el TPIPR como el TPIY presentan avances frente al reconocimiento de la mujer como actora dentro de los conflictos armados. Sin embargo los dos Tribunales, no se centran en remediar lo sucedido a las mujeres sino en enjuiciar a los criminales lo que nos lleva a entender que la justicia entonces se centra en el criminal y no en la víctima.

Aunque la especificación y el adelanto hecho a través de estos Tribunales pueden entenderse como el reconocimiento a la negación de la autonomía de la mujer, también deja entre ver la recurrente posición e imagen de la mujer en el derecho internacional. Posición que la asume como un sujeto en necesidad de especial protección, además de encasillarla en un único rol, el de víctima de violencia sexual.

---

<sup>86</sup> MACKINNON, C. "Genocide's sexuality". En WILLIAMS, M. y MACEDO, S. (eds.) *Political Exclusion and Domination*. Op. Cit. Página 328.

# LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO: SITUACIÓN ACTUAL

## FREEDOM OF EXPRESSION AND THE DEFENSE OF HUMAN RIGHTS IN MEXICO: CURRENT SITUATION

**Selene Villanueva Sossa\* y José de Jesús Chávez Cervantes\*\***

**RESUMEN:** La libertad de expresión es un derecho aún pendiente por garantizar por parte del Estado mexicano si éste se considera comprometido con el resguardo de los derechos humanos. Prueba de lo anterior, son las numerosas violaciones de sus derechos a periodistas y personas defensoras de derechos humanos, lo que se traduce en un Estado en el que ejercer la libertad de expresión, se puede estar firmando una sentencia de muerte.

**ABSTRACT:** *Freedom of expression is a still pending right to be guaranteed by the Mexican State if he considers itself committed with the safeguarding human rights. Proof of the previous text, are the numerous violations to journalist rights and human right defenders, which it translates into a state in which to exercise freedom of expression, could be a death sentence.*

**PALABRAS CLAVE:** libertad de expresión, derechos humanos, estado constitucional, México

**KEYWORDS:** *freedom of expression, human rights, constitutional state, Mexico*

**Fecha de recepción: 16/04/2018**

**Fecha de aceptación: 08/06/2018**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4309>

---

\* Candidata a Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, España. E-mail: selenevillanueva29@gmail.com

\*\* Candidato a Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos. Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, España. E-mail: chavezcervantes26@gmail.com

## 1.- INTRODUCCIÓN

El año 2018, representa una anualidad de suma importancia para el Estado mexicano, ya que el país se engalana en la organización de elecciones electorales en las que saldrá un vencedor que al poco tiempo después del mes de Julio, habrá que llamarle Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. Asimismo, se renovará el Congreso de la Unión o Parlamento, es decir, los 500 integrantes de la Cámara de Diputados y los 128 miembros de la Cámara de Senadores, serán sustituidos mediante elección electoral donde el pueblo es el protagonista, ya sea de forma directa o indirecta. Lo anterior, es especialmente relevante para nuestro tema de estudio, pues al hilo de la escritura del presente artículo es común escuchar casi de forma unánime a los candidatos y candidatas de los distintos puestos de elección popular, su leal y sagaz compromiso con la defensa y protección de los derechos fundamentales. Incluido, evidentemente, el de la libertad de expresión. Pareciera, que todos los partidos políticos tienen un sentir común, a saber: el respeto y defensa de los derechos fundamentales.

Sin embargo, la bandera de los derechos se ve por demás difuminada una vez finalizadas las campañas políticas; es como si la bandera de los derechos, se alzaría únicamente en tiempos electorales. Así, vemos con total desagrado, que uno de los derechos que pide a gritos su defensa es, efectivamente, el derecho a la libertad de expresión. México, es un país que por desgracia la libertad de expresión encuentra límites, pero no solamente aquellos que la propia doctrina deriva, pues es de saber que los derechos tienen límites<sup>1</sup>; sin embargo, nos referimos a límites que no tienen nada que ver con el Derecho, es decir, la práctica de la libertad de expresión ha supuesto un riesgo para quienes hacen de su vida cotidiana la manifestación de sus ideas, inclusive también para los defensores y defensoras de derechos humanos.

Lo anterior, es el telón de fondo del presente estudio que, en pocas palabras podemos sintetizar con la siguiente afirmación: el ejercicio de la libertad de expresión es un derecho que sugiere una grave amenaza, tanto para quienes buscan difundir sus ideas así como para aquellas personas que defienden y promueven los derechos humanos en México. Para dar cuenta de lo anterior, abordaremos brevemente los siguientes apartados:

---

<sup>1</sup> AGUIAR DE LUQUE, L., "Los límites de los derechos fundamentales", *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, n° 15, 1993, pp. 9-34. Revisar también las paradojas que resultan en torno a los derechos como límites al poder. Al respecto véase: DE ASÍS ROIG, R., *Las paradojas de los derechos fundamentales como límites al poder*, Ed. Dykinson, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2000.

En primer lugar, veremos la importancia del derecho a la libertad de expresión en un Estado que suele denominarse como democrático, esto es, sin la garantía de tan importante derecho, no es posible hablar de Estado democrático. En otro apartado, nos dedicaremos a señalar las principales herramientas jurídicas que tiene el Estado mexicano con el objeto de garantizar la libertad de expresión, tanto a nivel local como aquellos instrumentos que tienen su origen en el llamado derecho internacional de los derechos humanos. Una vez abordados los epígrafes mencionados, daremos cuenta de la situación actual en México, apoyados por un Informe que ha sido publicado tanto por el Relator especial de la ONU sobre libertad de expresión, así como el Relator especial sobre la libertad de expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Dicho documento ha sido publicado apenas el pasado 2017, en donde constataremos el reclamo internacional hacia el Estado mexicano por la violación sistemática a tan vital derecho; exhortando entonces que se busquen soluciones inmediatas para garantizarlo. Finalmente, llevaremos a cabo una serie de reflexiones en el sentido de lo que falta por hacer, demandando que la libertad de expresión sea de una vez por todas tomada en serio, pues de ser así, será tomarse en serio la democracia y por consiguiente la Constitución.

Antes, consideramos oportuno mencionar algunas puntualizaciones. El derecho de expresar el propio pensamiento, repercute además el de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole. Es decir, el derecho a la libertad de expresión es, en efecto, un medio que protege el intercambio de ideas e informaciones, resguardando entonces tanto la comunicación a otras personas como los propios puntos de vista, así como el derecho de tener la información de otras opiniones. Por tanto, ambas dimensiones deben estar correctamente garantizadas simultáneamente para que tenga plena efectividad el ejercicio a la libertad de expresión y pensamiento. No está por demás mencionar que tanto la expresión y la difusión del pensamiento son derechos que son indivisibles, de modo que la restricción de divulgación de información, repercute el derecho a expresarse libremente, esto es, en la medida que se viole alguna dimensión, será entonces el límite para su pleno ejercicio<sup>2</sup>. En definitiva, la libertad de expresión y su vertiente consisten en el derecho a la información y su doble dimensión, tanto individual como social, en donde se exige que no únicamente las personas vean trasgredida la posibilidad de poder manifestar sus ideas libremente y con temor a sufrir algún tipo de represalia, (como el caso mexicano) sino que se

---

<sup>2</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho hincapié en lo anterior. Véase: la Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985 y el caso *Olmedo Bustos y otros vs. Chile* (caso "La última tentación de Cristo") resuelto en sentencia de 5 de febrero de 2001.

debe de resguardar el derecho que como miembros de una determinada comunidad política, de recibir información y conocer por tanto la expresión de otras personas, o sea, la expresión del pensamiento ajeno.

## **2.- LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL**

Previamente de examinar la relación que existe entre la libertad de expresión y el Estado Constitucional, veremos brevemente algunas dimensiones de lo qué es la libertad, así como, posteriormente, lo que se entiende por Estado Constitucional. Lo anterior, nos permitirá enlazarnos a nuestro tema capital, pero sobre todo, nos ayudará a justificar que la libertad de expresión es un pilar del Estado Constitucional y por lo tanto de la democracia. En tanto, se quiera ser denominado como Estado democrático.

Pues bien, desde un inicio, es importante mencionar que la libertad es la clave de bóveda de la fundamentación de los derechos<sup>3</sup>. Lo anterior es posible, gracias a la conexión que existe entre una cierta moral y la libertad. En otras palabras, "la libertad es una condición imprescindible para la acción, que permite alcanzar a cada individuo los objetivos y fines morales que persiga y que son la expresión de la dignidad humana, que su consideración como fin en sí, como algo valioso"<sup>4</sup>. En efecto, la libertad es el eje central que toda persona necesita para lograr sus fines y alcanzar las metas propuestas. Sin embargo, el concepto de libertad así descrito, es general y muy seguramente problemático. Prueba de lo anterior, se constata por los distintos enfoques que permite su estudio; incluso, se ha utilizado para fungir como la antítesis entre el liberalismo y la democracia, aludiendo entonces a la libertad de los antiguos como contraposición de la libertad de los modernos. Dicha distinción, fue sutilmente argumentada y anunciada por el francés Benjamin Constant en un célebre discurso dictado en 1818 en el que expone la difícil tarea que demanda por un lado limitar al poder y por otro, la distribución del poder. Así, la libertad de los antiguos tiene tintes democráticos, pues en tiempos pasados, los ciudadanos se preocupaban por pactar una mayor participación en el ejercicio del poder político. Caso contrario para la libertad de los modernos, ya que para este tipo de libertad lo que pretende es garantizar una esfera de independencia de los ciudadanos frente al poder. Por tanto, es identificable con un modelo liberal, pues en este, según Constant, para los modernos la prioridad es la tranquilidad. De

---

<sup>3</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales. Teoría General*, Ed. Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, p. 215.

<sup>4</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Lecciones de derechos fundamentales*, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, p. 135.

ahí, que para lograr dicho estado de paz será necesario una pequeña cantidad de leyes que impidan que las personas sean molestadas, respetando así, la libertad individual<sup>5</sup>.

Independientemente de la arbitraria transposición histórica que ha llevado Constant entre la libertad de los antiguos y modernos, (según Bobbio) es de gran mérito la diferenciación que ha captado el autor con respecto a los tipos de libertad. A pesar de su inclinación por un modelo liberal, Constant ha sido precursor del estudio del principio de la libertad, intensificando el debate y tensión en relación a un modelo ideal de libertad<sup>6</sup>.

Ahora bien, consideramos de gran ayuda la propuesta de Peces-Barba para esclarecer las distintas dimensiones que tiene el concepto de libertad, a saber: como no interferencia o protectora; promocional y; participación. Veamos brevemente cada una de ellas. La libertad como no interferencia o protectora, demanda que el ser humano puede actuar y decidir libremente. Generalmente, este tipo de libertad fundamenta los derechos individuales y civiles, por ejemplo: el derecho a la vida, pensamiento, conciencia, expresión, reunión, garantías procesales, manifestación, de comunicaciones; por otro lado, la libertad denominada promocional, pretende satisfacer una serie de necesidades que impidan o en su defecto, que dificulten el ejercicio de la libertad como no interferencia. En este caso, el tipo de derechos que fundamenta la libertad promocional, se da según el tipo de necesidades, que pueden ser: radicales, de mantenimiento o mejora. Las denominadas radicales, son aquellas que pretenden otorgar las mínimas condiciones para que la vida humana sea viable. En lo que corresponde al tipo de necesidades de mantenimiento, serán aquellas que pretenden que no disminuyan las condiciones que permitan seguir disfrutando de la libertad como no interferencia. Finalmente, la satisfacción de las necesidades de mejora pretende la optimización del desarrollo, crecimiento tanto físico, económico y cultura de todas las personas. Aquí cabrían los llamados derechos económicos, sociales y culturales, el derecho a la asistencia letrada, de los niños y niñas, personas con discapacidad. En todo caso, los llamados grupos vulnerables de la sociedad; por último, está la libertad de participación que promueve la intervención de las personas en la formación de los criterios de decisión política, así como el contribuir en los desarrollos legislativos, fines y valores de la actividad del Estado. Los derechos que fundamenta éste tipo de libertad, son, efectivamente, los llamados derechos políticos, de

---

<sup>5</sup> CONSTANT, B., *Principios aplicables a todos los gobiernos*, Ed. Katz, Madrid, 2010, pp. 397-412; Véase también: BARBERIS, M., *Benjamin Constant. Rivoluzione, costituzioni, progresso*, Ed. Il Mulino, Bologna, 1998, pp. 301-324.

<sup>6</sup> BOBBIO, N., *Liberalismo y democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 2008, pp. 7-10, 32-38.

participación ciudadana como el sufragio universal, así como aquellos que prevén la asociación política<sup>7</sup>.

En definitiva, los tipos de dimensiones de libertad que hemos visto, pueden trasladarse perfectamente a nuestro tema estudio. Inclusive, es posible redirigirlo en los tres esquemas. Así, en la libertad como no interferencia, la libertad de expresión es precisamente un derecho que todas las personas pueden llevar a cabo sin la necesidad de la actuación del Estado, ya que es un derecho que se ejerce libremente. Sin embargo, en caso de que éste sea vulnerado, (tal como veremos a continuación) es la libertad como promoción quien ingresa en escena para su protección. Ahora bien, en el caso de la libertad como participación, la libertad de expresión entra en dicho esquema, pues el ejercicio de tal derecho promueve entre otras cosas, la libre manifestación de las ideas así como un debate permanente en la vida democrática de un país determinado; claro está, en caso de ostentar y hacer valer la etiqueta de democrático.

En efecto, lo importante es que, para que se pueda hablar de Estado Constitucional, se está pensado en una Constitución que en su contenido reconozca y garantice un conjunto más o menos amplio de derechos. Desde una tradición liberal, al menos debe contener a las que Bobbio denominaba como “las cuatro grandes libertades de los modernos (personal, pensamiento, reunión y de asociación)”<sup>8</sup>. Si, además de los derechos de corte liberal se reconocen derechos políticos, hablaremos de un Estado Democrático, y si contiene derechos de tipo social, será entonces un Estado Social. Por consiguiente, si el código constitucional prevé de los tres tipos de derechos, se denomina Estado Social y Democrático de Derecho, o en una formulación que podría ser más simple, “democracia constitucional”<sup>9</sup>.

Los requisitos, no son otra cosa que unos determinados contenidos que se encuentran previstos en la Constitución. Esto es, no cualquier tipo de contenido, sino uno que será esencial para que la Constitución pueda llevar a cabo la función que históricamente el constitucionalismo demanda, que es: limitar al poder a través de mecanismos e instituciones propias del Derecho<sup>10</sup>, como pueden ser los derechos, incluido efectivamente, el derecho a la libertad de expresión.

---

<sup>7</sup> PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Curso de derechos fundamentales*, cit., pp. 227-228.

<sup>8</sup> BOBBIO, N., *El futuro de la democracia*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 1986, p. 26.

<sup>9</sup> SALAZAR UGARTE, P. “El nuevo constitucionalismo latinoamericano. (o un ornitorrinco jurídico), en *Id., Política y derecho. Derechos y garantías. Cinco ensayos latinoamericanos*, Ed. Fontamara, México, 2013, p. 52.

<sup>10</sup> Véase: POZZOLO, S., *Neocostituzionalismo e positivismo giuridico*, ed. Giappiachelli, Torino, 2001, pp. 26-27. Efectivamente, tal como señala Salazar: “La Constitución del constitucionalismo tiene una función precisa: limitar el poder político con la finalidad de proteger los derechos individuales”. SALAZAR UGARTE, P., *La democracia*

Lo anterior empata perfectamente con el pensamiento de Elías Díaz, y a su ya famosa y tan citada frase: “No todo Estado es Estado de Derecho”. El autor, a grandes rasgos señala que para ser un auténtico Estado de Derecho, habrá que reunir una serie de lineamientos o características en el que el Estado, se encuentre sometido al Derecho. Por tanto, las exigencias más básicas e indispensables de un Estado de Derecho pueden concretarse en la siguientes: a) Imperio de la ley; b) División de poderes; c) Legalidad de la administración y; d) Derechos y libertades fundamentales<sup>11</sup>. De esta forma, calza fielmente a un concepto que podría denominarse como mínimo por parte del constitucionalismo y que puede verificarse en lo dictado en el artículo 16 de la *Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano* del 26 de agosto de 1789, que reza de la siguiente manera: “Una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”.

Ahora bien, continuando con la fórmula de Elías Díaz, se puede afirmar entonces que: “no todo Estado con Constitución es un Estado constitucional<sup>12</sup>” así como, no todo Estado democrático, es un Estado con democracia. Es decir, al igual que el Estado de Derecho, existen lo que podría denominarse como prerrequisitos o precondiciones de la democracia que deben ser garantizados. Aquí es, precisamente, donde cobra especial sentido la libertad de expresión, pues como afirma Tocqueville: “La prensa es el instrumento democrático por excelencia de la libertad”<sup>13</sup>.

Es innegable la importancia que tienen los derechos como límites al poder para la vida democrática de un Estado. De ahí, que la libertad de expresión juega un papel trascendental. Lo anterior, no ha sido desapercibido por lo estudiosos del derecho, y sobre todo, de aquellos que vislumbran los derechos como auténticos protagonistas del juego democrático. Por ejemplo, citando nuevamente a Elías Díaz, ha dejado ver de forma muy clara, la estrecha relación entre la libertad de expresión y democracia. Así, en palabras del profesor Díaz: “sin libertad y, por de pronto, sin libertad de opinión, no hay democracia, ni hay legitimidad democrática ni soberanía popular”<sup>14</sup>. Incluso, hay quien considera el derecho a la libertad de expresión como un “ideal

---

*constitucional. Una radiografía teórica*, Ed. Fondo de Cultura Económica de México, México, 2013, p. 72.

<sup>11</sup> DÍAZ, E., *Estado de derecho y sociedad democrática*, Ed. Taurus, Madrid, 2010, p. 46.

<sup>12</sup> ANSUÁTEGUI ROIG, F. J., *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Ed. Dykinson, Madrid, 2013, p. 231.

<sup>13</sup> TOCQUEVILLE, A., *La democracia en América*, Ed. Alianza, Madrid, 1980, p. 272.

<sup>14</sup> DÍAZ, E., *De la maldad estatal y la soberanía popular*, Ed. Debate, Madrid, 1984, p. 66.

democrático”<sup>15</sup>. En este entendido, en una democracia, es esencial no solamente que los derechos como la libertad de expresión se encuentren estipulados. Lo que se necesita en todo caso, es que los derechos sean verdaderamente efectivos y que estos se encuentren cercanos a la población. De lo contrario, un sistema no puede llamarse democrático. Por consiguiente, frente a la falta de efectividad de los derechos y en nuestro caso, de la nula garantía de la libertad de expresión, cabría la alusión de Robert Dahl, ya que no pasan a ser solamente “adorno de la democracia, una mera fachada para un gobierno no democrático”<sup>16</sup>.

Por citar otro ejemplo con respecto a la importancia que merece la libertad de expresión en el juego democrático, es por demás interesante la postura de Santiago Nino. Es bien sabido que para el autor argentino, la democracia tiene un valor epistémico, en el que existen dos tipos de derechos que denomina como *a priori* y *a posteriori*. Nino, no duda en situar la libertad de expresión en los llamados derechos *a priori*, aún con la dificultad que representa categorizar los derechos. Así, justificando dicha posición, en palabras del propio autor: “El derecho a la libertad de expresión, que es por supuesto un derecho a priori, no requiere de ser libre de censura sino también de tener acceso positivo a los medios para comunicarse con otros”<sup>17</sup>.

En definitiva, los derechos son parte esencial y fundamental del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. La importancia de ello, puede ser verificable en las Constituciones de cada Estado, esto es, si efectivamente se contempla tanto su reconocimiento, pero sobre todo, su efectividad, será en la medida en que los Estados se tomen en serio los derechos<sup>18</sup>. Por lo anterior, el panorama mexicano, (como veremos más adelante) no deja de ser paradigmático y problemático a la vez, pues nos encontramos con una dura realidad cuando hablamos de derechos. En el caso que nos ocupa, el derecho a la libertad de expresión ha sido vulnerado en repetidas ocasiones, silenciando de por vida tanto a periodistas como a defensores y defensoras de derechos humanos, lo que demuestra que el país Mexicano, es más bien un Estado en donde se hace evidente su falta de garantía.

---

<sup>15</sup> SUNSTEIN, C., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Ed. Paidós Estado y Sociedad, Barcelona, 2003, p. 153.

<sup>16</sup> DAHL, R., *La democracia*, Ed. Ariel, Madrid, 2012, p. 59.

<sup>17</sup> NINO, C.S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Ed. Gedisa, Barcelona, 2003, p. 193.

<sup>18</sup> Así lo ha manifestado Bobbio al señalar que: “El reconocimiento y la protección de los derechos humanos están en la base de la Constituciones democráticas modernas”. BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, Ed. Sistema, Madrid, 1991, p.14.

### **3.- MARCO JURÍDICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO**

El derecho a la libertad de expresión, se encuentra reconocido por la ley de más alta jerarquía en el Estado mexicano, esto es, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante, CPEUM). Es de recordar, que dicho documento constitucional ha cumplido ya sus 101 años de existencia desde aquel 5 de febrero de 1917 fecha en que se publicó en el Diario Oficial de la Federación, entrando en vigor hasta el 1 de mayo del mismo año. De forma muy general, la Constitución mexicana aportó en gran medida los llamados derechos sociales al mundo del constitucionalismo, siendo un documento pionero en dicha materia. Inclusive, puede decirse que ahí da inicio el llamado constitucionalismo social<sup>19</sup>.

En lo que respecta a la libertad expresión, la CPEUM lo reconoce en sus primeros artículos. De forma directa es visible tanto en el artículo 6° y 7° de la Constitución mexicana. Así, el artículo 6° señala:

“La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Toda persona tiene derecho al libre acceso a información plural y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”<sup>20</sup>.

A pesar de que el artículo 6° de la CPEUM hace más referencia al derecho a la información, es evidente que se contempla también el derecho a la manifestación de las ideas. Sin embargo, es el artículo 7° donde claramente el constituyente mexicano, evidencia su intención de reconocer tan elemental derecho. Dicho precepto constitucional reza de la siguiente manera:

“Es inviolable la libertad de difundir opiniones, información e ideas, a través de cualquier medio. No se puede restringir este derecho por vías o medios indirectos, tales como el abuso de controles oficiales o particulares, de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por

---

<sup>19</sup> En torno al surgimiento y desarrollo del constitucionalismo social, véase: VANOSSO, J., *El Estado de Derecho en el constitucionalismo social*, 3ª edición, Ed. Eudeba, Universidad de Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 550. Desde una visión crítica: GARGARELLA, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Ed. Katz, 2014. En especial los capítulos: siete, ocho y nueve.

<sup>20</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_150917.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf)

cualesquiera otros medios y tecnologías de la información y comunicación encaminados a impedir la transmisión y circulación de ideas y opiniones”<sup>21</sup>.

El texto constitucional es por demás claro. La libertad de expresión es un derecho que debe ser respetado y garantizado, así lo estipula la Constitución mexicana. De hecho, existe un esfuerzo legislativo relativamente reciente derivado precisamente del artículo constitucional antes aludido, creando una ley especial en la materia. Nos referimos a la “Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas”<sup>22</sup>. Esta ley federal, ha sido publicada en el Diario Oficial de la Federación apenas el pasado 25 de junio de 2012, contando con 67 artículos en donde se prevén fuertes sanciones para quienes violenten tan vital derecho. Lo que queremos destacar de dicha ley, es la creación de un instrumento jurídico, denominado: Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas (en adelante, Mecanismo), exhortando que el Estado deberá atender su responsabilidad de proteger, promover y garantizar los derechos fundamentales. De las funciones que destacan del Mecanismo, se podrían señalar las siguientes:

El máximo órgano del Mecanismo, es la Junta de Gobierno, quien tendrá la última palabra para llevar a cabo acciones como: Medidas de Prevención, Medidas Preventivas, Medidas de Protección y Medidas Urgentes de Protección. Para acceder a dichas medidas, según el artículo 24 de la Ley, pueden ser solicitadas: I. Persona Defensora de Derechos Humanos o Periodista; II. Cónyuge, concubina, concubino, ascendientes, descendientes, dependientes de las Personas Defensoras de Derechos Humanos o Periodista; III. Personas que participan en las mismas actividades desde el mismo grupo, organización, o movimiento social; Los bienes de la persona, el grupo, organización, o movimiento social, y; V. Las demás personas que se determina en la evaluación de riesgo.

Es interesante el cómo la Ley, busca a toda costa la protección en caso de la vulneración tanto a personas defensoras como a periodistas. No obstante, a pesar del esfuerzo legislativo, y hay que decirlo, de las buenas intenciones del Congreso de la Unión del Estado mexicano, la violación sistemática de la libertad de expresión año con año, se hace cada vez más evidente. En todo caso, no debe de agotarse únicamente en un esfuerzo legislativo, habrá que tomar otro tipo de medidas gubernamentales para garantizar la efectividad de los derechos.

Lo anterior, ha sido el blanco de duras críticas y reclamos desde las coordenadas del llamado Derecho Internacional de los Derechos

---

<sup>21</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cit.

<sup>22</sup> Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. Disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPPDDHP.pdf>

Humanos (en adelante, DIDH), tal como veremos más adelante. Pues bien, es bien sabido que el DIDH adquiere su mayor auge el 26 de junio de 1945, capitalizándose con la firma de la Carta de las Naciones Unidas, que entró en vigor el 24 de octubre del mismo año; lo anterior significó un paso importante en materia de derechos humanos, que posteriormente daría luz, el 10 de diciembre de 1948, la Declaración de los Derechos Humanos. Al respecto, el autor italiano Luigi Ferrajoli denomina al texto declarativo como un “embrión constitucional del mundo”<sup>23</sup>, pues gracias a su realización, el DIDH da inicio su apogeo internacional. No es posible detenernos en todos los tratados internacionales en donde se hace referencia el derecho a la libertad de expresión. Sin embargo, consideramos especialmente relevante, la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, a través de su jurisprudencia, ha dejado muy claro que la responsabilidad del Estado no se agota exclusivamente en la creación de leyes, las cuales pueden figurar como letra muerta, sino que, se deben implementar acciones firmes para dar efectividad y resguardo a los derechos fundamentales. En efecto, la sentencia emitida por la Corte el 29 de julio de 1988, denominada “Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras”, enfatiza lo anterior, exactamente en el párrafo 167:

“La obligación de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comparta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos”<sup>24</sup>.

Asimismo, en el mismo “Caso Velásquez” pero ahora en el párrafo 166, se exhorta que los Estados partes deben organizar todo el aparato gubernamental, así como todas las estructuras por las cuales se pueden manifestar el ejercicio del poder público para asegurar en todo momento el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Por lo tanto, y, como consecuencia de dicha obligación, los Estados deberán entonces prevenir, investigar, sancionar y en su caso, reparar toda violación de los derechos humanos. Incluso, el párrafo anterior es citado como precedente de la Corte en diversos fallos. Tal es el ejemplo de la sentencia a México en el caso “Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos” de fecha de 23 de noviembre de 2009, en su párrafo 142<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> FERRAJOLI, L., *Democracia y garantismo*, Ed. Trotta, Madrid, 2010, p. 26.

<sup>24</sup> Caso: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988. (Fondo). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf)

<sup>25</sup> Caso: Radilla Pacheco Vs. Estados Unidos Mexicanos. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Corte Interamericana de Derechos Humanos. Disponible en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_209\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_209_esp.pdf)

En suma, no basta entonces con la creación de leyes para salvaguardar los derechos, sino de un compromiso serio y responsable por parte de todo el aparato gubernamental para hacerlos efectivos. Por tanto, en el caso de la libertad de expresión, no deja de ser pues un derecho de primera necesidad para la vida democrática de un Estado, tal como hemos visto más arriba. De hecho, desde las coordenadas del derecho internacional, se calcado el nexo inexorable entre la libertad de expresión y la democracia; así lo ha enfatizado la Organización de los Estados Americanos a través de un documento que se denomina “Carta Democrática Interamericana”, aprobado en 2001<sup>26</sup>. Al respecto, tanto el 3º y 4º artículo del instrumento, se alude que la libertad de expresión y de prensa son elementos esenciales para el ejercicio de la democracia. Por consiguiente, habrá que garantizarlos en todo momento, ya que en caso de ser vulnerados, se estará violentando a la democracia misma. Tal como ocurre en el caso mexicano, como afirma Andrés Bertoni: “Cuando se asesina o amenaza a un periodista, no sólo su libertad de expresión y de la sociedad se pone en jaque: se amenaza a la democracia”<sup>27</sup>.

Por su parte, la importancia que merece la libertad de expresión en un Estado democrático, no ha sido ajena para el máximo intérprete constitucional en México. Nos referimos a la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante, SCJN).

Así por ejemplo, el pasado 20 de junio de 2013 el Pleno de la SCJN resolvió un asunto de acción de inconstitucionalidad 29/2011 que fue promovido por la CNDH contra un artículo del Código Penal de la entidad federativa de Veracruz, donde se sostiene que la libertad de expresión y de información son “centrales en un Estado constitucional democrático de derecho” y constituyen “pilares fundamentales”. Se destaca que ambos derechos tienen una doble dimensión, y afirmó que: “gozan de una vertiente pública, colectiva o institucional que los convierte en piezas básicas para el adecuado funcionamiento de una democracia representativa”. De esta forma, se enfatiza también que la libertad de expresión constituye un derecho que sirve de garantía para la realización de otros derechos y libertades. En este entendido, la SCJN expresó que “tener plena libertad para expresar, recolectar, difundir y publicar informaciones es imprescindible, no solamente como instancia esencial de auto-expresión y auto-corrección, sino también como premisa para poder ejercer plenamente otros derechos humanos –el de asociarse y reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito, el derecho

---

<sup>26</sup> Carta Democrática Interamericana. 11 de septiembre de 2001. Organización de los Estados Americanos. Disponible en: [http://www.oas.org/charter/docs\\_es/resolucion1\\_3s.htm](http://www.oas.org/charter/docs_es/resolucion1_3s.htm)

<sup>27</sup> ANDRÉS BERTONI, E., *Libertad de expresión en el Estado de Derecho*, Ed. Editores del Puerto, Argentina, 2007, p. 192.

de petición o el derecho a votar y ser votado – y como elemento funcional que determina la calidad de la vida democrática de un país”<sup>28</sup>. La importancia que la propia SCJN de México ha dado en torno al derecho a la libertad de expresión, es de suma importancia, pues vincula su necesaria garantía con el Estado democrático. Incluso, con el objeto de proteger una esfera de deliberación pública. Es decir, que la garantía efectiva de la libertad de expresión e información, son derechos que potencian la vida política y democrática de un país. Así lo ha interpretado la SCJN el 20 de mayo de 2015 al declarar inconstitucional un artículo del Código Penal de la entidad federativa de Chiapas en donde se sancionaba con pena de prisión a toda persona que obtenga y brinde información de carácter confidencial o sea reservada para los cuerpos de seguridad pública o fuerzas armadas mexicanas. Aquí, la SCJN sostuvo que: “los derechos a la libertad de expresión y acceso a la información no sólo protegen libertades necesarias para la autonomía personal de los individuos, sino también pretenden proteger y garantizar un espacio público de deliberación política”<sup>29</sup>.

#### **4.- LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN MÉXICO: SITUACIÓN ACTUAL**

En nuestro último apartado, daremos cuenta con total desagrado

---

<sup>28</sup> Suprema Corte de Justicia de la Nación, México. Acción de inconstitucionalidad 29/2011. Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=132774>

<sup>29</sup> Primera Sala. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en Revisión. 492/2014. Disponible en:

<http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=167949>

En otro asunto, la propia Primera Sala ha establecido que: “La libertad de expresión en su vertiente social o política, constituye una pieza central para el adecuado funcionamiento de la democracia representativa. En este sentido, se ha enfatizado la importancia de la libre circulación de las ideas para la formación de la ciudadanía y de la democracia representativa, permitiendo un debate abierto sobre los asuntos públicos. La libertad de expresión se constituye así, en una institución ligada de manera inescindible al pluralismo político, valor esencial del Estado democrático. Esta dimensión de la libertad de expresión cumple numerosas funciones, entre otras, mantiene abiertos los canales para el disenso y el cambio político; se configura como un contrapeso al ejercicio del poder, ya que la opinión pública representa el escrutinio ciudadano a la labor pública; y contribuye a la formación de la opinión pública sobre asuntos políticos y a la consolidación de un electorado debidamente informado. Dicho ejercicio permite la existencia de un verdadero gobierno representativo, en el que los ciudadanos participan efectivamente en las decisiones de interés público”. Tesis aislada CDXIX/2014 de esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en la página 234 del Libro 13 (diciembre de 2014) Tomo 1, de la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, de rubro: “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DIMENSIÓN POLÍTICA DE ESTE DERECHO FUNDAMENTAL.”

lo ensangrentado que se encuentra el ejercicio de la libertad de expresión y prensa en México. Por desgracia, las cifras que a continuación detallaremos, son el fiel reflejo de una situación poco alentadora en términos de derechos. De entrada podemos aseverar, que el Estado y todo su aparato gubernamental, se ha visto sobrepasado en la misión de garantizar los derechos humanos en México. Al menos, desde la óptica del resguardo de la libertad de expresión, lo anterior es perfectamente verificable.

México, es uno de los tantos países que no se escapa de vivir crisis de seguridad, acarreado con ello, una afectación a los derechos humanos de forma generalizada. Los crímenes vividos en nuestro país, como asesinatos, desapariciones o torturas; apuntalan más a aquellas personas que se encargan de contar las historias de los conflictos, corrupción, tráfico, involucramiento de autoridades públicas con el crimen organizado, guerra contra el narco, violencia policiaca, asuntos relacionados con las elecciones, criminalidad e inseguridad, es decir, hacia las personas defensoras de derechos humanos y periodistas, representando con ello la amenaza más inmediata y desafiante a la libertad de expresión, a la condición básica para el sano desarrollo de las sociedades democráticas.

A pesar de existir un Mecanismo Nacional para la Protección de los Defensores de Derechos Humanos y Periodistas<sup>30</sup>, (tal como hemos visto más arriba) las cifras que muestran diversos organismos en torno a los ataques que se han visto expuestos tanto periodistas como personas defensoras de derechos humanos, son alarmantes, representando únicamente una insignificante parte de la realidad.

Ahora bien, el documento que consideramos más revelador, tanto por su reciente emisión así como por la credibilidad del organismo que lo publica, es un informe emitido apenas el pasado 4 de diciembre de 2017. La elaboración del documento fue comandada por el Relator Especial de la ONU sobre la Libertad de Expresión, así como el Relator Especial sobre Libertad de Expresión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, después de una visita conjunta al Estado mexicano del 27 de noviembre al 4 de diciembre de 2017. En dicho informe, exactamente en el párrafo 12, se señala: "Los ataques endémicos en

---

<sup>30</sup> Este mecanismo adoptado después de que el Gobierno creara la Ley para la Protección de Defensores de Derechos Humanos y Periodistas, el 25 de Junio de 2012. Proporcionando, desde su creación, la protección a 349 periodistas y de 130 que han buscado protección durante el 2017 el 98% de los casos se han incorporado. Dicha Ley lo que permite es que el Estado atienda la responsabilidad de proteger, promover y garantizar los derechos humanos promoviendo medidas preventivas que garanticen la vida, integridad, libertad y seguridad de las personas que se encuentren en situación de riesgo como consecuencia de la defensa o promoción de los derechos humanos, y del ejercicio de la libertad de expresión y el periodismo. Véase: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPPDDHP.pdf>

contra de periodistas, así como de las personas de derechos humanos, sin duda representan la amenaza más inmediata y desafiante a la libertad de expresión en México hoy en día”<sup>31</sup>.

Además, el propio documento, manifiesta que no existe un sistema único para obtener y recolectar datos sobre ataques contra periodistas y defensores de derechos humanos. Por lo que, se ciñen de los datos que recolecta la Comisión Nacional de los Derechos Humanos de México, (en adelante, CNDH) o también conocidas como defensorías del pueblo, arrojando cifras que son un tanto catastróficas. Desde el 2010, 73 periodistas han sido asesinados; 12 han sufrido desaparición forzada, mientras que ha habido 44 intentos de asesinatos. A partir de 2006, se han contabilizado 52 ataques contra medios de comunicación. Es de advertir, que el informe ha visto plausible los esfuerzos legislativos así como la creación del Mecanismo ya antes señalado. Sin embargo, es por demás evidente que no ha sido suficiente. Por lo que se insta al Estado a proporcionar mayor financiamiento al Mecanismo, ya que los recursos que le son asignados para operar son bastantes precarios y más, frente a la realidad que demanda el Estado. La importancia de dicho Mecanismo es tal, que durante el año de 2017, 130 periodistas han buscado protección, de los cuales, el 98% de los casos se han incorporado a los medios de protección y atención que proporciona el Mecanismo. En todo caso, es evidente que se necesita dotar de más recursos al Mecanismo para incorporar el personal indispensable y dar atención a lo largo y ancho de la República mexicana, independientemente de los esfuerzos que lleven a cabo cada entidad federativa<sup>32</sup>.

Por su parte, La CNDH advierte que en 2011 aconteció un incremento en las agresiones cometidas a este grupo y, que dentro de este Organismo Nacional, existe un mecanismo denominado: Programa de Agravios a Periodistas y Defensores Civiles de Derechos Humanos. En dicho mecanismo, se integraron un total de 380 expedientes respecto a casos donde se encuentran involucradas personas defensoras de los derechos humanos. Los datos que se contabilizan comprenden desde el 1º de enero de 2006 al 31 de diciembre de 2015. Por otro lado, solo el 50% de las 32 entidades federativas que conforman el Estado mexicano, presentaron informes sobre quejas realizadas en sus respectivas

---

<sup>31</sup> Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH a México. 2017. Disponible en:

[http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/Observaciones\\_Preliminares\\_ESP.PDF](http://www.oas.org/es/cidh/expresion/docs/Observaciones_Preliminares_ESP.PDF)

<sup>32</sup> Observaciones preliminares del Relator Especial de la ONU sobre la libertad de expresión y el Relator Especial sobre la libertad de expresión de la CIDH a México, cit.

defensorías del pueblo, durante el periodo 2000 a 2015<sup>33</sup>. La siguiente tabla, muestra de forma más detallada el número de quejas, así como la entidad donde se llevaron a cabo.

<b>Entidad Federativa</b>	<b>Información</b>
<b>Campeche</b>	5 expedientes de queja (no se especifica grupo vulnerable)
<b>Chihuahua</b>	Desde 2008 sólo se tuvo conocimiento de 10 casos donde defensores de derechos humanos fueron asesinados y 4 amenazados.
<b>Coahuila</b>	20 casos (no se especifica grupo vulnerable).
<b>Colima</b>	10 quejas (no se especifica grupo vulnerable).
<b>Ciudad de México</b>	18 quejas relacionadas con el tema de defensores de derechos humanos.
<b>Edo de México</b>	Del 2009 al 5 de abril del 2015 se registran 38 quejas (no se especifica grupo vulnerable).
<b>Guerrero</b>	Del 2008 al 2015 se registran 23 quejas (no se especifica grupo vulnerable).
<b>Nuevo León</b>	De 2009 al 2015 se registran 5 casos (no se especifica grupo vulnerable).
<b>Oaxaca</b>	Del 2000 al 2005 se registran 25 quejas en agravio a personas defensoras de derechos humanos.
<b>Puebla</b>	Del 2000 al 2015, se registran 38 quejas reportadas en agravio a personas defensoras de derechos humanos.
<b>San Luis Potosí</b>	Del 2007 al 2014 se presentan 2 quejas tramitadas (no se especificar grupo vulnerable).
<b>Sinaloa</b>	Del 2008 al 2015 se presentan 6 quejas registradas en agravio a personas defensoras de derechos humanos.
<b>Tabasco</b>	De 2000 a 2015 se presentan 2 quejas (sin especificar grupo vulnerable).
<b>Tamaulipas</b>	Se presentan 2 quejas (sin especificar grupo vulnerable).
<b>Tlaxcala</b>	Se presentan 2 quejas (sin especificar grupo vulnerable).
<b>Veracruz</b>	Del 2013 al 2015 se presentan 3 casos, sin especificar grupo vulnerable.

Respecto a los homicidios de personas defensoras de derechos humanos, se puede apreciar que el año 2011 hubo un incremento en el número de civiles asesinados; y que los Estados de Chihuahua, Guerrero y Oaxaca, son los que muestran una mayor incidencia en agravio a este grupo de personas<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> Datos recabados de la Recomendación General No. 25 emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sobre agravios a personas defensoras de Derechos Humanos (publicado 8 de febrero de 2016). Véase en:

[http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral\\_025.pdf](http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral_025.pdf)

<sup>34</sup> Datos recabados de la Recomendación General No. 25 emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sobre agravios a personas defensoras de Derechos Humanos (publicado 8 de febrero de 2016). Véase en:

[http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral\\_025.pdf](http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral_025.pdf)

<b>Año</b>	<b>Casos</b>	<b>Entidades federativas</b>
2010	6	Chihuahua (4), Oaxaca (2)
2011	8	Chihuahua (4), Guerrero (3), Sonora (1)
2012	3	Oaxaca (1), Puebla (1), Guerrero (1)
2013	4	Oaxaca (1), Guerrero (2), Veracruz (1)
2014	1	Sinaloa
2015	3	Veracruz (1), Chihuahua (1), Ciudad de México (1)

En cuanto a las agresiones cometidas a periodistas podemos tener un panorama aún menos alentador. En 25 de las 32 entidades federativas concurrieron 20 casos de desaparecidos y 48 atentados en contra de medios de comunicación (periodo 2005 a 2015). Del 2000 al 2015, se integraron en el Programa de Agravios a Periodistas y Defensores Civiles de Derechos Humanos, un total de 1049 expedientes de quejas, las cuales estaban relacionadas con presuntas violaciones a derechos humanos cometidas en su agravio.

Como se puede observar la diferencia de las agresiones a periodistas y a personas defensoras de derechos humanos es significativa; el dato más relevante es sin duda el de homicidios, ya que para el grupo de los defensores suman 25 decesos, a diferencia de los 107 a periodistas, durante el periodo 2010-2015. Entre las entidades federativas más peligrosas con respecto a este rubro, se encuentran: Oaxaca (11%), Chihuahua (11%), Guerrero (11%), Tamaulipas (11.9%) y Veracruz (14.6%), donde 6 de cada 10 homicidios sucedieron en estas 5 entidades<sup>35</sup>.

Las cifras expuestas, muestran un panorama aterrador y lamentablemente este no se aproxima ni un poco a la realidad, pues se tiene claro que la mayoría de las agresiones efectuadas, no se denuncian, ya sea por falta de confianza en la autoridad o por temor a sufrir alguna represalia. Empero, tanto los llamamientos del Relator de la ONU como del Relator de la CIDH, sumado con los datos que nos arroja la CNDH, nos proporcionan una especie de radiografía de lo que sucede en México, destacando entonces que, el ejercicio de tan vital derecho carece de garantías, potenciando de manera significativa un riesgo para quien ejerce la libertad de expresión; al grado incluso de firmar su propio condena de muerte.

<sup>35</sup> Recomendación General No. 25 emitida por la Comisión Nacional de Derechos Humanos, sobre agravios a personas defensoras de Derechos Humanos (publicado 8 de febrero de 2016). Véase en:

[http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral\\_025.pdf](http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15002/RecGral_025.pdf)

Recomendación General No. 24. Emitida por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, sobre el ejercicio de la libertad de expresión en México, (publicado 8 de febrero de 2016). Véase en:

[http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15004/RecGral\\_024.pdf](http://informe.cndh.org.mx/uploads/menu/15004/RecGral_024.pdf)

Por último, mencionar que únicamente se presentan los datos que consideramos más significativos con respecto a las agresiones en contra de periodistas y personas defensoras de derechos humanos. No obstante, el periodo que aquí se expone se da entre 2009 a 2015. A pesar de que en México durante este periodo ha logrado un cambio legislativo por demás significativo, en el que se crea el Mecanismo, es por demás evidente que no ha sido suficiente, pues gran parte de las agresiones se han cometido posterior a su existencia.

## 5.- REFLEXIONES FINALES

Tiene mucha razón Bobbio al señalar que: "Pero una cosa es proclamar este derecho, y otra cosa satisfacerlo efectivamente"<sup>36</sup>. Durante el desarrollo e investigación del presente artículo, nos hemos encontrado con una realidad que demanda una gran responsabilidad por parte del Estado mexicano para hacer efectivos los derechos humanos. Hemos insistido bastante en la conexión que existe entre la libertad de expresión y el Estado Constitucional, en donde el primero, juega un papel fundamental en el esquema democrático de una comunidad política y, en caso de que éste no se encuentre garantizado, se pone en jaque a la democracia misma. Por consiguiente, pensamos que la democracia en México depende prácticamente de un hilo, pues uno de sus pilares como la libertad de expresión representa todo un riesgo su ejercicio, ya que como hemos visto en las cifras arriba expuestas, las personas que se dedican a informar se ven altamente expuestas a amenazas e incluso al grado de perder la vida. Lo que es totalmente alarmante, y más, en un Estado que suele denominarse como democrático, ya que la realidad que se vive en México es totalmente antagónica con el propio ideal de la democracia. De esta forma, la vulneración a la libertad de expresión trasgrede tanto su vertiente activa y pasiva, esto es, el hecho de no existan garantías para ejercer la libertad de expresión, el derecho a la información se ve también trasgredido. Dicho de otra forma, al garantizar el ejercicio a la libertad de expresión, se estará procurando por tanto el derecho a la información. Lo anterior es fundamental, ya que se atenta a esta doble dimensión, pues evidentemente al violentar a los encargados de difundir información así como los medios de comunicación, se nulifica el derecho de toda una comunidad a ser informada. Por tanto, instamos que las demandas de la Corte Interamericana a los Estados son especialmente relevantes. En efecto, se exhorta la necesidad legislativa, demandando además el proporcionar los medios económicos que solventen las necesidades materiales para el buen funcionamiento de los respectivos

---

<sup>36</sup> BOBBIO, N., *El tiempo de los derechos*, cit., p. 22.

mecanismos que procuran y defienden los derechos. Como es el caso del Mecanismo que protege a periodistas y defensores de los derechos en México.

Es por ello, que en la introducción del presente artículo se hace alusión en lo determinante que representa la anualidad que transcurrimos, ya que el Estado Mexicano está inmerso en año electoral y precisamente el discurso de los derechos sale a relucir en boca de todas y todos los candidatos; en el que se escucha replicar una y otra vez, un fuerte compromiso y responsabilidad por garantizar los tan anhelados derechos de la población en general. Esperemos entonces, que la bandera de los derechos no sea únicamente una bandera electoral. Que una vez obtenidos los sufragios necesarios y ostenten tan honroso cargo de elección popular, se olvide por completo la bandera que tanto alzaron y presumieron defender. En todo caso, habrá que recordar a quien resulte vencedor o vencedora, que la bandera de los derechos debe defenderse en campaña o no campaña electoral, se gane o se pierda y, en caso de que los resultados les favorezcan, no olvidarse de tan importante compromiso, ya que estarán en el mejor de los escenarios para hacer efectivos los derechos. Pues, tomarse en serio el derecho a la libertad de expresión, es tomarse en serio la democracia y por tanto la propia Constitución.

# **PERSPECTIVAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LA ERA DE LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL COMO EL NUEVO PARADIGMA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS**

## **PERSPECTIVES OF GENDER VIOLENCE IN THE AGE OF NEOCONSTITUTIONAL THEORY AS THE NEW PARADIGM OF THE INTERNATIONAL LAW OF HUMAN RIGHTS**

**María Belén Redondo\***

**RESUMEN:** Los cambios en la nueva concepción del Estado Democrático de Derecho que surgen a partir de la toma de conciencia de la existencia de determinados derechos que se consideran como fundamentales por la comunidad internacional, influyen de modo directo en el diseño de políticas públicas, de creación de normas jurídicas y en el modo de resolver los casos judiciales. Es así que se presenta a la Teoría Neoconstitucional como una nueva teoría del derecho que permite integrar los derechos con sus respectivas garantías, y que se ocupa tanto de las normas como de los principios y los valores de Derechos Humanos y de su internalización en los ordenamientos de los Estados, es decir, se ocupa del fenómeno de mundialización de estos derechos. Dentro de los derechos fundamentales encontramos los que poseen las mujeres en lo que concierne a vivir una vida libre de toda violencia en la que se respete su dignidad y autonomía de la voluntad, amén de que los índices de violencia contra ellas aumentan día a día en todos los países del mundo. De este modo los Estados deberán cumplimentar con las medidas de acciones positivas tendientes a garantizar el efectivo goce de los derechos reconocidos por los Pactos internacionales de Derechos Humanos.

**ABSTRACT:** *The changes in the new conception of the Democratic State of Law that arise from the awareness of the existence of certain rights that are considered fundamental by the international community, have a direct influence on the design of public policies, the creation of legal norms and how to solve judicial cases. This is how the Neoconstitutional Theory is presented as a new theory of law that allows integrating rights with their respective guarantees, and that deals with both the norms and the principles and values of Human Rights and their internalization in the legal systems. of the States, that is, deals with the phenomenon of globalization of these rights. Within the fundamental rights we find those that women possess in what concerns to live a life free of all violence in which their dignity and autonomy of the will is respected, in addition to that the indices of violence against them increase every day in all the countries of the world. In this way, the States must comply with the measures of positive actions tending to guarantee the effective enjoyment of the rights recognized by the International Covenants on Human Rights.*

**PALABRAS CLAVE:** violencia, género, derechos humanos, neoconstitucionalismo, Estados

**KEYWORDS:** *violence, gender, human rights, neoconstitutionalism, States*

**Fecha de recepción:** 04/04/2018

**Fecha de aceptación:** 05/07/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4310>

---

\* Abogada y Profesora en Derecho por la Universidad Nacional de Rosario y Universidad Abierta Interamericana, Argentina. Magister en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Justicia Penal Internacional y Derecho Internacional Humanitario por el Instituto Internacional de Estudios Globales para el Desarrollo Humano. Diplomada en Defensa Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Zaragoza-CLADH. Doctoranda en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario. E-mail: mariab-redondo@hotmail.com

## 1.- ALGUNOS CONCEPTOS DERIVADOS DE LA INTERNALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

“del principio que establecía que los derechos humanos valen en la medida que los reconocían las leyes, se pasa a que las leyes y las demás normas jurídicas valen en la medida que respetan los contenidos esenciales de los derechos humanos”<sup>1</sup>.

Fue el Siglo XX el que marcó un nuevo proceso en la historia del mundo provocando una verdadera revolución con el “reconocimiento del individuo como sujeto de la comunidad internacional (...) que consolidó un nuevo paradigma humanista del Derecho internacional, centrado hasta ese entonces solo en los Estados y sus intereses”<sup>2</sup>.

Pero proyectándonos aún más allá, Luigi Ferrajoli nos explica que se ha producido “un cambio de paradigma “revolucionario” en tanto afecta, no sólo el papel del derecho y las condiciones de validez de las leyes, sino también el papel de la jurisdicción (afectando la relación juez-ley) el papel de la ciencia jurídica y la naturaleza de la democracia”<sup>3</sup>.

Resulta que esta explosión de reconocimiento de derechos inherentes a todos los seres humanos por su condición de tal, provocó grandes cambios en los ordenamientos jurídicos de los Estados del mundo.

Es que “La comunidad americana organizada, comprendió, a poco de su constitución, que la democracia y los derechos humanos debían ser los pilares estructurales sobre los que debían asentarse”<sup>4</sup>.

Es decir, la nueva sociedad emergente luego de la Segunda Guerra Mundial necesitaba sentar sus bases sobre una estructura democrática que se enfocara en la esencia del ser humano, y la respetara como tal.

Es de este modo que en 1948 surge el embrión del fenómeno actual de expansión de la esfera del derecho con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y la Carta de la Organización de los Estados Americanos.

A partir de allí, comenzó una labor de producción de contenido acerca de los Derechos Humanos, y su consecuente especificación en diversos Tratados internacionales.

---

<sup>1</sup> S. ALFONSO, “Neoconstitucionalismo”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional*, Abril de 2008, p1.

<sup>2</sup> M. TRUCCO, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial Juris, Rosario, 2017.

<sup>3</sup> A. ALTERIO, “Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate”, *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Mayo 2013, p. 227.

<sup>4</sup> M. TRUCCO, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica*, cit.

Este proceso, vio nacer así también, la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969, que se constituye en un documento esencial porque reconoce la supremacía de órganos internacionales específicos que llevan adelante la interpretación de esta Convención y de este modo la Corte Interamericana fija pautas directrices a través de su jurisprudencia.

Podemos decir que entendemos por derecho internacional de los Derechos Humanos al sistema de normas, principios y valores que incluye a todos los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, la Carta de la OEA, las Opiniones Consultivas y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y aquellos instrumentos que nacen en foros o en cumbres judiciales, conforme al principio *pro homine* que colaboran a tutelar de un modo más amplio y efectivo los derechos de los seres humanos, como por ejemplo, las 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

La revolución que provocaron estos derechos llegó a tal punto que ha logrado derribar las estanterías de la teoría del derecho imperante en el siglo XX: el positivismo jurídico, en virtud de la cual se ha dicho que se “nos acostumbró a pensar el derecho en función de la fuerza *per se* que éste pueda ejercer para aplicar sus dictados, lo cual se conoce en idioma inglés como *enforcement*. El derecho sin fuerza coactiva, y sin capacidad de forzar a cumplir, es un derecho incompleto y débil”, sin embargo, El *enforcement* de los procesos de defensa de derechos humanos suele romper con esa tendencia”<sup>5</sup>.

Definiendo lo que entendemos por Derechos Humanos podemos decir que hacemos alusión a ello cuando hablamos de aquellas facultades que corresponden a todos los seres humanos del mundo, por ser inherentes a su dignidad humana, que subsisten a todas las fronteras en el mundo y que no implican un reconocimiento de los Estados, sino que su fuerza radica en haber nacido con la humanidad misma.

El trabajo de los Estados será adecuar las legislaciones actuales al cumplimiento de lo dispuesto por el Derecho internacional de los Derechos Humanos, para lograr la real efectivización de los mismos.

Así también pueden definirse no sólo por su naturaleza humana, sino también conforme al rol que ocupa la persona en la sociedad, es así que surgen derechos fundamentales a proteger, tal es el caso de los derechos del trabajador, el de las personas de la tercera edad, los niños, las niñas, las mujeres, etc.

---

<sup>5</sup> H. RAMÍREZ GARCÍA y OTROS, *Derechos Humanos*, Editorial Oxford University Press, Editorial Oxford University Press, México, 2011.

El catálogo se va ampliando con el paso del tiempo, de hecho estamos actualmente en este proceso, porque justamente los avances sociales provocan nuevos conflictos y nuevos vulnerables, y es así que el derecho se va irradiando para resolver otras problemáticas.

Asimismo otro concepto que surge relacionado con los Derechos Humanos, es el de “conciencia jurídica universal”, que se constituye como fuente material última de todo el derecho, y es así que restituye “al ser humano su condición de sujeto del derecho tanto interno como internacional. Estamos ante un *ordre public* internacional humanizado (o verdaderamente humanista) en el que el interés público o el interés general coincide plenamente con la prevalencia de los derechos humanos, -lo que implica el reconocimiento de que *los derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico*”<sup>6</sup>.

La conciencia jurídica universal o la comunidad internacional deben ser entendidas como sinónimos que aparecen “en el marco donde habita con toda intensidad el consentimiento de los Estados como manifestación jurídica por excelencia de su soberanía y se plasma en el sector concerniente a los procedimientos de creación de normas internacionales”<sup>7</sup>.

Al reconocimiento de estos derechos fundamentales, se les suma otro avance, que es el de comenzar a definir cuales principios se desprenden de estos derechos, como así también se ponen de relieve los valores que se buscan proteger.

De este modo la “esfera del Derecho” -haciendo alusión con este término a las fuentes del Derecho- que debe ser tenida en cuenta por los Jueces para dictar sentencia, por el Poder Ejecutivo para establecer políticas públicas, y por el Poder Legislativo a la hora de redactar normas, se compone de: normas jurídicas internas e internacionales, principios y valores.

Los principios toman tal relevancia al punto de que Cançado Trindade ha dicho que: “Al contrario de los que intentan –a mi juicio en vano- minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el “orden jurídico” simplemente no se realiza, y deja de existir como tal (...)”<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> A. CANÇADO TRINDADE, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, *curso derecho internacional 2007*, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIV\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)

<sup>7</sup> F. QUISPE REMÓN, “Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación en el debido proceso”, *Revista de Derecho*, Julio-Diciembre 2010.

<sup>8</sup> A. CANÇADO TRINDADE, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, *curso derecho internacional 2007*,

Es así que cambia la estructura del sistema jurídico que ahora se basa primordialmente en derechos más que en normas, y estas normas serán válidas en tanto y en cuanto respeten el sentido y el alcance de los Derechos Humanos que protegen.

Con lo cual en este nuevo Estado Democrático de Derecho, la internalización del derecho internacional provoca necesariamente el control de constitucionalidad y de convencionalidad, como garantías para la sociedad de que se están respetando sus derechos fundamentales.

Como proceso histórico, esta internalización encontró asidero primero en la ratificación de los Pactos internacionales de Derechos Humanos, y luego en la incorporación de los mismos a las Constituciones Nacionales de los Estados del mundo.

Así también hay que considerar que “En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, que le son subyacentes, y que se configuran verdaderamente fundamentales e irreductibles”<sup>9</sup>.

Pero la incorporación de los Tratados no dio por terminado el tema, por cuanto se constituyó en el puntapié para lograr una real efectivización de los derechos contemplados.

Es así como comienzan a surgir desfasajes entre el ser y el deber ser, entre la existencia de derechos legislados y los mecanismos insuficientes o no contemplados para acceder a la defensa de los derechos fundamentales.

Y en consecuencia nos preguntamos ¿Es importante el rol que desempeña un Estado al declarar derechos? Sí, pero es tan importante como lo es el papel que asume un Estado en el compromiso por efectivizarlos<sup>10</sup>.

De modo que pareciera que lo legislado, de nada sirve si las personas no encuentran las vías idóneas para poder defenderse de actos que violen sus derechos fundamentales, por ello la necesidad de una teoría del derecho que promueva la especificidad no solo de los derechos sino también de sus correspondientes garantías.

---

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIV\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)

<sup>9</sup> A. CANÇADO TRINDADE, “La ampliación del contenido material del *ius cogens*”, *curso derecho internacional 2007*,

[http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIV\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)

<sup>10</sup> M. B. REDONDO, “Tutela Preventiva en el paradigma del Juez Humanista Integrativista”, *Disertación en II Encuentro de la Doctrina Procesal, Preparatorias del IV Encuentro anual de la FAEP y preparatorias del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Corrientes, marzo de 2015.

Como así también se vuelve ineludible promover una serie de políticas públicas coordinadas que permitan encontrar la protección y libertad necesarias a todos los seres humanos para poder gozar de sus derechos sin impedimentos.

Es así que la problemática de la violencia de género se vuelve eco en todos los sistemas jurídicos del mundo, por cuanto, los índices de violencia contra la mujer aumentan en vez de disminuir, provocando que la mujer ingrese en la categoría de persona en condición de vulnerabilidad.

De este modo, la mujer que ha sido violentada, no sólo encuentra respuestas deficientes para acceder a la justicia, sino también encuentra restricciones por parte del sistema de protección de normas como por el retraso de las políticas públicas necesarias en comparación con el aumento de los índices de violencia.

Si *ut supra* afirmábamos que el Estado Democrático de Derecho actual debía asentar sus bases en el respeto de los derechos fundamentales, pero a su vez se observa que las mujeres no sólo sufren violencia por el sólo hecho de ser mujer, sino que además no encuentran las herramientas necesarias para proteger su vida, es necesario replantearse desde los poderes del Estado los pasos a seguir de forma conjunta y realizar un seguimiento para determinar si se está avanzando en ello o no.

Como operadores del derecho instruidos en la conciencia de educación de la población de los Derechos Humanos en nuestro deber aportar investigaciones que pongan de relieve la situación actual, para ser tomadas por los gobiernos de los Estados y de este modo diseñar un plan de acción sostenido en el tiempo y que responda con eficacia a la problemática que nos aqueja a todos como sociedad.

## **2.- LA TEORÍA NEOCONSTITUCIONAL COMO EL NUEVO PARADIGMA DE LOS SISTEMAS JURÍDICOS DEL MUNDO BASADOS EN LOS DERECHOS HUMANOS**

“Gracias a este embrión de constitución del mundo que está formado por la Carta de la ONU y por las declaraciones, convenciones y pactos internacionales sobre derechos humanos, también la soberanía estatal externa ha sido jurídicamente limitada, por la sujeción de los Estados al imperativo de la paz y a la garantía de los derechos humanos establecidos en esas cartas internacionales”<sup>11</sup>.

Tal como exponíamos en párrafos previos, la toma de conciencia de la existencia de un catálogo de derechos fundamentales por parte de

---

<sup>11</sup> L. FERRAJOLI, “Sobre los Derechos Fundamentales”, *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional.*, julio-diciembre 2006.

los Estados y la internalización de los mismos a sus ordenamientos jurídicos trajo como consecuencia el cambio en la concepción de lo que se entiende por Derecho.

Esto cobra especial relevancia por cuanto las normas contenidas en los sistemas jurídicos serán válidas en tanto y en cuanto respeten el contenido de los Derechos Humanos.

De este modo nos preguntamos ¿qué se entiende por derecho actualmente?, y así contestamos que se entiende por tal a la esfera jurídica que comprende a las normas de derecho nacional e internacional de Derechos Humanos, sus principios y los valores superiores que se pretenden proteger.

El marco teórico que entendemos explica este fenómeno de mundialización de los Derechos Humanos es la Teoría Neoconstitucional, considerando que esta teoría se avoca a la expansión de las fuentes del derecho, y pretende explicar la integración del Derecho internacional de los Derechos Humanos en el orden interno de los diversos estados.

Pero no sólo ello, sino que también el Neoconstitucionalismo pretende promover soluciones legislativas, ejecutivas y judiciales que logren una tutela real de los Derechos Humanos, para acortar la brecha entre el ser y el deber ser.

Sin lugar a dudas estamos en una nueva era, en un cambio revolucionario, en donde lo que antes era impensado, como aceptar la apertura semántica de determinados conceptos de derecho e ir significándolos conforme al caso concreto, poniendo en jaque la seguridad jurídica para atender al principio *pro homine*, hoy necesita de un marco teórico que responda a estos nuevos lineamientos.

Por lo tanto, la teoría jurídica que mejor explica la reformulación de las fuentes del Derecho como consecuencia de la internalización de los Derechos Humanos y la consiguiente búsqueda de mecanismos que los garanticen, como así también la cuestión relativa a la interpretación de los derechos y principios en la decisión judicial y el diseño de políticas públicas efectivas que respeten los derechos fundamentales es la Teoría Neoconstitucional.

Así podemos decir que entendemos por Neoconstitucionalismo a una nueva teoría del derecho, con particularidades propias que responden a la internalización del derecho internacional de los Derechos Humanos, y las consecuencias que ello apareja en las fuentes del derecho, y que no sólo se ocupa de la consagración derechos y de brindar contenidos conceptuales mínimos, sino también en positivizar los mecanismos de efectivización.

Al ser una teoría relativamente nueva nos encontramos con un concepto polisémico del derecho, ya que dentro del mismo se enrolan diversas corrientes con afinidades y diferencias, por lo que la doctrina

acuerda en hablar de neoconstitucionalismos, haciendo énfasis en el modo plural.

Algunos autores identifican esta teoría como una segunda parte de la teoría constitucional, y en base a ello han dicho que: “Es como una nueva fase en el marco del proceso histórico del constitucionalismo europeo que tuvo comienzo a fines del siglo XVIII, con características propias y diferenciales respecto a las etapas anteriores. De ahí el nombre de neoconstitucionalismo”<sup>12</sup>.

Sin embargo creemos que al hablar de Neoconstitucionalismo no hacemos referencia simplemente a un proceso de constitucionalización de derechos, sino más bien a un cambio mucho más profundo, que nos viene dado desde afuera (orden público internacional) hacia adentro del sistema jurídico.

Que nos irrumpa con reglas y principios muchos de ellos no sistematizados, pero que se reconocen como válidos y aplicables por la comunidad internacional.

En este sentido reconocidos juristas han expresado que: “si el constitucionalismo tradicionalmente había visto en los procedimientos, en la división y en el equilibrio de competencias, la estrategia de restricción, la perspectiva neoconstitucionalista, por el contrario, insiste en el contenido, en el sentido de las disposiciones de principio y en la enunciación de derechos”<sup>13</sup>.

Es así que el Neoconstitucionalismo se vuelve una teoría que no sólo se avoca a lo conceptual sino que también cuenta con su faceta práctica, y de ese modo, se vuelve útil a los fines de promover mecanismos que permitan la prevención de la violencia de género, como así también de coordinar un programa sostenido una vez que la violencia contra la mujer ya se haya ejercido.

Habiendo especificado los lineamientos de esta nueva Teoría daremos paso a renglón seguido, al análisis de los instrumentos internacionales de Derechos Humanos que protejan a las mujeres para que puedan llevar una vida libre de toda violencia.

### **3.- LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS INTERNACIONALES**

Entre los Tratados Internacionales de protección específica a la mujer encontramos la Convención sobre la Eliminación de todas las

---

<sup>12</sup> S. ALFONSO, “Neoconstitucionalismo”, *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional*, Abril de 2008, p1.

<sup>13</sup> S. POZZOLO, “Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho”, *Biblioteca Jurídica UNAM.*, p. 367.

Formas de Discriminación contra la Mujer (CETFDCM) y su Protocolo facultativo, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, conocida también como Convención de Belem do Para.

En líneas generales dichos instrumentos internacionales instituyen la obligación de los Estados de consagrar la igualdad de género en su legislación nacional, derogar todas las disposiciones discriminatorias en sus leyes, y promover nuevas disposiciones para proteger a la mujer contra la discriminación.

Asimismo, las instituciones públicas deben adaptarse para garantizar a las mujeres una protección eficaz contra la discriminación, y adoptar medidas para eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer practicada por personas, organizaciones y empresas.

A lo largo de estos años, se ha ampliado la protección no solo para reforzar la igualdad entre hombres y mujeres, sino también para los casos en que el simple hecho de ser mujer, pueda ser una causa de violencia en sus diversas manifestaciones.

En este sentido se ha dicho que los tratados internacionales "son instrumentos vivos que merecen actualizarse y cumplirse en el devenir diario de miles de hombres y mujeres de nuestros pueblos, que aspiran de sus países una protección amplia, efectiva, concreta, que les permita cumplir sueños y proyectos, condiciones para llevar adelante una vida digna"<sup>14</sup>.

Con lo cual ampliar las fronteras del concepto de violencia de género hacia nuevos supuestos se vuelve una condición necesaria para que el contenido de los instrumentos internacionales no se vuelva letra muerta.

Tomar conocimiento de qué es la violencia de género, dónde puede sufrirse, qué medidas tomar en caso de que ocurra, como así también los derechos que se tienen y lugares de asistencia, se constituyen en ejes necesarios para educar desde la prevención, pero también colaboran como una guía para cuando esos hechos se producen efectivamente.

Recientemente se ha sancionado la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores, donde se busca tutelar, entre otras cuestiones, la posible vulneración que pueda sufrir una mujer de más de 60 años, incluyendo tanto la discriminación como la violencia por el hecho de ser mujer, sumado a su edad.

En su Preámbulo destaca en cuanto a la violencia y a la discriminación que: "la persona mayor tiene los mismos derechos

---

<sup>14</sup> M. TRUCCO, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial Juris, Rosario, 2017.

humanos y libertades fundamentales que otras personas, y que estos derechos, incluido el de no verse sometida a discriminación fundada en la edad ni a ningún tipo de violencia, dimanar de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano”<sup>15</sup>.

En este sentido el artículo 2 define al maltrato, quedando así contemplada la violencia:

“Maltrato: Acción u omisión, única o repetida, contra una persona mayor que produce daño a su integridad física, psíquica y moral y que vulnera el goce o ejercicio de sus derechos humanos y libertades fundamentales, independientemente de que ocurra en una relación de confianza”<sup>16</sup>.

Finalmente el artículo 9 establece lo siguiente:

“Derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia: La persona mayor tiene derecho a la seguridad y a una vida sin ningún tipo de violencia, a recibir un trato digno y a ser respetada y valorada, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la cultura, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen social, nacional, étnico, indígena e identidad cultural, la posición socio-económica, discapacidad, la orientación sexual, el género, la identidad de género, su contribución económica o cualquier otra condición.

La persona mayor tiene derecho a vivir una vida sin ningún tipo de violencia y maltrato.

Para los efectos de esta Convención, se entenderá por violencia contra la persona mayor cualquier acción o conducta que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la persona mayor, tanto en el ámbito público como en el privado. Se entenderá que la definición de violencia contra la persona mayor comprende, entre otros, distintos tipos de abuso, incluso el financiero y patrimonial, y maltrato físico, sexual, psicológico, explotación laboral, la expulsión de su comunidad y toda forma de abandono o negligencia que tenga lugar dentro o fuera del ámbito familiar o unidad doméstica o que sea perpetrado o tolerado por el Estado o sus agentes dondequiera que ocurra”<sup>17</sup>.

Dentro de la normativa vigente internacional también se encuentra el Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo, la Convención sobre los Derechos de los Niños y el

---

<sup>15</sup> Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores, preámbulo.

<sup>16</sup> Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores, artículo 2.

<sup>17</sup> Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores, artículo 9.

## Protocolo Opcional sobre la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Pornografía Infantil.

Cabe destacar el aporte que brinda la Ley Nacional Argentina N° 26.485 la cual esboza una conceptualización de los distintos tipos de violencia a saber:

1.- Física: La que se emplea contra el cuerpo de la mujer produciendo dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física.

2.- Psicológica: La que causa daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal o que busca degradar o controlar sus acciones, comportamientos, creencias y decisiones, mediante amenaza, acoso, hostigamiento, restricción, humillación, deshonra, descrédito, manipulación aislamiento. Incluye también la culpabilización, vigilancia constante, exigencia de obediencia sumisión, coerción verbal, persecución, insulto, indiferencia, abandono, celos excesivos, chantaje, ridiculización, explotación y limitación del derecho de circulación o cualquier otro medio que cause perjuicio a su salud psicológica y a la autodeterminación.

3.- Sexual: Cualquier acción que implique la vulneración en todas sus formas, con o sin genital, del derecho de la mujer de decidir voluntariamente acerca de su vida sexual o reproductiva a través de amenazas, coerción, uso de la fuerza o intimidación, incluyendo la violación dentro del matrimonio o de otras relaciones vinculares o de parentesco, exista o no convivencia, así como la prostitución forzada, explotación, esclavitud, acoso, abuso sexual y trata de mujeres.

4.- Económica y patrimonial: La que se dirige a ocasionar un menoscabo en los recursos económicos o patrimoniales de la mujer, a través de:

a) La perturbación de la posesión, tenencia o propiedad de sus bienes;

b) La pérdida, sustracción, destrucción, retención o distracción indebida de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores y derechos patrimoniales;

c) La limitación de los recursos económicos destinados a satisfacer sus necesidades o privación de los medios indispensables para vivir una vida digna;

d) La limitación o control de sus ingresos, así como la percepción de un salario menor por igual tarea, dentro de un mismo lugar de trabajo.

5.- Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación,

desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad”<sup>18</sup>.

Además esta Ley señala las modalidades de violencia categorizándolas en:

“Violencia doméstica: aquella ejercida contra las mujeres por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde ésta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres. Se entiende por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos. Incluye las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia;

Violencia institucional: aquella realizada por las/los funcionarias/os, profesionales, personal y agentes pertenecientes a cualquier órgano, ente o institución pública, que tenga como fin retardar, obstaculizar o impedir que las mujeres tengan acceso a las políticas públicas y ejerzan los derechos previstos en esta ley. Quedan comprendidas, además, las que se ejercen en los partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales, deportivas y de la sociedad civil;

Violencia Laboral: aquella que discrimina a las mujeres en los ámbitos de trabajo públicos o privados y que obstaculiza su acceso al empleo, contratación, ascenso, estabilidad o permanencia en el mismo, exigiendo requisitos sobre estado civil, maternidad, edad, apariencia física o la realización de test de embarazo. Constituye también violencia contra las mujeres en el ámbito laboral quebrantar el derecho de igual remuneración por igual tarea o función. Asimismo, incluye el hostigamiento psicológico en forma sistemática sobre una determinada trabajadora con el fin de lograr su exclusión laboral;

Violencia contra la libertad reproductiva: aquella que vulnere el derecho de las mujeres a decidir libre y responsablemente el número de embarazos o el intervalo entre los nacimientos, de conformidad con la Ley 25.673 de Creación del Programa Nacional de Salud Sexual y Procreación Responsable;

Violencia obstétrica: aquella que ejerce el personal de salud sobre el cuerpo y los procesos reproductivos de las mujeres, expresada en un trato deshumanizado, un abuso de medicalización y patologización de los procesos naturales, de conformidad con la Ley 25.929.

---

<sup>18</sup> Ley Nacional Argentina N° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Abril 1, 2009. B.O.

Violencia mediática: aquella publicación o difusión de mensajes e imágenes estereotipados a través de cualquier medio masivo de comunicación, que de manera directa o indirecta promueva la explotación de mujeres o sus imágenes, injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra la dignidad de las mujeres, como así también la utilización de mujeres, adolescentes y niñas en mensajes e imágenes pornográficas, legitimando la desigualdad de trato o construya patrones socioculturales reproductores de la desigualdad o generadores de violencia contra las mujeres”<sup>19</sup>.

De este modo la especificidad de la ley de las diversas modalidades de la violencia contra la mujer se constituyen en un gran paso por su amplitud que permiten encuadrar los diferentes casos que se puedan presentar.

Asimismo, es una importante herramienta que los magistrados poseen cuando deben entender en estos casos, ya que se brinda claridad de los supuestos con la técnica legislativa sobre la cual podrán aquéllos fundamentar sus sentencias.

#### **4.- PERSPECTIVAS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO EN LAS 100 REGLAS DE BRASILIA SOBRE ACCESO A LA JUSTICIA DE LAS PERSONAS EN CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD**

“Los derechos fundamentales, como enseña la experiencia, no caen nunca del cielo, sino que llegan a afirmarse cuando se hace irresistible la presión de quienes han quedado excluidos ante las puertas de los incluidos”<sup>20</sup>.

Las 100 Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad se constituyeron en la Asamblea Plenaria de la Cumbre Judicial Iberoamericana XIV en el año 2008, ellas conforman un conjunto de directrices dirigidas a determinados grupos de personas que comparten características comunes y que deben saltar más obstáculos que el resto de los ciudadanos para acceder a la defensa de sus derechos.

Es así que “Esa porción de la población que por diferentes motivos se encuentra excluida necesita una tutela diferenciada que merme esta imposibilidad de acceso y que por lo tanto le facilite el acceso al *hall* de la justicia”<sup>21</sup>.

---

<sup>19</sup> Ley Nacional Argentina N° 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales. Abril 1, 2009. B.O.

<sup>20</sup> L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

<sup>21</sup> M.B. REDONDO, *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad .Comentadas. Concordadas con C.P.C.C.S.F. Leyes*

Por lo tanto, estas Reglas se constituyen con el objeto de brindar una protección especial a aquellas personas que se definen como en una condición de vulnerabilidad.

Significando con ello lo siguiente: “un sujeto en condición de vulnerabilidad es aquel que debido a una cualidad intrínseca de su persona encuentra una restricción mayor que la del resto de la población para defender sus derechos, ya sea al momento de la apertura de la instancia judicial como durante la tramitación del juicio, y que por lo tanto, obliga a los operadores de justicia a aplicar las reglas del proceso de una manera activa, para que al entrar en contacto con la justicia la persona no sufra una doble vulnerabilidad, menoscabando derechos fundamentales y causando un daño irreparable”<sup>22</sup>.

Es decir, se enumeran de un modo no taxativo, a determinados grupos de personas, los cuales pueden encontrarse en una situación diferencial a causa por ejemplo de la pobreza, de la migración, de la edad ya sea en el caso de niñas, niños y adolescentes, como de mayores adultos, y dentro de esta enunciación se contempla a las mujeres víctimas de violencia a causa del género.

Las 100 Reglas definen la violencia en la Regla n° 19 estableciendo que:

“Se considera violencia contra la mujer cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado, mediante el empleo de la violencia física o psíquica”<sup>23</sup>.

Esta Regla brinda un concepto amplio de violencia al explicitar “toda acción o conducta...” con lo cual podemos decir, que también quedaría incluida la discriminación contra la mujer por el mero hecho de ser mujer, y en este sentido la Regla 18 establece que:

“Se entiende por discriminación contra la mujer toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera”<sup>24</sup>.

---

*complementarias. Acordadas C.S.J.S.F. Jurisprudencia provincial, nacional y de la C.I.D.H. Derecho comparado*, Editorial Juris, Rosario, 2015.

<sup>22</sup> M. B. REDONDO, “*Human Rights and Access to Justice, one Neoconstitutional look*”, *Revista Electrónica Iberoamericana*, Julio-Diciembre de 2015, p.99.

<sup>23</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Regla 19. Marzo 4, 2008.

<sup>24</sup> 100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Regla 18. Marzo 4, 2008.

De este modo podemos decir que “víctima de violencia de género, es toda aquella persona que padece una agresión física, sexual, verbal, psicológica, o económica, en cualquier ámbito donde desarrolle su vida, ya sea en lo público como en lo privado, a la que se le provoca un daño o sufrimiento ocasionalmente o reiteradamente, y que puede llevarla a la muerte”<sup>25</sup>.

Es menester tener en cuenta que no es necesario el ejercicio de violencia sostenido en el tiempo como requisito *sine qua non* para que ingrese dentro del concepto de violencia de género, bastará solo un acto de agresión contra la mujer a causa del género para quedar encuadrado dentro de esta normativa más tuitiva y de los instrumentos internacionales.

El aporte fundamental que nos traen las 100 Reglas de Brasilia a la normativa internacional existente, son las pautas que deben adoptar los operadores de todo sistema de justicia, en aras de brindar una protección adecuada para que la vulnerabilidad en la que se encuentra la mujer violentada no constituya un obstáculo para defender sus derechos correctamente.

El trato humanizado que debe darse a toda persona que interviene en un proceso judicial se acentuará aun más teniendo en consideración las necesidades específicas de la víctima, como por ejemplo el estar acompañada en determinados actos procesales por personas de su círculo de confianza, e incluso los Magistrados deberán estarse a determinadas pautas de protección tal es el caso de mujeres menores de edad que pueden sufrir más de una vulnerabilidad, en este caso al ser menor y el ser mujer, como ejemplo de ello encontramos la Regla 80 que establece que las actuaciones judiciales podrán no sean públicas, y la Regla 78 prevé la utilización de términos claros y sencillos en las actuaciones en las que deben intervenir para que puedan ser fácilmente comprensibles por ellos, y en cuanto a la violencia de género en el seno familiar las Reglas 75 y 76 hacen un llamado de atención al derecho de ser oído, y “al resguardo psíquico de aquellas personas en condición de vulnerabilidad que han sido dañadas de manera constante por haber sido víctimas continuas de hechos delictivos”<sup>26</sup>.

De este modo se complementan las diferentes Convenciones con las pautas fijadas por las 100 Reglas de Brasilia para lograr una mayor

---

<sup>25</sup> M. B. REDONDO, “Violencia de género: Mujeres como sujetos vulnerables”, *Revista Al día Argentina*, Octubre de 2017.

<sup>26</sup> M.B. REDONDO, *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad .Comentadas. Concordadas con C.P.C.C.S.F. Leyes complementarias. Acordadas C.S.J.S.F. Jurisprudencia provincial, nacional y de la C.I.D.H. Derecho comparado*, Editorial Juris, Rosario, 2015.

eficiencia en la tutela judicial efectiva de las mujeres víctimas de violencia de género.

## **5.- DOS CASOS EMBLEMÁTICOS SOBRE VIOLENCIA DE GÉNERO QUE CRISTALIZAN LA EFECTIVIDAD DE LA NORMATIVA EN ARGENTINA**

“La no violencia guía a la ética superior, la cuál es la meta de toda evolución. Hasta que dejemos de dañar otros seres vivos, seguimos siendo salvajes”. (Thomas. A. Edison)

En los últimos años en Argentina se vio incrementado el índice de violencia de género contra la mujer, revelando fuentes periodísticas<sup>27</sup> que ocurre un femicidio cada 18 horas, basándose en un informe realizado por el Instituto de Políticas de Género Wanda Taddei en el año 2017, a causa de ello, la jurisprudencia fue resolviendo los diversos casos que se presentaron a sus estrados sentando así las nuevas bases que se corresponden con lo dispuesto para la violencia contra la mujer en el Derecho internacional de los Derechos Humanos.

En el primer caso, una mujer denunció en reiteradas oportunidades la violencia que ejercía su ex marido sobre ella, obteniendo respuestas insatisfactorias por parte de la policía como del poder judicial provincial.

Lo que dio lugar finalmente a su asesinato y al de su hijo menor de edad en manos de su ex marido.

Los padres de la mujer iniciaron una demanda contra el Estado provincial reclamando la indemnización correspondiente por los daños materiales y morales sufridos, la cual en primera instancia fue rechazada, y llega así a la Cámara de Apelaciones en la cual el fallo da un giro inesperado sentando así las bases de una nueva jurisprudencia que lleva adelante el debido control de convencionalidad.

En este sentido la Cámara ha dicho que: “La Corte Interamericana ya había considerado en otros precedentes que la atribución de responsabilidad del Estado por actos de particulares puede darse cuando el Estado incumple, por acción u omisión de sus agentes, con esta función de protección, pero sólo en aquellas circunstancias particulares en que se considere que los agentes estatales cumplan una posición de garantes con relación a la acción de los particulares; tomando insisto como base la doctrina del riesgo previsible y evitable. No se trata de atribuir responsabilidad estatal frente a cualquier violación de derechos

---

<sup>27</sup>J. ROFFO, *Cada 18 horas un chico se queda sin madre en el país por los femicidios*. Clarín. Julio, 23, 2017.

[https://www.clarin.com/sociedad/18-horas-chico-queda-madre-pais-femicidios\\_0\\_S1WS-TGUW.html](https://www.clarin.com/sociedad/18-horas-chico-queda-madre-pais-femicidios_0_S1WS-TGUW.html)

humanos cometida entre particulares. El deber del Estado de adoptar medidas de prevención y protección está condicionado, según la Corte, por el conocimiento de una situación de riesgo real e inmediato para un individuo o grupo de individuos determinado y por la posibilidad razonable de prevenir y evitar ese riesgo”<sup>28</sup>.

Así también fundamenta su sentencia en el análisis que realizó la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Campo Algodonero”<sup>29</sup> en el que el Máximo Tribunal interamericano dijo que: “Los Estados deben adoptar medidas integrales para cumplir con debida diligencia en casos de violencia contra las mujeres. En particular, deben contar con un adecuado marco jurídico de protección, con una aplicación efectiva del mismo, con políticas de prevención y prácticas que permitan actuar de una manera eficaz ante las denuncias. La estrategia de prevención debe ser integral, es decir, debe prevenir los factores de riesgo y a la vez fortalecer las instituciones para que puedan proporcionar una respuesta efectiva de los casos de violencia contra la mujer. Asimismo los Estados deben adoptar medidas preventivas en casos específicos en los que es evidente que determinadas mujeres y niñas pueden ser víctimas de violencia. Todo esto debe tomar en cuenta que en casos de violencia contra la mujer, los Estados tiene, además de las obligaciones genéricas contenidas en la convención americana, una obligación reforzada a partir de la convención de Belém do Para.” (CIDH, Caso Campo Algodonero, párrafo 258)”<sup>30</sup>.

Con lo cual finalmente la Cámara resuelve que “la conducta omisiva del Estado que venimos referenciando, debe calificarse como un “elemento facilitador” del lamentable suceso ocurrido –ingresando de esa manera como una concausa- ; por lo que corresponde endilgarle al Estado Provincial el cincuenta por ciento de la responsabilidad de los hechos base de esta acción”<sup>31</sup>.

En el segundo caso una mujer presenta una denuncia en la Defensoría del Pueblo de la Nación contra la neonatóloga, el obstetra, la obra social prepaga y la clínica en la que nació la hija de la mujer víctima de violencia obstétrica.

---

<sup>28</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba .Sentencia n° 122. (Dra. Claudia E. Zalazar &, Dr. Rafael Aranda &, Dr. Joaquin Ferrer; julio 23 de 2014).

<sup>29</sup> Ct. I.D.H. González y otras (“campo algodouero”) vs. México, 2009.

<sup>30</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Sentencia n° 122. (Dra. Claudia E. Zalazar &, Dr. Rafael Aranda &, Dr. Joaquin Ferrer; julio 23 de 2014).

<sup>31</sup> Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Sentencia n° 122. (Dra. Claudia E. Zalazar &, Dr. Rafael Aranda &, Dr. Joaquin Ferrer; julio 23 de 2014).

Dicha defensoría luego de una auditoría realizada por la Superintendencia de Servicios de Salud (SSSALUD) corrobora la existencia de violencia obstétrica denunciada.

La mujer previo a dar a luz había presentado un “plan de parto” donde solicitó por escrito que durante el mismo no hubiera gente de más, que las luces se encontraran bajas y que, con excepción de que la beba desarrollara alguna complicación durante el mismo, la debían apoyar en su pecho rápidamente, sin bañarla y sin pincharla, para respetar lo que se conoce como “la hora sagrada”, sobre la cual UNICEF<sup>32</sup> ha emitido informes avalando la importancia del contacto de la madre con su bebé durante los primeros 60 a 90 minutos posteriores al parto.

Sin embargo, la madre vivió diversas situaciones de violencia durante el parto incumpliendo el personal el plan de parto presentado ante la clínica, que le causaron padecimientos que la invadieron no sólo desde un aspecto físico sino también psicológico.

Actualmente se encuentra en curso una demanda por daño moral ante aquellas mismas personas que habían sido denunciadas en la Defensoría Nacional.

A causa de este caso la SSSALUD realizó las siguientes sugerencias a la Clínica en cuestión:

“ Se recomienda seguir con la Educación Profesional Continua de todos los integrantes del equipo de salud y administrativo, institucional y externos, ajustándose a la normativa vigente: Leyes 26.485 y 25.929, en Derechos Humanos, Derechos de las y los Pacientes y Parto Respetado, con el fin de garantizar un tratamiento respetuoso del nacimiento en los términos que establece la Ley 25.929.

Exhibir, en forma permanente y accesible, en las áreas comunes y en las que intervienen en el proceso de parto y el puerperio, materiales vinculados a los Derechos de las Mujeres”<sup>33</sup>.

De lo expuesto se desprende que tanto el caso presentado en sede judicial como el que se inició a través de la denuncia en la Defensoría del Pueblo de la Nación y que luego dio lugar a la demanda por daño

---

<sup>32</sup>U.N. UNICEF. *Determinantes sociales y ambientales para el desarrollo de los niños, niñas desde el período del embarazo hasta los 5 años: bases para un diálogo deliberativo*, Abril, 2015,

[https://www.unicef.org/argentina/spanish/SALUD\\_PBPrimeraInfancia\\_web\(1\).pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/SALUD_PBPrimeraInfancia_web(1).pdf)

<sup>33</sup> Defensor del Pueblo de la Nación Argentina. *Ante una grave denuncia de Violencia Obstétrica, la Defensoría del Pueblo exigió a una clínica que garantice la práctica de parto humanizado*, Gacetilla, Enero 18, 2016,

<https://blogdeprensa.com.ar/gacetillas/1352-ante-una-grave-denuncia-de-violencia-obstetrica-la-defensoria-del-pueblo-exigio-a-una-clinica-que-garantice-la-practica-de-parto-humanizado>

moral, avanzan sobre los diversos conceptos de violencia contra la mujer, permitiendo trazar lineamientos propios de cada modalidad.

Los avances en su especificidad abre también el abanico de posibilidades en cuanto al diseño de políticas públicas para educar en la prevención a la sociedad, tal es el ejemplo del Proyecto titulado "Manual de prevención de Violencia de Género: Ni una Menos"<sup>34</sup> para los colegios secundarios, presentado al Concejo Municipal de la ciudad de Rosario por una Profesora y Funcionaria del Poder Judicial santafecino, que pretende promover una conciencia educativa a través del debate ciudadano desde la temprana edad.

## 6.- CONCLUSIÓN

A modo de conclusión podemos señalar que frente a los cambios que se dan por la mundialización de los Derechos Humanos y el fenómeno que se produce en cuanto a la recepción de tales derechos fundamentales en los diferentes sistemas jurídicos de los Estados, es menester coordinar acciones entre los agentes nacionales e internacionales, como así también readecuar las instituciones a los fines de dar cumplimiento con lo establecido por los instrumentos internacionales vigentes.

Dentro de este catálogo de derechos se deben garantizar aquellos vinculados a la no discriminación y no violencia contra la mujer a causa del género.

La misión de los Estados será lograr la integración de los derechos con sus respectivas garantías de modo que las víctimas de violencia encuentren respuestas efectivas por parte del Estado a través de sus agentes.

En caso contrario, y tal como hemos visto, los Estados podrían ser condenados como responsables por el incumplimiento de sus obligaciones y a resarcir los daños provocados.

A lo que agregamos la inquietud en cuanto también podría incurrir el Estado en responsabilidad internacional por el incumplimiento de sus obligaciones convencionales por cuanto no cumplen con la adopción de medidas necesarias para erradicar la violencia o la discriminación a causa del género, o las que se implementan resultan evidentemente insuficientes.

---

<sup>34</sup> M. PRIETO, "María Belén Redondo y su manual de prevención sobre la violencia de género", 341 Media. Agosto 2, 2017. <http://341media.com.ar/maria-belen-redondo-y-su-manual-de-prevencion-sobre-la-violencia-de-genero/> y en "Presentan manual para concientizar sobre la violencia de género desde las escuelas", Diario La Capital, Sección Región, Julio 31, 2017, <http://www.regionlacapital.com/2017/07/presentan-manual-para-concientizar-sobre-la-violencia-de-genero-desde-las-escuelas/>

Apostar a que los índices de violencia disminuyan a través de políticas de prevención por ejemplo desde las escuelas a través de manuales explicativos, no sólo de las normas de protección sino también de los centros de denuncia, las modalidades y tipos de violencia, entre otras, permiten crear conciencia desde la adolescencia de esta problemática y estar alertas para solidarizarse con aquellas mujeres que padecen la violencia de género.

## 7.- BIBLIOGRAFÍA

100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, 2008.

ALTERIO, "Corrientes del constitucionalismo contemporáneo a debate", *Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, Mayo 2013, p. 227.

CANÇADO TRINDADE, "La ampliación del contenido material del *ius cogens*", *curso derecho internacional 2007*, [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones\\_digital\\_XXXIV\\_curso\\_derecho\\_internacional\\_2007\\_Antonio\\_Augusto\\_Cancado\\_Trindade.pdf](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XXXIV_curso_derecho_internacional_2007_Antonio_Augusto_Cancado_Trindade.pdf)

Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba. Sentencia n° 122. (Dra. Claudia E. Zalazar & Dr. Rafael Aranda & Dr. Joaquin Ferrer; julio 23 de 2014).

Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de los adultos mayores.

Ct. I.D.H. González y otras ("campo algodonero") vs. México, 2009.

Defensor del Pueblo de la Nación Argentina. *Ante una grave denuncia de Violencia Obstétrica, la Defensoría del Pueblo exigió a una clínica que garantice la práctica de parto humanizado*, Gacetilla, Enero 18, 2016,

<https://blogdeprensa.com.ar/gacetillas/1352-ante-una-grave-denuncia-de-violencia-obstetrica-la-defensoria-del-pueblo-exigio-a-una-clinica-que-garantice-la-practica-de-parto-humanizado>

Diario La Capital, "Presentan manual para concientizar sobre la violencia de género en las escuelas" nota a M.B. REDONDO, Sección Región, Julio 31, 2017,

<http://www.regionlacapital.com/2017/07/presentan-manual-para-concientizar-sobre-la-violencia-de-genero-desde-las-escuelas/>

F. QUISPE REMÓN, "Ius cogens en el Sistema Interamericano: su relación en el debido proceso", *Revista de Derecho*, Julio-Diciembre 2010.

H. RAMÍREZ GARCÍA y OTROS, *Derechos Humanos*, Editorial Oxford University Press, Editorial Oxford University Press, México, 2011.

L. FERRAJOLI, *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2010.

Ley Nacional Argentina Nº 26.485 de Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales, Abril 1, 2009. B.O.

M. B. REDONDO, "Human Rights and Access to Justice, one Neoconstitutional look", *Revista Electrónica Iberoamericana*, Julio-Diciembre de 2015.

M. B. REDONDO, "Tutela Preventiva en el paradigma del Juez Humanista Integrativista", *Disertación en II Encuentro de la Doctrina Procesal, Preparatorias del IV Encuentro anual de la FAEP y preparatorias del XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Corrientes, marzo de 2015.

M. B. REDONDO, "Violencia de género: Mujeres como sujetos vulnerables", *Revista Al día Argentina*, Octubre de 2017.

M. PRIETO, "María Belén Redondo y su manual de prevención sobre la violencia de género", 341 Media. Agosto 2, 2017. <http://341media.com.ar/maria-belen-redondo-y-su-manual-de-prevencion-sobre-la-violencia-de-genero/> y en "Presentan manual para concientizar sobre la violencia de género desde las escuelas",

M. TRUCCO, *Convención Americana sobre Derechos Humanos: Pacto de San José de Costa Rica*, Editorial Juris, Rosario, 2017.

M.B. REDONDO, *100 Reglas de Brasilia sobre el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad .Comentadas. Concordadas con C.P.C.C.S.F. Leyes complementarias. Acordadas C.S.J.S.F. Jurisprudencia provincial, nacional y de la C.I.D.H. Derecho comparado*, Editorial Juris, Rosario, 2015.

S. ALFONSO, "Neoconstitucionalismo", *Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Sesión Privada del Instituto de Política Constitucional*, Abril de 2008, p1.

S. POZZOLO, "Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho", *Biblioteca Jurídica UNAM.*, p. 367.

U.N. UNICEF. *Determinantes sociales y ambientales para el desarrollo de los niños, niñas desde el período del embarazo hasta los 5 años: bases para un diálogo deliberativo*, Abril, 2015, [https://www.unicef.org/argentina/spanish/SALUD\\_PBPrimeraInfancia\\_web\(1\).pdf](https://www.unicef.org/argentina/spanish/SALUD_PBPrimeraInfancia_web(1).pdf)

# BREVE ANÁLISIS A LOS "PARADIGMAS CLÁSICOS DEL NACIONALISMO"<sup>δ</sup>

## BRIEF ANALYSIS TO THE "CLASSIC PARADIGMS OF NATIONALISM"

**Guillermo Reyes Pascual\***

**RESUMEN:** Los eventos que han acontecido en varios lugares del continente europeo, como Kosovo, el este de Ucrania, Escocia, Cataluña, o más recientemente Córcega, han tenido como principal consecuencia el resurgimiento de la discusión, dentro del debate político, en torno a la nación y su condición de elemento legitimador de la comunidad política. Para darle sentido a esta discusión, este artículo desgrana brevemente los principales paradigmas del nacionalismo para poder identificar y situar a los diferentes actores dentro del debate teórico en torno a la nación.

**ABSTRACT:** *The events that have taken place in various parts of the European continent, such as Kosovo, eastern Ukraine, Scotland, Catalonia, or more recently Corsica, have had as a main consequence the resurgence of the discussion, within the political debate, around the nation and its condition as the legitimating element of the political community. To make sense of this discussion, this article briefly breaks down the main paradigms of nationalism in order to identify and place the different actors within the theoretical debate around the nation.*

**PALABRAS CLAVE:** paradigmas clásicos del nacionalismo, primordialismo, modernismo, perennialismo, etnosimbolismo

**KEYWORDS:** *classic paradigms of nationalism, primordialism, modernism, perennialism, ethnosymbolism*

**Fecha de recepción: 19/03/2018**

**Fecha de aceptación: 19/05/2018**

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4311>

---

<sup>δ</sup> Agradezco al Dr. Oscar Pérez de la Fuente sus siempre acertadas observaciones sobre el artículo. Mi agradecimiento es genuino.

\* Assistant Lecturer en la University of Kent, Reino Unido. Actualmente PhD candidate en Comparative Politics (University of Kent). Ex alumno del Instituto Bartolomé de las Casas de la UC3M. E-mail: guillepasc@gmail.com

## 1.- INTRODUCCIÓN

Los recientes hechos que han tenido lugar en Escocia o Cataluña han sacado a la luz múltiples referencias a la nación en el debate público. Este debate ha puesto énfasis sobre las bases legitimadoras de la comunidad política en la modernidad. La nación es, en la modernidad, la base legitimadora del poder. Desde el Tratado de Westfalia de 1648, la legitimación del poder pivotó desde el poder absoluto de los monarcas, basado en la designación divina, hasta la legitimación del estado a través de la construcción de una comunidad política, siendo esta última la nación<sup>1</sup>. Los movimientos denominados como nacionalismos periféricos, que van desde un regionalismo inclusivo hasta un nacionalismo secesionista, han resultado ser el mayor desafío a la legitimación de la nación dentro de unas fronteras determinadas. Mucho énfasis se ha puesto sobre la nación, y muy poco sobre el debate teórico que la doctrina articula para calificar a los diferentes nacionalismos que se pueden encontrar en la arena pública.

Los discursos para legitimar las diferentes naciones, desde las centralistas (nacionalismos centralistas) hasta las periféricas (nacionalismos periféricos), se basan en ciertos elementos identificativos que son comunes a todos ellos. La diferencia, por tanto, no recae sobre estos elementos identificativos, sino en la diferente articulación de los mismos. Dependiendo de cómo se articulan estos elementos constitutivos de los discursos nacionalistas, uno es capaz de hacer una calificación teórica de los mismos en diferentes paradigmas.

Los principales objetivos teóricos de este artículo son: identificar, ordenar cronológicamente, y finalmente analizar y entender los principales postulados de estos paradigmas clásicos del nacionalismo. La función práctica es construir un marco teórico general para contar con un instrumento que sea adecuado para reconocer e identificar los diferentes discursos y actores, y así poder comprender y explicar cómo se justifican las naciones como elementos legitimadores del Estado moderno.

Antoine Roger publicó un libro con el título de *Les grandes théories du nationalisme*<sup>2</sup> que contiene un amplio estudio sobre las denominadas teorías clásicas del nacionalismo, o lo que Smith denomina como *paradigmas del nacionalismo*<sup>3</sup>. En este artículo se usa la denominación original de Smith. La principal razón para usar la

---

<sup>1</sup> Un ejemplo de esto es el denominado Tercer Estado durante la Revolución francesa. W. H. Sewell. *A Rhetoric of the Bourgeois Revolution*, Duke University Press, Duke, 1994, p. 47.

<sup>2</sup> A. ROGER. *Les grandes théories du nationalisme*, Dalloz-Sirey, París, 2001.

<sup>3</sup> Por ejemplo, Smith tiene, en su amplia bibliografía, grandes obras dedicadas al estudio de estos paradigmas o teorías del nacionalismo, como puede ser *Nationalism and Modernism* de 1998.

denominación de *paradigma* es la siguiente. Acudiendo a Thomas Kuhn<sup>4</sup>, acudir a los paradigmas es lo más adecuado en este caso porque un *paradigma* proporciona un marco general dentro del cual se analizan los problemas, y se su vez se intentan resolver, de un enigma complejo, que en este caso es la nación. Bajo un *paradigma* se desarrolla una explicación detallada que despliega de forma amplia las características de un determinado objeto de estudio, dando un impulso mayor al estudio de la nación en comparación con una simple teoría. Tres son las preguntas claves alrededor de las cuales gravita la doctrina; la primera es la esencia de la nación, la segunda es la antigüedad de la nación, y en tercer y último lugar, el contraste entre la base cultural de las naciones y sus aspiraciones políticas<sup>5</sup>.

Este artículo se divide en 4 secciones principales. La justificación de esta organización es enumerar, entender, y analizar teóricamente cada una de estos paradigmas clásicos. La primera sección se enfrenta al primordialismo. La segunda se encarga del modernismo. La tercera se ocupa del perennialismo. Finalmente, la cuarta y última sección está dedicada al etnosimbolismo. Cada sección a su vez está dividida en tres subepígrafes principales: desarrollo teórico de la teoría correspondiente, el plano histórico, y finalmente el plano cultural y político de la nación. En combinación, los tres subepígrafes dan una visión general de cada teoría del nacionalismo en su conjunto.

## 2.- PRIMORDIALISMO

### 2.1- Desarrollo teórico

Se puede decir que el primer paradigma del que se dotó la doctrina fue el primordialismo. Esto tiene su origen en los postulados nacionalistas. Como dice Smith, este paradigma surge porque se asumió en su totalidad la doctrina nacionalista, convirtiéndola así en paradigma, para después confrontarlo con las teorías alternativas que fueron surgiendo<sup>6</sup>. A través de la dialéctica de los paradigmas se ha ido creando la doctrina que se dedica al estudio del fenómeno del nacionalismo y de las naciones. Dentro de los defensores del primordialismo se encuentran teóricos como Clifford Geertz<sup>7</sup>, Pierre van der Berghe<sup>8</sup>, o Edward Shils<sup>9</sup>.

---

<sup>4</sup> T. Kuhn. *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970, p. 10.

<sup>5</sup> A. SMITH. *Nationalism and Modernism*, Routledge, New York, 1998, p. 170.

<sup>6</sup> *Ibíd.*, p. 146.

<sup>7</sup> Con obras como *Old societies and new states* de 1965, y *The Interpretation of Cultures* del 2000.

<sup>8</sup> Con obras como *Race and Racism* de 1967, *Race and Ethnicity* de 1970, *Man in Society*, Elsevier de 1975, y *The Ethnic Phenomenon* de 1987.

<sup>9</sup> Con obras como *Tradition* de 2006.

Teniendo como referente que el primordialismo es la teorización de la doctrina nacionalista, la mejor manera de entenderla es dividirla en tres manejables corrientes para entender dónde verdaderamente se asientan las bases del nacionalismo. Las tres corrientes son: el nacionalismo orgánico, el nacionalismo biológico, y el nacionalismo cultural. Estas corrientes son las que abarcan casi toda la doctrina nacionalista y forman parte del propio paradigma primordialista.

El nacionalismo orgánico, o corriente orgánica, quizás sea el que más adeptos y seguidores tenga, incluso hoy día. Este defiende, a groso modo, que la nación es un todo orgánico, que, como dice Siéyès, las naciones deben ser tomadas como individuos orgánicos más allá de comunidades y de lazos sociales. Esto significa que convierten a la nación en un ente orgánico vivo, con sus propias características independientes de sus miembros, características hereditarias, y que existen por ello fuera de todo componente social. Las naciones, para los nacionalistas orgánicos, deben de ser concebidas en su estado puro de naturaleza, sin influencia de ningún tipo<sup>10</sup>. Su origen y existencia sólo puede proceder del origen de todo, forma parte de la naturaleza desde un comienzo, son primarias.

El esencialismo nacionalista es precisamente considerar a la nación como algo universal y orgánico con características universales que deben ser valoradas fuera de toda influencia social, y por tanto, humana<sup>11</sup>. Es este el argumento de Rodríguez Abascal cuando dice que, para que la doctrina nacionalista sea racional, no le queda más remedio que ser universal<sup>12</sup>.

El nacionalismo biológico, o corriente sociobiológica, es la segunda corriente con más influencia en el primordialismo. Según esta teoría, las comunidades que comparten una descendencia y ancestro común lo hacen por lazos genéticos. El comportamiento social de la comunidad gira en torno a una mejora genética de las próximas generaciones<sup>13</sup>. Pierre van der Berghe sostiene que las comunidades tienen como objetivo la extensión de su "patrimonio" genético más allá de sus propios lazos de parentesco. La comunidad no es más que la red de parentesco por afinidad genética que comparte mitos y símbolos como marcas biogenéticas<sup>14</sup>. Van der Berghe ve una relación intrínseca entre los mitos sobre los orígenes

---

<sup>10</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, trad. de Olaf Bernárdez Cabello, Alianza Editorial, Madrid, 2004, p. 70.

<sup>11</sup> Las posibles características esenciales pueden ser las que enumera Smith; lazos de sangre, raza, lengua, territorio, religión o costumbres. A. SMITH. *Nationalism and Modernism*, cit., p. 152.

<sup>12</sup> L. RODRÍGUEZ ABASCAL. *Las Fronteras del Nacionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Marcial Pons, Madrid, 2000. p. 231.

<sup>13</sup> P. VAN DER BERGHE. "Race and ethnicity: a sociobiological perspective", *Ethnic and Racial Studies*, núm 1(4), 1978, p. 405.

<sup>14</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 70.

étnicos y los orígenes biológicos reales, lo que también implica que dichas comunidades sean transformables hasta cierto punto<sup>15</sup>.

La tercera y última corriente es la que se denomina como primordialismo cultural o corriente sociocultural. Esta corriente mantiene que las naciones y las comunidades étnicas se fundamentan sobre la lealtad y el afecto de los miembros a los elementos culturales de la existencia social dentro de la propia comunidad<sup>16</sup>. Los defensores de esta teoría sostienen que existen vínculos y lazos primarios originales que conviven con los vínculos y lazos civiles y seculares que existen en las sociedades modernas. Los vínculos y lazos que conviven con los lazos racionales de las naciones en la modernidad son los que el primordialismo pone como ejemplo de aquellas características esenciales de toda nación, como pueden ser, la raza, la lengua, la religión, la tradición, el territorio, o el parentesco. En las naciones que convergen en la modernidad por tanto se pueden encontrar estos vínculos y lazos primarios (características por tanto étnicas), fundamento para la existencia y mantenimiento de las mismas.

## 2.2.- El plano histórico

En cuanto a la esencia de la nación, el primordialismo considera que la nación es eterna y esencialista. Para un primordialista, la nación es un ente orgánico que viene organizando los grupos humanos en torno a ella desde el comienzo de los tiempos. Es más, este tipo de organización política viene a estar presente en todas las etapas del desarrollo humano. La clave que identifica un argumento primordialista en cuanto a la esencia de la nación es considerarla como un ente que casi tiene vida propia. El ser humano no tiene casi ninguna capacidad de influencia o desarrollo de las naciones. Es algo natural que se encuentra presente. Tomando presentado la discusión en torno a las ideas que enfrentan a Platón con Aristóteles, se puede decir que las naciones son como las ideas platónicas, están presentes en la naturaleza y el ser humano no hace nada más que descubrirlas, sin poder tener efecto algo sobre ellas. Un ejemplo de este extremo puede ser el autor Steven Grosby<sup>17</sup>.

El primordialismo sostiene que las naciones son, junto a la Divinidad creadora del orden natural, algo primario en la naturaleza, y, por tanto, son el origen de todo proceso y desarrollo histórico de las comunidades humanas que se identifiquen como naciones. Una crítica interesante a este plano histórico es preguntar si para el

---

<sup>15</sup> P. VAN DER BERGHE. "Ethnicity and the sociobiology debate", en J. REX y D. MASON (eds.), *Theories of Ethnic and Race Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 256.

<sup>16</sup> A. SMITH, *Nacionalismo. cit.*, p. 71.

<sup>17</sup> S. GROSBY. "The Primordial, Kinship, and Nationality", en A. ICHIJO and G. UZELAC (eds.) *When is the Nation?*, London, Routledge, 2005, pp. 56-78.

primordialismo existe otra categoría de división de las comunidades humanas que no sean las naciones. Las naciones, históricamente hablando, son milenarias, son la razón de ser del desarrollo humano<sup>18</sup>. No es de extrañar que muchos nacionalistas y primordialistas, denominen a las naciones como naturales. Para estos, las naciones tienen la misma categoría que el Derecho natural.

### **2.3.- El plano cultural y político**

En el plano cultural y político, este paradigma mantiene que los lazos existentes en estas comunidades humanas, que se denominan como naciones o comunidades étnicas, se pueden basar en varias razones, desde la sociobiológicas hasta la cultural. Aun cuando se puedan encontrar diferentes razones, el plano de fondo es que estos lazos son primarios, casi más por razones cuasi espirituales que por razones de interacción social<sup>19</sup>. Los lazos que unen a los miembros de estas comunidades son esenciales. Por tanto, mucho antes de la modernidad y de cualquier organización política moderna, los lazos que mantienen unidas a las naciones ya estaban presentes. Estos lazos esenciales son los que se pueden denominar como lazos étnicos, que basaban y fundamentan los elementos objetivos como la raza o la lengua. Estos elementos objetivos son los que diferencian a las naciones entre si. En etapas premodernas estos lazos étnicos esenciales ya mantenían unidas a las comunidades, aunque en la modernidad converjan con otro tipo de lazos. Una consecuencia es que si estos lazos étnicos son primarios y esenciales, aunque cambie la organización política exterior, en el interior de la nación se seguirá acudiendo a ellos para su supervivencia y continuidad.

En cuanto al nacionalismo como doctrina política, es probable que el primordialismo admita que sea una doctrina de la modernidad, pero que el sentimiento de pertenencia a una nación existe ya desde el origen, y que el nacionalismo es sólo la expresión política moderna de dicho sentimiento. El origen teórico de las naciones no es el nacionalismo, son estos lazos étnicos esenciales preexistentes fundamentados en las características esenciales o elementos objetivos diferenciados, y no la lucha por los derechos políticos de la modernidad. Puede que el nacionalismo desaparezca o cambie de forma, pero lo que no cambia es el sentimiento de apego a la nación

---

<sup>18</sup> A. ROSHWALD. *The Endurance of Nationalism: Ancient Roots and Modern Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

<sup>19</sup> Este carácter primario y natural de los elementos dados lo resume muy bien Geertz cuando dice que "The general strength of such primordial bonds, and the type of them that are important, differ from person to person, from society to society, and from time to time. But for virtually every person, in every society, at almost all times, some attachments seem to flow more from a sense of natural, some would say spiritual, affinity than from social interaction.". C. GEERTZ. *Old societies and new States*, Free Press, New York, 1965, p. 109.

a través de las características propias de la misma, es decir, el sentimiento de pertenecer a una nación por compartir lazos étnicos esenciales con los demás miembros.

## 2.4.- Conclusiones

A modo de conclusión, se puede decir que el nacionalismo se convirtió en paradigma teórico a través del primordialismo, y que es la confrontación con otras teorías las que dieron origen a la doctrina que estudia al nacionalismo y a las naciones. El primordialismo defiende que; a) las naciones son entidades orgánicas atemporales con características esenciales propias que han organizado los diferentes grupos humanos desde el principio de los tiempos, b) los lazos étnicos esenciales preexisten a la modernidad y fundamentan el sentimiento de pertenencia a la nación a través de elementos objetivos diferenciados de las demás naciones, c) que el nacionalismo en la modernidad no es más que la expresión de pertenencia a una nación, fundamentado en las características étnicas esenciales y elementos objetivos diferenciados, como son la raza, la lengua o la cultura.

## 3.- MODERNISMO

### 3.1- Desarrollo teórico

Poniendo como ejemplo los acontecimientos revolucionarios del periodo posterior a la Revolución francesa que esculpieron el mapa de Europa a partir del s. XVIII, Smith relata lo que aquello significó en el plano teórico e histórico. El proceso de construcción nacional que se dio a partir de este momento histórico tiene por tanto un carácter plenamente moderno. Dentro del modernismo se pueden encontrar a autores como Ernest Gellner<sup>20</sup>, Benedict Anderson<sup>21</sup>, Eric Hobsbawm<sup>22</sup>, Elie Kedourie<sup>23</sup> o John Breuilly<sup>24</sup>.

En primero lugar se encuentran las teorías socioeconómicas<sup>25</sup>. Esta corriente defiende que el nacionalismo y las naciones surgen de acuerdo a determinantes económicos. La división moderna del trabajo que dio origen al industrialismo, y este a su organización política, el capitalismo, propició las condiciones necesarias para que surgiera el

---

<sup>20</sup> Con obras como *Thought and Change* de 1965, *Nations and Nationalism* de 1983, *Culture, Identity and Politics* de 1987, *Encounters with Nationalism* y *Nationalism* de 1997.

<sup>21</sup> Con obras como *Imagined Communities* de 1983.

<sup>22</sup> Con obras como *The Invention of Tradition* de 1983 y *Nations and Nationalism since 1780* de 1990.

<sup>23</sup> Con obras como *Nationalism* de 1960 y *Nationalism in Asia and Africa* de 1970.

<sup>24</sup> Con obras como *Nationalism and the State* de 1993.

<sup>25</sup> A. SMITH. *Nacionalismo, cit.*, p. 65.

nacionalismo y, consecuentemente, las naciones. Las desigualdades producidas por estos factores económicos, como la lucha de clases o la lucha entre las colonias y la metrópoli, se pueden identificar como los factores que producen dichas condiciones necesarias. Los autores que defienden estas teorías dentro del modernismo son, por ejemplo, Tom Nairn<sup>26</sup>, Michael Hechter<sup>27</sup>, Balibar<sup>28</sup>, o Wallerstein<sup>29</sup>.

En segundo lugar, están las teorías socioculturales<sup>30</sup>. Uno de los mejores términos para estas teorías es el empleado por Antoine Roger, el de homogeneización cultural. Para esta corriente, sus defensores sostienen que el nacionalismo es consecuencia de una necesidad sociológica de los nuevos medios de producción del industrialismo. La nueva división social del trabajo requiere de una homogeneización cultural, a través de una alta cultura. ¿Para qué necesita la nueva división del trabajo una cultura homogeneizada? La formación de las nuevas fuerzas de trabajo requiere de trabajadores que sepan utilizar los nuevos medios de producción a través de una cultura común a través, por ejemplo, de una lengua común.

Esto significa que, para la utilización de la maquinaria que necesita la nueva Era, los trabajadores necesitan ser educados para que, no solo sepan utilizarlas, sino que si un trabajador necesita ser sustituido por otro, esto se produzca sin ningún tipo de inconveniente. Con esta cultura común, el siguiente trabajador estaría educado de la misma forma que el anterior, y por tanto, su conocimiento en la utilización de la maquinaria sería la misma y el proceso de producción no sufriría ninguna merma. ¿Cómo se consigue esta homogeneización cultural? Pues a través de las naciones y las estructuras que surgen de esta nueva Era. La cultura homogénea que requiere la modernidad sólo podría llegar a través de instrumentos como la educación pública de las masas de donde se nutrirá la nueva fuerza de trabajo.

Ocupando el tercer lugar se encuentran las teorías políticas<sup>31</sup>. Estas corrientes ponen al Estado como principal actor que espolea al nacionalismo. Una mejor denominación para este tipo de posiciones sería teoría estatista, ya que el sujeto principal es el Estado. El nacionalismo y las naciones surgen por la acción positiva directa del Estado. También se puede admitir que la acción negativa de un Estado produce nacionalismos y naciones, como pueden ser los nacionalismos periféricos. Los estatistas plantean que son los Estados modernos los que abonan el terreno para que el nacionalismo surja a

---

<sup>26</sup> T. NAIRN. *Faces of Nationalism: Janus Revisited*, Verso, London, 1997.

<sup>27</sup> M. HETCHER. “Nationalism and Rationality”, *Studies in Comparative International Development*, núm 35(1), 2000, pp. 3-19.

<sup>28</sup> É. BALIBAR. “The National Form: History and Ideology”, *New Left Review*, núm XIII(3), 1990, pp. 329-361.

<sup>29</sup> I. WALLESTEIN y É. BALIBAR. *Raza, nación y clase*, Iepala, Madrid, 1991.

<sup>30</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 66.

<sup>31</sup> *Ibíd.*

través de la relación entre estos y la comunidad nacional. Gellner no está lejos de esta hipótesis cuando dice que no puede haber nacionalismos sin Estados<sup>32</sup>. Los autores que se encuentran en estos postulados son John Breuilly<sup>33</sup> o Anthony Giddens<sup>34</sup>. Por ejemplo Breuilly sostiene la hipótesis de que la actuación del Estado, a través de la burocracia por ejemplo, adquiere una posición dominante que lo distancia de la comunidad política que está bajo su jurisdicción. Dicha comunidad política, que así se constituyó ejerciendo la defensa de sus derechos políticos de primera generación, se constituyó en comunidad nacional, a través de su identidad nacional basada en elementos como la historia, reivindicando su propia identidad.

Las teorías ideológicas son las que están en cuarto lugar<sup>35</sup>. Kedourie es el autor que más se ajusta a los postulados de esta teoría<sup>36</sup>. La influencia de la Ilustración y de ideas como la de soberanía, autodeterminación y derechos políticos están detrás del nacimiento del nacionalismo. Previa a la Revolución francesa, el continente europeo estaba dividido en Imperios que se regían por la ley divina y la tradición. El nacionalismo conllevó la ruptura de esta organización política y fue sustituido por los modernos Estados y estados-nación. En el punto de los orígenes intelectuales sobre el nacionalismo, es importante destacar la discusión entre Kedourie y Gellner sobre la responsabilidad o no de ciertos personajes clave. Kedourie culpa a Kant y a Fichte, y su principio de autodeterminación, de ser el culpable de dar alas al nacionalismo, exculpando a Hegel<sup>37</sup>. Gellner le discute este último punto, destacando precisamente cómo personajes como Hegel son más responsables de armar al nacionalismo que otros como Kant<sup>38</sup>.

En el último lugar están las denominadas como teorías constructivas<sup>39</sup>. Los constructivistas sostienen que, aunque es cierto que el nacionalismo y las naciones son producto de la modernidad, dichas estructuras sociales modernas son construcciones sociales. ¿A qué hace referencia este término de construcción social? La respuesta está contenida en los títulos de las obras que los autores de esta teoría utilizan para defenderla. Eric Hobsbawm y Terence Ranger

---

<sup>32</sup> E. GELLNER. *Naciones y nacionalismo*, trad. de Javier Setó, Alianza Editorial, Madrid, 2008, p. 71.

<sup>33</sup> J. BREUILLY. *Nationalism and the State*, Manchester University Press, Manchester, 1993, p.64-70.

<sup>34</sup> A. GIDDENS. *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990, p. 65.

<sup>35</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 66.

<sup>36</sup> E. KEDOURIE. *Nacionalismo*, trad. de Juan José Solozábal Echeverría, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, p. 1-7.

<sup>37</sup> *Ibíd.*, capítulo 2.

<sup>38</sup> E. GELLNER. *Naciones y nacionalismo*, cit., capítulo 9.

<sup>39</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 66.

utilizan su obra *The Invention of Tradition*<sup>40</sup> para defender que las tradiciones son inventadas o adaptadas conforme a las necesidades que las comunidades nacionales tienen de dotarse de un cuerpo cultural. Benedict Anderson tituló a su obra *Imagined Communities*<sup>41</sup>, revelando, al igual que los autores anteriores, que su postura es que las comunidades nacionales son invenciones o construcciones sociales que la modernidad requiere para adaptarse a las estructuras de la nueva Era.

### 3.2.- El plano histórico

En esta categoría se puede encontrar la primera gran diferencia entre el modernismo y el primordialismo. Si el primordialismo considera a las naciones como entes orgánicos atemporales, las naciones para los modernistas son entes históricos. En este sentido, son contingencias históricas. Nacen para responder a un determinado contexto histórico. Porque las naciones son entes contingentes, el ser humano tiene poder de articulación sobre las mismas. El ser humano las crea para adaptarse a nuevos contextos históricos. En este caso, el contexto histórico es el de la modernidad. Los lazos que unían a las comunidades premodernas ya no satisfacen las necesidades sociales, y por tanto, se adaptan o se sustituyen por los lazos nacionales de la modernidad.

Por tanto, el modernismo, en el plano histórico, localiza el nacimiento de las naciones, a través de procesos como el de construcción nacional francés, en la modernidad. Es decir, las naciones surgen en los s. XVIII-s. XIX. Pero, ¿cuál era la diferencia entre un Imperio, por ejemplo, y la nación que estaba siendo creada por la Revolución francesa? Antes del s. XVIII, por mucho que hubiesen existido planes que afectaran al conjunto de la población de un Imperio, esto no significaba que fuese la propia población la que participara del mismo<sup>42</sup>. Se puede decir que un proceso de construcción nacional implica que es la totalidad de la población la que debe participar del mismo<sup>43</sup>. Concluyendo con el plano histórico, se puede decir que el modernismo defiende que la nación tiene un origen moderno, no más atrás de los s. XVII-s. XIX. Su explicación se basa en la participación de la población en la construcción de la misma, hecho que por diferentes razones, como la existencia de medios de difusión modernos como el periódico, solo pueden haber ocurrido en la modernidad.

---

<sup>40</sup> E. HOBBSAWM y T. RANGER. *La invención de la Tradición*, trad. de Omar Rodríguez Estellar, Crítica, Barcelona, 2012.

<sup>41</sup> B. ANDERSON. *Comunidades Imaginadas*, trad. de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2011.

<sup>42</sup> A. SMITH. *cit.*, p. 63.

<sup>43</sup> *Ibíd.*

### 3.3.- El plano cultural y político

En el plano teórico, es decir, analizando el nacionalismo, el modernismo se puede dividir en dos subapartados: el apartado cronológico y el apartado sociológico<sup>44</sup>. El apartado cronológico defiende que, en primer lugar, el nacionalismo como ideología y movimiento pertenece a la modernidad, siendo por ello reciente en la historia de las ideologías, y en segundo lugar, que no solo es reciente sino que también es cualitativamente novedoso<sup>45</sup>.

Analizando el primer apartado, se puede decir que el nacionalismo, como ideología y movimiento, surge en la modernidad. Wayne Norman considera en este punto que no es posible que ningún autor pueda no considerar al nacionalismo como ideología<sup>46</sup>. En cuanto a la calificación del nacionalismo como movimiento, hay que decir que Gellner, el máximo exponente del modernismo, también lo considera como tal, aunque también como sentimiento<sup>47</sup>. Esta expresión hace referencia a que el nacionalismo, como ideología y en referencia a su contenido teórico, es reciente. Como defiende Kedourie, inventada en el s. XIX<sup>48</sup>. No se puede, para el modernismo, encontrar más atrás en la historia una doctrina semejante. Para ser estrictos, se tiene que constatar que parte de sus fundamentos sí que han sido tomados de ideas que surgen antes del s. XIX, como es el ejemplo de Gottfried Herder para Gellner. La tesis fundamental del modernismo sobre el nacionalismo la refleja muy bien Gellner cuando dice que el nacionalismo es un principio político que defiende la congruencia de la unidad política y la unidad nacional<sup>49</sup>.

Analizando el segundo apartado, el sociológico, es donde se puede ver el análisis estructural que hace el modernismo del nacionalismo. Smith da las claves en la primera parte de su explicación cuando analiza ciertos eventos históricos a modo de ejemplos ilustrativos. El nacionalismo, si se toma el acertado ejemplo del proceso de construcción nacional que menciona Smith<sup>50</sup>, es nuevo. No hay nada semejante en la organización política del ser humano hasta ese momento histórico que sugiera que es la reproducción de algo más antiguo. Las estructuras creadas a través de movimientos como el de la Revolución francesa, y su proceso de construcción nacional, responden a un momento histórico nuevo y que requerían de estructuras nuevas.

---

<sup>44</sup> *Ibíd.*, p. 64.

<sup>45</sup> *Ibíd.*

<sup>46</sup> W. NORMAN. "Theorizing Nationalism: The First Steps", en R. BEINER (ed.), *Theorizing Nationalism*, State University of New York, Albany, 1999, p. 58.

<sup>47</sup> E. GELLNER. *Naciones y nacionalismo*, *cit.*, p. 67.

<sup>48</sup> E. KEDOURIE. *Nacionalismo*, *cit.*, p. 1.

<sup>49</sup> E. GELLNER. *Naciones y nacionalismo*, *cit.*, p.67.

<sup>50</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, *cit.*, p. 63.

Una pregunta interesante sería ¿qué hacía de ese momento histórico algo nuevo? Pues la respuesta la da el propio Smith en su relato histórico. La Revolución francesa implicaba principios hasta ahora nuevos, como los plasmados en el lema de la misma, *Liberté, Fraternité et Égalité*. Hasta ese momento, el fundamento del poder político, y por tanto de toda comunidad humana organizada, era diametralmente opuesto al que surge de estos movimientos políticos. Con la Revolución francesa se inauguraba una nueva Era en la Historia. La siguiente pregunta sería ¿había habido experimentos semejantes anteriormente? La respuesta sería negativa. Ningún orden político hasta ahora se había basado en la participación de la totalidad de la comunidad política para su organización. La conclusión del modernismo por tanto es que la nación es una construcción política y no étnica en sus fundamentos. No hay rastro de los lazos étnicos preexistentes en la construcción de la nación. Es más, estos lazos étnicos preexistentes pueden actuar como freno en la modernidad, al retrasar la deseada homogeneización cultural. La nación se fundamenta en las luchas políticas de la modernidad.

Como dice Smith, el modernismo sostiene que el periodo abierto por la Revolución francesa significó un cambio de Era que trajo consigo nuevas estructuras políticas que organizarían la sociedad de una forma hasta ahora nunca vista por las colectividades humanas<sup>51</sup>. Son estas las características de la modernidad, y, por tanto, de donde el nacionalismo como doctrina política surge. Son estas estructuras nuevas las que dan como resultado esta nueva ideología. Esto es lo que se denomina como modernismo sociológico, que Smith resume en tres características básicas. En primer lugar, el nacionalismo es por ende novedoso y reciente, en segundo lugar, los estados y los estado-nación son a su vez novedosos y recientes, y en tercer y último lugar, que estos dos fenómenos son producto de la modernidad y de la modernización que trajo consigo en cambio de Era, sobre todo con la división moderna del trabajo y sus necesidades.

### **3.4.- Conclusiones**

Concluyendo con este análisis, del modernismo se puede constatar que; a) la nación es una contingencia histórica, b) cronológica y sociológicamente hablando, los nacionalismos y las naciones son modernas, y c) que son las estructuras de la Era moderna que han creado el industrialismo y el capitalismo las que abonan el terreno para que los antiguos lazos étnicos sean sustituidos por lazos políticos. Aunque, como señala Smith, se pueden encontrar diferentes variantes dentro del propio modernismo, estas comparten un

---

<sup>51</sup> *Ibíd.*, p. 65.

denominador común. Esto hace del modernismo el paradigma con más seguidores dentro de la doctrina<sup>52</sup>.

#### 4.- PERENNIALISMO

##### 4.1.- Desarrollo teórico

Visto el paradigma del modernismo, y sabiendo que posiblemente siga siendo el más seguido en la doctrina, el perennialismo surgió precisamente para llenar el vacío que la derrota del primordialismo provocó. Descartado el primordialismo orgánico, los autores que veían fallos en el modernismo desarrollaron el perennialismo con base en algunos de los postulados que el primordialismo había dejado. Principalmente su intención ha sido la de recuperar el primordialismo cultural, poniendo el foco en los lazos étnico objetivados para diferenciar una nación de otra. Aunque la modernidad de las naciones y del nacionalismo sea algo comúnmente aceptado, hay que decir que no todo es unanimidad en la doctrina. Dentro del perennialismo se encuentran autores como Miroslav Hroch<sup>53</sup>, Liah Greenfeld<sup>54</sup>, John Armstrong<sup>55</sup>, Adrian Hastings<sup>56</sup>, o Hugh Seton-Watson<sup>57</sup>. El desarrollo del perennialismo ha sido responsabilidad, en su mayoría, de historiadores medievales, quienes ponían el foco en la Alta Edad Media como principio de las naciones (s. V-hasta el año 1000 aproximadamente).

El perennialismo nace de los restos teóricos que dejó el modernismo en su enfrentamiento con el primordialismo. Los perennialistas se diferencian de los primordialistas dejando de lado el carácter natural de la nación, pero sin asumir la modernidad de las mismas. Defiende que las naciones son algo constante y característico del ser humano en cuanto a su organización social a lo largo de la historia<sup>58</sup>, caracterizadas por lazos étnicos objetivados por las propias comunidades.

Usando el debate dentro del propio paradigma en torno a la existencia de perennialistas que diferencian entre las naciones occidentales y las naciones orientales, como hace Armstrong por ejemplo<sup>59</sup>, Smith diferencia dos claras corrientes dentro de este

---

<sup>52</sup> *Ibid.*, p. 67.

<sup>53</sup> Con obras como *Social Preconditions of National Revival in Europe* de 1985.

<sup>54</sup> Con obras como *Nationalism: Five roads to Modernity* de 1992.

<sup>55</sup> Con obras como *Nations before nationalism* de 1982.

<sup>56</sup> Con obras como *The Construction of Nationhood: Ethnicity, Religion and Nationalism* de 1997.

<sup>57</sup> Con obras como *Nationalism and Communism de 1964 y Nations and States* de 1977.

<sup>58</sup> U. ÖZKIRIMLI. *Theories of Nationalism*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2000, p. 58.

<sup>59</sup> J. ARMSTRONG. “Towards a Framework for Considering Nationalism in Eastern Europe”, *East European Politics and Societies*, núm 2(2), 1988, pp. 280-305.

mismo paradigma. Es el progreso social el que crea nuevas estructuras que tienen como resultado a las naciones. A diferencia del modernismo, no es necesariamente el industrialismo y el capitalismo los que crean las nuevas estructuras, sino el propio desarrollo de las comunidades. Es en esta dirección en la que avanza Smith al dividir el paradigma en dos formas: el perennialismo continuo y el perennialismo recurrente<sup>60</sup>.

La primera forma hace referencia precisamente a esas naciones que anteceden a la modernidad. Aquí, el rastro de la historia de esas naciones se puede encontrar en cualquier etapa de la Historia, desde la Antigüedad hasta la Edad Media<sup>61</sup>. Lo importante es que esa historia sea continua y larga, aunque tenga un comienzo y un final. Las identidades culturales de esas naciones desarrollan su evolución a lo largo de un periodo continuo<sup>62</sup>. Defensores de esta corriente son autores como Hugh Seton-Watson<sup>63</sup>. La segunda forma se refiere a que lo que es continuo es la idea de nación y no su forma concreta. Dicha idea, de una forma u otra, siempre permanece<sup>64</sup>. La recurrencia de la nación subyace en el ideal de nación étnica. Al igual que las fronteras cambian y las formas de Estados o de organización política cambian, si hay algo eterno o cuasi atemporal, eso es el ideal de nación étnica. Defensores de esta corriente son autores como Colette Beaune<sup>65</sup> y Bernard Guenée<sup>66</sup>. Quizás en esta dirección iba Hans Kohn cuando establecía el nacionalismo como un estado mental<sup>67</sup>.

Aunque el perennialismo abandona el esencialismo del primordialismo, rescata de este último la idea de los lazos étnicos que fundamentan las comunidades humanas. Estos lazos no son necesariamente eternos, incluso puede que sean contingentes, pero sí que son duraderos y cuasi permanentes. Como se ve, se acerca al modernismo en cuanto a la contingencia de la nación, pero se aleja de este a su vez fundamentando la nación en los lazos étnicos objetivados como elemento diferenciador de las mismas.

---

<sup>60</sup> A. SMITH. *Nacionalismo, cit.*, p. 68.

<sup>61</sup> A. HASTINGS. *La construcción de las nacionalidades*, trad. de Cristina Piña, Cambridge University Press, Madrid, 2000, p. 16. Greenfeld directamente cree que el nacimiento de la nación inglesa supuso el nacimiento de todas las naciones. L. GREENFELD. *Nationalism: Five roads to modernity*, Harvard University Press, Cambridge, 1992, p. 23.

<sup>62</sup> A. SMITH. *Nacionalismo, cit.*, p. 68.

<sup>63</sup> H. SETON-WATSON. *Nations and States*. Methuen, London, 1977.

<sup>64</sup> A. SMITH. *Nacionalismo, cit.*, p. 68.

<sup>65</sup> C. BEAUNE. “La Notion de Nation en France au Moyen Age”, *Communications*, núm 45, 1987, pp. 101-116.

<sup>66</sup> B. GUENÉE. “État et nation en France au Moyen Age”, *Revue Historique*, núm 1, 1967, pp. 17-30.

<sup>67</sup> H. KOHN. *Nationalism: It's meaning and History*, D. Van Nostrand, New York, 1965, p. 9.

## 4.2.- El plano histórico

Históricamente el perennialismo localiza las naciones tanto en la modernidad como en la pre-modernidad<sup>68</sup>. Algunas naciones efectivamente son producto de la modernidad, como Rusia, Suecia u Holanda<sup>69</sup>, pero otras tienen unas raíces anteriores, como Inglaterra, Francia o España<sup>70</sup>. Puede parecer que históricamente el perennialismo emula al primordialismo, y considerar que, si las naciones existen antes del advenimiento de la modernidad, puede que caiga del mismo lado que este último. A esto se refiere Smith cuando dice que el perennialismo se ve cortejado por el primordialismo<sup>71</sup>. Los perennialistas pueden considerar que las naciones, ya que preexisten a la modernidad, son entidades naturales, pero la clave radica en que, al igual que el modernismo, para el perennialismo las naciones son contingencias históricas, aunque sean contingencias previas a la modernidad.

## 4.3.- El plano cultural y político

En el plano teórico, el postulado del perennialismo se puede resumir como hace Smith; aunque es cierto que el nacionalismo es una doctrina moderna, siguiendo lo establecido por el modernismo, también es cierto que hay naciones, aunque muchas de ellas sean también modernas, que han existido a lo largo de la historia, pero no de forma continua basada en su organicidad y condición natural, sino porque los lazos étnicos que las crean siempre han estado de alguna manera u otra<sup>72</sup>. Estos elementos objetivos que diferenciaban a unas naciones de otras siempre han existido, siendo así sus bases primarias. El nacionalismo puede ser una explicación del surgimiento de algunas naciones, siempre refiriéndose a las modernas, pero no de todas, refiriéndose con esto último a las naciones antiguas o premodernas. Esto se resume en que para los perennialistas hay naciones históricamente modernas, pero también hay algunas naciones que preexisten a la modernidad.

Es esta la diferencia entre el perennialismo y el modernismo, que hay naciones, no todas, que no son producto de la modernidad ni del elemento subjetivo de identidad, sino de lazos culturales preexistentes, basados en elementos étnicos objetivos. La diferencia entre el perennialismo y el primordialismo es que, para el primer paradigma, no existe una condición natural de las naciones, como

---

<sup>68</sup> J. HUTCHINSON. *Modern Nationalism*, Fontana Press, London, 1994, p. 26.

<sup>69</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 69.

<sup>70</sup> Hastings toma como naciones antiguas a Inglaterra, Francia, España, Holanda, Alemania, Italia, Dinamarca, e incluso Escocia. A. HASTINGS. *La construcción de las nacionalidades*, cit., p. 148.

<sup>71</sup> A. SMITH. *Nacionalismo*, cit., p. 68.

<sup>72</sup> *Ibíd.*, p. 67.

dice Smith, el perennialismo busca cualquier dato empírico que pruebe que una nación haya tenido una larga presencia en la historia<sup>73</sup>, aunque la estructura moderna de nación no se pueda comprobar, por ejemplo, en una excavación arqueológica. Las naciones no son ahistóricas.

La deducción lógica es que no sólo consideran la existencia de algunas naciones previas a la Era moderna, sino que consecuentemente, no es el nacionalismo solamente la que las crea. No cuestionan el postulado modernista en su totalidad en este punto, sino que le añaden una segunda parte a la frase de Gellner de que "...las naciones sólo pueden definirse atendiendo a la era del nacionalismo, y no, como pudiera esperarse, a la inversa."<sup>74</sup>. El perennialismo cuestiona su última parte, y completan la frase de la siguiente forma; "...las naciones *modernas* sólo pueden definirse atendiendo a la era del nacionalismo (y no, como pudiera esperarse, a la inversa), pero las naciones *antiguas* son definidas por lazos étnicos y culturales preexistentes".

Adrian Hastings tiene aquí una visión peculiar. Este autor, aunque sostiene que la nación precede al nacionalismo, sí que admite que probablemente haya existido una especie de nacionalismo inglés localizado en las guerras contra Francia<sup>75</sup>. Greenfeld también localiza el nacimiento del nacionalismo con el surgimiento de la nación inglesa<sup>76</sup>. La reflexión que se debe hacer con la posición de estos dos autores es que, aunque es verdad que para el perennialismo las naciones antiguas son anteriores al nacionalismo, también admiten que puede que haya existido un sentimiento parecido al nacionalismo en dicho surgimiento. Aun así, en estas naciones premodernas no tienen base en este sentimiento protonacionalista, sino en los lazos étnicos premodernos son los que fundamentarían a este último.

Por lo tanto, el perennialismo no descarta del todo la existencia de un posible sentimiento de comunidad política en las naciones antiguas, aunque sí que asume que posiblemente el nacionalismo plenamente formado ya haya contribuido a, entre otros factores, crear naciones modernas. El sentimiento de pertenencia a la nación sea moderna o no, se cimienta sobre las características étnicas compartidas del grupo. Fundamentando estas últimas el surgimiento de ese protonacionalismo premoderno o nacionalismo moderno. Por ejemplo, Hastings usa la religión católica como uno de los

---

<sup>73</sup> *Ibíd.*, p. 68.

<sup>74</sup> E. GELLNER. *Naciones y nacionalismo*, cit., p. 136.

<sup>75</sup> A. HASTINGS. *La construcción de las nacionalidades*, cit., p. 16. Aunque Hastings toma como referencia de todo a Inglaterra, la misma reflexión podría hacerse con Francia precisamente. Tras la invasión inglesa de Francia, y la Guerra de los Cien Años, 1337-1453, que arrebató los territorios de Normandía, Bretaña, Poitou, Guyen y Gascuña, la posterior reconquista de estos territorios por las tropas francas puede verse también como una especie de nacionalismo francés, sobre todo si tomamos figuras del conflicto como Juana de Arco.

<sup>76</sup> L. GREENFELD. *Nationalism: Five roads to modernity*, cit., p. 23.

fundamentos del protonacionalismo inglés. En otras palabras, usa el lazo étnico de la religión para objetivar la religión católica como elemento diferenciador de la nación inglesa.

Como se puede observar, para el perennialismo las naciones, aunque puede que modernas, tienen una base étnica. Los lazos que unen a los individuos de una comunidad política como la nación son los lazos étnicos, como la lengua o la religión. Son estos lazos los que despiertan el sentimiento de comunidad, independientemente de las luchas políticas que se puedan llevar a cabo. El sentimiento de comunidad se desarrolla después de articular estos lazos étnicos que la comunidad comparte. Los elementos étnicos objetivos preexisten a los elementos de sentimientos subjetivos, justo al contrario de lo que los modernistas defienden.

#### **4.4. – Conclusiones**

Como se ve más arriba, el perennialismo, usando postulados parecidos a los del primordialismo, pero a su vez, enfrentados a este, es uno de los principales contrincantes del modernismo. El principal argumento del perennialismo se puede resumir en; a) la nación es una contingencia histórica, no es primordial en el tiempo, b) hay naciones antiguas que preexisten a la modernidad y naciones modernas, y que, por ello, c) el nacionalismo no es sólo el culpable de la creación de las naciones, ya que los lazos étnicos son los responsable de que desde un principio se pueda hablar de comunidad. El principal fundamento de las naciones son los lazos étnicos que una comunidad comparte, es decir, los elementos objetivos, y que el propio desarrollo de dichas comunidades crean. El posible sentimiento nacional del que disfruta una comunidad se desarrolla sobre estos lazos étnicos preexistentes, ya sea en una nación pre o plenamente moderna.

### **5.- ETNOSIMBOLISMO**

#### **5.1- Desarrollo teórico**

El último de los paradigmas, y el más moderno, cronológicamente hablando, es el etnosimbolismo. Frente a los otros tres paradigmas, este se centra de forma concreta en los elementos subjetivos de la etnicidad como lo denomina Smith. Su reacción se dirige a la excesiva focalización de los anteriores paradigmas en los elementos objetivos del nacionalismo y de las naciones<sup>77</sup>.

Si el modernismo critica el carácter naturalista y atemporal de las naciones y sus elementos objetivos en el primordialismo, y el perennialismo a su vez critica la falta de respuestas a ejemplos

---

<sup>77</sup> A. SMITH. *Nacionalismo, cit.*, p. 76.

históricos concretos de naciones que preexisten al industrialismo y al capitalismo del modernismo, recurriendo a su vez una vez más a los elementos objetivos, el etnosimbolismo critica de los tres paradigmas anteriores su falta de valoración de los elementos subjetivos de los lazos étnicos que sirven para construir tanto el nacionalismo como las naciones. Este paradigma intenta rastrear los lazos subjetivos internos de las comunidades para explicar el nacionalismo y las naciones, basándose en la memoria, el valor, el sentimiento, el mito y el símbolo de las comunidades, o identidades, culturales<sup>78</sup>. En este paradigma se encuentran a autores como Anthony Smith<sup>79</sup>, Walker Connor<sup>80</sup> o John Hutchinson<sup>81</sup>.

En la obra de Smith *Myths and Memories of the Nation*<sup>82</sup>, el autor enumera los ocho puntos clave que este paradigma defiende. En primer lugar, se encuentra lo que se denomina *la longue durée*. Aquí se sostiene que, para entender la idiosincrasia del nacionalismo y las naciones modernas, hay que rastrear los orígenes de la formación de las propias naciones. Esta formación, y sus futuros derroteros, tienen que ser estudiados en largos periodos de tiempo, y no sólo estudiarlas en los procesos de formación en la modernidad. Es decir, el estudio del nacionalismo y de las naciones tiene que ir más atrás de la modernidad<sup>83</sup>. Las naciones son fenómenos históricos, contingencias históricas, formadas por un pasado compartido, una memoria común, y aspiraciones de formar parte de las mismas por parte de sus componentes, y no sólo la unión genérica de estos<sup>84</sup>.

El segundo tema que trata el etnosimbolismo es el pasado, el presente y el futuro de las naciones. Esto enlaza con el perennialismo y su división en perennialismo continuo y recurrente. El etnosimbolismo toma del perennialismo este enfoque teórico y lo desarrolla con lo siguiente. Añade una tercera categoría que denomina como reformulación o reapropiación<sup>85</sup>. La categoría de la reformulación sostiene que se recurre al pasado étnico para obtener lo que se considera como auténtico material que sirva para construir

---

<sup>78</sup> *Ibíd.*

<sup>79</sup> Con obras como *Theories of Nationalism* de 1971, *Nationalism in the Twentieth Century* de 1979, *The Ethnic Revival* de 1981, *The Ethnic Origins of Nations* de 1986, *National Identity* de 1991, *Nations and Nationalism in a Global Era* de 1995, *Nationalism and Modernism* de 1998, *The Nation in History* del 2000, y *Nationalism: Theory, Ideology and History* del 2001(b).

<sup>80</sup> Con obras como *Ethnonationalism: The Quest for Understanding* de 1994.

<sup>81</sup> Con obras como *The Dynamics of Cultural Nationalism* de 1987 y *Modern Nationalism* de 1994.

<sup>82</sup> A. SMITH. *Myths and Memories of the Nation*, Oxford University Press, Oxford, 1999, p. 8-19.

<sup>83</sup> P. SPENCER y H. WOLLMAN. *Nations and Nationalism*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2005, p. 23.

<sup>84</sup> A. SMITH, *Nacionalismo*, *cit.*, p. 77.

<sup>85</sup> P. SPENCER y H. WOLLMAN, *Nations and Nationalism*, *cit.*, p. 25.

las naciones. Los nacionalistas son por tanto arqueólogos políticos que sustentan las naciones modernas sobre bases de un pasado étnico que ellos mismos reformulan a propósito<sup>86</sup>. El nacionalismo y la nación son, aunque modernas, parte de un gran conglomerado étnico anterior e identificable<sup>87</sup>.

En tercer lugar está la base étnica del nacionalismo y de las naciones. Las comunidades culturales pueden formarse en cualquier momento y en cualquier lugar. Los componentes de dichas comunidades creen que comparten un pasado común, una memoria colectiva, y unos símbolos y mitos con los que todos se identifican<sup>88</sup>. Recurrir a las bases étnicas no significa que utilicen el elemento subjetivo como fundamento de los elementos objetivos, sino que sería al revés, que el elemento subjetivo se basa en los elementos objetivos, aunque el etnosimbolismo se centre en dicho elemento subjetivo. Hay que distinguir entre las categorías étnicas y las comunidades étnicas<sup>89</sup>. Las primeras son identificables por personas ajenas a las mismas por tener un nombre identificable, una cultura común, y estar vinculada a un territorio determinado. En cambio, las segundas se identifican, tanto por personas ajenas a las mismas como por personas que forman parte de ellas, por tener un nombre identificable, un ancestro común, una historia compartida, una cultura común, una vinculación histórica con un territorio, y finalmente, una especie de solidaridad entre sus miembros<sup>90</sup>.

El cuarto punto se centra en los componentes étnicos de las comunidades. El etnosimbolismo defiende que los componentes de larga duración de las comunidades son étnicos y no demográficos. La diferencia entre las comunidades étnicas, y por tanto de las naciones también, de otros grupos humanos son precisamente los mitos, memorias, símbolos, valores y tradiciones de dicha comunidad que son tomadas como ancestrales por sus miembros y que les vinculan con un determinado territorio<sup>91</sup>. Estos elementos objetivos no son nada sin el vínculo emocional y mental que los miembros de la comunidad, y de la nación, crean con dichos elementos objetivos.

Como quinto componente del paradigma etnosimbolista, se encuentran los mitos y símbolos étnicos. Cuando se habla de los mitos que tiene una comunidad étnica, esto hace referencia a sus ancestros comunes, que se centran en el origen y el pasado de la misma. Se tiende a rastrear la descendencia hasta dicho antepasado común en el afán de justificar su moderna existencia. Ejemplos de

---

<sup>86</sup> A. SMITH, *Nacionalismo, cit.*, p. 77.

<sup>87</sup> *Ibíd.*

<sup>88</sup> P. SPENCER y H. WOLLMAN, *Nations and Nationalism, cit.*, p. 25.

<sup>89</sup> *Ibíd.*

<sup>90</sup> El capítulo "Protonacionalismo Popular" de su obra *Naciones y Nacionalismos desde 1790* revela esta asunción. E. HOBBSAWM, *Naciones y Nacionalismo desde 1790, cit.*

<sup>91</sup> P. SPENCER y H. WOLLMAN, *Nations and Nationalism, cit.*, p. 26.

esto pueden ser los judíos y a la Tierra Prometida como mito y símbolo fundacional, al igual que el nacionalismo español tiene Covadonga como la tierra primigenia donde se inició la denominada Reconquista.

A modo de sexto punto defendido por los etnosimbolistas, se encuentra la historia de la propia comunidad étnica. Por esto se tiene que entender la percepción que los miembros de una comunidad tienen de su pasado común. Los tres componentes de esta historia son; tiene un carácter multidisciplinar y siempre cuestionada, hace siempre referencia a lo que los miembros imaginan y no a su carácter objetivo, y finalmente, de desigual desarrollo en cada comunidad<sup>92</sup>. Se pueden encontrar historias ricas y plenas en algunas comunidades, y en otras, por diferentes factores, dicha historia está dispersa o se ha perdido.

El séptimo punto versa sobre los caminos que llevan a la nacionalidad, o sentimiento nacional más bien. Detrás de este punto subyace el interés en saber cómo se han formado las naciones en la modernidad. Tomando como ejemplo a los autores perennialistas como Hastings o Armstrong, se distinguen factores desencadenantes como la historia compartida, la religión, la forma de obtención de sustento como el pastoreo o el sedentarismo, la inmigración, las conquistas militares, así como compartir aspiraciones comunes. El término nacionalidad es completamente moderno, lo que revela, de nuevo, el enlace que el etnosimbolismo pretende encontrar entre las modernas naciones y sus orígenes étnicos pasados<sup>93</sup>.

Finalmente, el octavo y último postulado del etnosimbolismo hace referencia al nacionalismo. Aquí se pone a prueba la fiabilidad del nacionalismo y la durabilidad de las naciones. Asume el postulado modernista al considerar que el nacionalismo es una doctrina moderna, pero añade que también puede ser representado el nacionalismo en tiempos anteriores por el sentimiento de mantenimiento de las comunidades étnicas preexistentes a la modernidad que expresan sus miembros. Estos grupos aspiran a una continuidad en la modernidad, una *longue durée* étnica en la nueva Era. El etnosimbolismo, aun asumiendo que la doctrina política y filosófica del nacionalismo es moderna, también pone sobre la mesa esos sentimientos de continuidad que subyacen en los miembros de las naciones o comunidades étnicas premodernas. No lo denomina exactamente como nacionalismo, pero sí que le da una importancia que el modernismo no le da<sup>94</sup>.

## 5.2.- El plano histórico

---

<sup>92</sup> *Ibíd.*, p. 28.

<sup>93</sup> *Ibíd.*, p. 29.

<sup>94</sup> *Ibíd.*, p. 30.

El etnosimbolismo, en cuanto al plano histórico de la nación, considera que la Era moderna no es tabula rasa<sup>95</sup>. Las naciones, aunque contingencias históricas, no son una creación exclusiva de la modernidad, sino que surgen de complejos procesos de transformación étnica de las comunidades premodernas<sup>96</sup>. En este plano, el etnosimbolismo claramente se aleja del modernismo y se alinea con el perennialismo en cuanto a la antigüedad de la nación. Considera que las naciones no son solamente modernas, sino que muchas son premodernas en su origen temporal. Las naciones modernas no son más que un relato bien documentado de la transformación étnica a nacional que el etnosimbolismo defiende<sup>97</sup>. A modo de argumento general, y que enlaza con la base cultural y política de la nación, los etnosimbolistas defienden que las transiciones entre Eras es más continuo y menos drásticas<sup>98</sup>.

### 5.3.- El plano cultural y político

Como se ha resaltado arriba, el etnosimbolismo nace de la crítica al modernismo, aunque diferenciado del perennialismo. Siguiendo por el camino abierto por este último paradigma, el etnosimbolismo se centra en el rol de los mitos, símbolos, memorias, valores, y tradiciones en formación<sup>99</sup>. Uno de los componentes más importantes de este paradigma en cuanto a la explicación de la base cultural y política de la comunidad es el análisis de la identidad étnica preexistente en la *longue durée* de la nación<sup>100</sup>. Para los etnosimbolistas, la importancia de las bases étnicas de las naciones es capital para entender a estas últimas<sup>101</sup>. Tomando la corriente del perennialismo recurrente, el etnosimbolismo considera que la diferencia entre naciones premodernas y modernas es más de grado de desarrollo que de tipo<sup>102</sup>. Una vez formada la base cultural y política de la comunidad basada en lazos étnicos, esta tiende a ser duradera en el tiempo, y resistente en cuanto al normal desarrollo y acontecimientos históricos<sup>103</sup>.

Las transiciones más moderadas y continuas de las Eras es la base para que el etnosimbolismo base su argumentario en la transformación étnica de las naciones. Las naciones son el resultado de la transformación en la *longue durée* de la *ethnie*. El etnosimbolismo

---

<sup>95</sup> U. ÖZKIRIMLI. *Theories of Nationalism*, cit., p. 143.

<sup>96</sup> A. SMITH. *Nationalism and Modernism*, cit., p. 183-184.

<sup>97</sup> A. SMITH. *Nations and Nationalism in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1995, p. 60.

<sup>98</sup> A. SMITH. *The Ethnic Origins of Nations*, Basil Blackwell, Oxford, 1986, p. 13.

<sup>99</sup> A. SMITH. “Ethno-symbolism”, en A.S. Leoussi (ed.) *Encyclopedia of Nationalism*, Transaction Publishers, London, 2001(a), p. 84-86.

<sup>100</sup> U. ÖZKIRIMLI. *Theories of Nationalism*, cit., p. 143.

<sup>101</sup> J. HUTCHINSON. *Modern Nationalism*, cit., p. 7.

<sup>102</sup> U. ÖZKIRIMLI. *Theories of Nationalism*, cit., 2000, p. 143.

<sup>103</sup> A. SMITH. *The Ethnic Origins of Nations*, cit., p. 16.

tiene como objetivo entender tanto la durabilidad de estos lazos étnicos como su capacidad para cimentar la lealtad de los miembros de la comunidad. Las transformaciones a las que la historia somete a estas *ethnies* premodernas y su continuo poder para aglomerar a las comunidades en naciones en la modernidad hacen que el etnosimbolismo centre sus miras en lo étnico como fundamento nacional<sup>104</sup>.

#### **5.4.- Conclusiones**

A modo de resumen y conclusión, el paradigma del etnosimbolismo defiende que; a) como el modernismo y el perennialismo, la nación es una contingencia histórica y no primordial ni orgánica en el tiempo, b) las naciones pueden ser pre-modernas o modernas, que, al igual que el perennialismo, cree que el desarrollo de dicha comunidad es lo que determina la antigüedad de la nación, y c) este paradigma basa su análisis en los elementos subjetivos, como el sentimiento de pertenencia, que los miembros de una comunidad étnica desarrollan alrededor de los elementos objetivos que el perennialismo analiza. Los lazos que unen a los miembros de la comunidad son lazos étnicos y no políticos. Los lazos políticos se desarrollan con base en estos últimos.

#### **6.- CONCLUSIONES**

Una vez se han identificado, ordenado cronológicamente, y finalmente analizados y entendidos los postulados generales de los principales paradigmas o teorías clásicas del nacionalismo, se pueden extraer cinco conclusiones generales.

La primera conclusión es que aquí se han presentado lo que en la doctrina se entiende como los paradigmas o teorías clásicas del nacionalismo. De este modo, los paradigmas más recientes todavía tienen un desarrollo menos detallado que los expuestos aquí. Ejemplos de estos paradigmas más recientes pueden ser; el nacionalismo y el proceso de descolonización<sup>105</sup>, o el denominado nacionalismo banal<sup>106</sup>.

La segunda conclusión enfatiza las líneas divisorias que definen cada uno de estos cuatro paradigmas. Estas líneas divisorias están basadas en tres fundamentos claros; el desarrollo teórico del propio paradigma, el plano histórico, y el plano cultural y político de la nación.

---

<sup>104</sup> A. SMITH. *The Nation in History*, Brandeis University Press, New England, 2000, p. 77.

<sup>105</sup> P. DUARA (ed.). *Decolonization: Perspectives from Now and Then*, Routledge, London, 2004.

<sup>106</sup> M. BILLING. *Banal Nationalism*, Sage, London, 1995.

La tercera conclusión pone el foco en el desarrollo teórico de cada paradigma. Se puede ver como el primordialismo fue el primer paradigma en desarrollarse al asumir las tesis más esencialistas del propio nacionalismo. Las críticas que surgieron para cuestionar a este primer paradigma dieron lugar al modernismo. De los restos que quedaron de este primer enfrentamiento teórico, surgió el perennialismo para modernizar algunos postulados del primordialismo, para así construir un cuestionamiento del modernismo como paradigma con más seguidores dentro de la doctrina. Finalmente, el etnosimbolismo surgió para llenar las lagunas históricas y teóricas tanto del modernismo como del perennialismo.

La cuarta conclusión es que, en el plano histórico, se pueden agrupar los paradigmas en dos grupos bien diferenciados. Por un lado, está el grupo de los paradigmas que defienden que las naciones son premodernas (contingencias históricas o no). En este grupo se encuentra los paradigmas del primordialismo, el perennialismo, y el etnosimbolismo. Aquí hay que precisar que la defensa del argumento premoderno de las naciones no implica que haya naciones que puedan surgir en la modernidad. En el segundo grupo se encuentra el paradigma del modernismo, que defiende que las naciones son contingencias modernas, y más precisamente, del periodo de la Revolución francesa en adelante.

La quinta y última conclusión es que, en el plano cultural y político, también se pueden encontrar dos grupos bien diferenciados. Por un lado, están los paradigmas del primordialismo, el perennialismo, y el etnosimbolismo. Estos paradigmas defienden que las naciones tienen una base étnica. Son los lazos étnicos preexistentes los que cimientan los grupos nacionales. Por el otro lado está el paradigma del modernismo. Este último paradigma defiende que los lazos étnicos preexistentes, que pueden existir objetivamente o ser inventados, no determinan los grupos nacionales, sino que son las luchas políticas las que engendran las naciones.

## **7.- BIBLIOGRAFÍA**

Armstrong, John, *Nations before Nationalism*, University of North Carolina Press, Chapel Hill, 1982.

- “Towards a Framework for Considering Nationalism in Eastern Europe”, *East European Politics and Societies*, núm 2(2), 1988, pp. 280-305.

Anderson, Benedict, *Imagined Communities*, Verso, London, 1983.

- *Comunidades Imaginadas*, traducción de Eduardo L. Suárez, Fondo de Cultura Económica, México D.F, 2011.

Balibar, Étienne, “The National Form: History and Ideology”, *New Left Review*, núm XIII(3), 1990, pp. 329-361.

- Beaune, Colette, “La Notion de Nation en France au Moyen Age”, *Communications*, núm 45, 1987, pp. 101-116.
- Billing, Michael, *Banal Nationalism*, Sage, London, 1995.
- Breuilly, John, *Nationalism and the State*, Manchester University Press, Manchester, 2nd Edition, 1993.
- Connor, Walker, *Ethnonationalism: The Quest for Understanding*, Princeton University Press, New Jersey, 1994.
- Duara, Prasantjit (ed.) *Decolonization: Perspectives from Now and Then*, Routledge, London, 2004.
- Geertz, Clifford, *Old societies and new states*, The Free Press, New York, 1965.
- *The Interpretation of Cultures*, Basic Books, New York, 2000.
- Gellner, Ernest, *Thought and Change*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1965.
- *Culture, Identity, and Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1987.
  - *Encounters with nationalism*, Blackwell Publishing, Oxford, 1997(a).
  - *Nationalism*, Weidenfeld & Nicolson, London, 1997(b).
  - *Naciones y nacionalismo*, traducción de Javier Setó, Alianza Editorial, Madrid, 2008.
- Giddens, Anthony, *The Consequences of Modernity*, Polity Press, Cambridge, 1990.
- Greenfeld, Liah, *Nationalism: Five roads to modernity*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, 1992.
- Grosby, Steven, “The Chosen People of Ancient Israel and the Occident: Why does Nationality Exist and Survive?”, *Nations and Nationalism*, núm 5(3), 1999, pp. 357-380.
- “The Primordial, Kinship, and Nationality”, A. Ichijo and G. Uzelac (eds.) *When is the Nation?*, London, Routledge, 2005, pp. 56-78.
- Guenée, Bernard, “État et nation en France au Moyen Age”, *Revue Historique*, núm 1, 1967, pp. 17-30.
- Hastings, Adrian, *The Construcción of Nationhood*, Cambridge University Press, Cambridge, 1997.
- *La construcción de las nacionalidades*, traducción de Cristina Piña, Cambridge University Press, Madrid, 2000.
- Hetcher, Michael, “Nationalism and Rationality”, *Studies in Comparative International Development*, núm 35(1), pp. 3-19, 2000.
- Hobsbawm, Eric, *Nations and Nationalism since 1790*, Cambridge University Press, Cambridge, 1990.
- *Naciones y Nacionalismo desde 1790*, traducción de Jordi Beltrán, Crítica, Barcelona, 2012.
- Hobsbawm, Eric, y Ranger, Terence, *The Invention of Tradition*, Cambridge University Press, Cambridge, 1983.

- *La invención de la Tradición*, traducción de Omar Rodríguez Estellar, Crítica, Barcelona, 2012.
- Hroch, Miroslav, *Social Preconditions of National Revival in Europe*, Columbia University Press, Cambridge, 1985.
- Hutchinson, John, *The Dynamics of Cultural Nationalism*, Routledge, London, 1987.
  - *Modern Nationalism*, Fontana Press, London, 1994.
- Kedourie, Elie, *Nationalism*, Hutchinson, London, 1960.
  - *Nationalism in Asia and Africa*, World Publishing Company, New York, 1970.
  - *Nacionalismo*, traducción de Juan José Solozábal Echevarría, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1988.
- Kohn, Hans, *Nationalism: It's meaning and History*, D. Van Nostrand, New York, 1965.
- Kuhn, Thomas, *The Structure of Scientific Revolutions*, University of Chicago Press, Chicago, 1970.
- Nairn, Tom, *Faces of Nationalism: Janus Revisited*, London, Verso, 1997.
- Norman, Wayne, "Theorizing Nationalism: The First Steps", en Beiner, Ronald, *Theorizing Nationalism*, State University of New York, Albany, 1999.
- Özkişimli, Umut, *Theories of Nationalism*, Palgrave MacMillan, Basingstoke, 2000.
- Roger, Antoine, *Les grandes théories du nationalisme*, Dalloz-Sirey, París, 2001.
- Rodríguez Abascal, Luis, *Las Fronteras del Nacionalismo*, Centro de Estudios Constitucionales, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- Roshwald, A., *The Endurance of Nationalism: Ancient Roots and Modern Dilemmas*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.
- Sewell, William. H., *A Rhetoric of the Bourgeois Revolution*, Duke University Press, Duke, 1994.
- Seton-Watson, Hugh, *Nationalism and Communism*, Methuen, London, 1964.
  - *Nations and States*. Methuen, London, 1977.
- Shils, Edward, *Tradition*, University of Chicago Press, Chicago, 2006.
- Smith, Anthony, *Theories of Nationalism*, Dockworth, London, 1971.
  - *Nationalism in the Twentieth Century*, New York University Press, New York, 1979.
  - *The Ethnic Revival*, Cambridge University Press, New York, 1981.
  - *The Ethnic Origins of Nations*, Basil Blackwell, Oxford, 1986.
  - *National Identity*, University of Nevada Press, Nevada, 1991.
  - *Nations and Nationalism in a Global Era*, Polity Press, Cambridge, 1995.
  - *Nationalism and Modernism*, Routledge, New York, 1998.

- *Myths and Memories of the Nation*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
  - *The Nation in History*, Brandeis University Press, New England, 2000.
  - “Ethno-symbolism”, en A.S. Leoussi (ed.) *Encyclopedia of Nationalism*, Transaction Publishers, London, 2001(a).
  - *Nationalism: Theory, Ideology, History*, Polity Press, Cambridge, 2001(b).
  - *Nacionalismo*, traducción de Olaf Bernárdez Cabello, Alianza Editorial, Madrid, 2004.
- Smith, Anthony, y Hutchinson, John, *Nationalism*, Oxford University Press, Oxford, 1994.
- Spencer, Philip, y Wollman, Howard, *Nations and Nationalism*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2005.
- Van den Berghe, Pierre L., *Race and Racism*, John Willey & Sons, New York, 1967.
- *Race and Ethnicity*, Basic Books, New York, 1970.
  - *Man in Society*, Elsevier, New York, 1975.
  - "Race and ethnicity: a sociobiological perspective", en *Ethnic and Racial Studies*, num 1(4), 1978, p. 401-411.
  - *The Ethnic Phenomenon*, Praeger, Westport, Connecticut, 1987.
  - "Ethnicity and the sociobiology debate", en Rex, John, Mason, David, *Theories of Ethnic and Race Relations*, Cambridge University Press, Cambridge, 1988, p. 246-263.
- Wallestein, Immanuel Maurice, y Balibar, Étienne, *Raza, nación y clase*, Iepala, Madrid, 1991.

# GIURISPRUDENZA E RESPONSABILITÀ MORALE: IL "BUON GIUDICE" MAGNAUD

## JURISPRUDENCE AND MORAL RESPONSIBILITY: "THE GOOD JUDGE" MAGNAUD

**Mariella Robertazzi\***

**RIASSUNTO:** Paul Magnaud, magistrato e politico francese operante tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo e divenuto noto con l'appellativo di "bon juge", ci offre l'opportunità di riflettere su un nodo ineliminabile della teoria e della prassi giuridica: il rapporto tra legge ed equità, tra certezza del diritto ed esigenze di giustizia. Nel saggio vengono ricostruiti i casi principali di cui egli si occupò quando era presidente del Tribunale di Chateâu-Thierry al fine di riportare alla luce un episodio della storia del diritto che può dire ancora molto al dibattito giuridico e politico contemporaneo.

**ABSTRACT:** *Paul Magnaud, who was a French politician and magistrate, mainly active between the end of 19th and the beginning of 20th century and known as the "bon juge" provides the opportunity to reflect on an unavoidable issue concerning both legal theory and practice. The specific object of that focuses on the correlation between law and fairness, as well as, legal certainty and need of justice. This essay will retrace the most important legal cases he dealt with, when he was the president of the court of Chateâu-Thierry, in order to shed light on a specific case, pertaining to the annals of the history of law, which can enhance the current judicial and political debate.*

**PAROLE CHIAVE:** legge, equità, certezza del diritto, giustizia.

**KEYWORDS:** *law, fairness, legal certainty, justice.*

**Fecha de recepción:** 21/02/2018

**Fecha de aceptación:** 28/04/2018

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2018.4312>

---

\* Dottoranda, Università degli studi di Pisa, Italia. E-mail: marirob@hotmail.it

Notevole clamore ha suscitato una recente sentenza della Corte di Cassazione penale la quale, nel maggio del 2016, ha annullato senza rinvio la condanna per tentato furto inflitta dalla Corte di Appello di Genova ad un giovane immigrato senza fissa dimora<sup>1</sup>.

La formula adottata dalla Quinta Sezione è stata: «annullamento perché il fatto non costituisce reato».

Nel caso di specie, la Corte ha deciso di non avvalersi delle recenti modifiche di cui all'art. 131 bis c.p in materia di speciale tenuità; non riconoscendo, pertanto, gli estremi dell'integrazione di un, seppur lieve, fatto di reato. Al contrario, il verdetto in questione ha individuato la sussistenza della causa di giustificazione ex art. 54 c.p.

La vicenda di cui si tratta è quella di un giovane senz'altro straniero senza occupazione, sorpreso da un cliente di un supermercato nel tentativo di appropriarsi di due porzioni di formaggio ed una confezione di wurstel, per un valore complessivo di quattro euro.

Segnalato al personale del centro, il *clochard* restituisce la merce ma viene denunciato.

Prende avvio, in tal modo, un procedimento penale che, in seguito alle condanne in primo e secondo grado, giunge all'attenzione della Corte di Cassazione la quale, come anticipato, annulla le statuizioni dei giudici di merito.

Nello specifico, la Corte ha sostenuto che «la condizione dell'imputato e le circostanze in cui è avvenuto l'impossessamento della merce dimostrano che egli si impossessò di quel poco cibo per far fronte ad una immediata ed imprescindibile esigenza di alimentarsi, agendo in stato di necessità».

Immediata ed imprescindibile esigenza di alimentarsi dedotta sia dalle condizioni socio-economiche in cui versava l'uomo, sia dalle caratteristiche dei generi alimentari sottratti.

La Corte ha "enunciato", dunque, il principio di diritto secondo il quale il furto per fame di una modica quantità di cibo non costituisce reato in quanto scriminato dallo stato di necessità.

La pronuncia, che molto ha fatto discutere in Italia, è arrivata a destare l'attenzione anche di importanti testate internazionali quali la BBC e il The New York Times le quali l'hanno ritenuta espressiva di istanze di meritevolezza e di proporzione del trattamento sanzionatorio.

Maurizio Fumo e Francesca Morelli, rispettivamente presidente della quinta penale e consigliere relatore, nel riconoscere l'applicabilità dello stato di necessità al furto per fame, hanno recentemente optato per una "posizione" giurisprudenziale già difesa in una nota sentenza emessa in Francia, questa volta però con poco più di un secolo di anticipo rispetto a quella in questione.

---

<sup>1</sup> Corte di Cassazione, sez. V Penale, sentenza n. 18248/16, depositata il 2 maggio.

Riportiamo parte delle motivazioni contenute in tale risalente pronuncia: «la fame può sopprimere in ogni uomo una parte del suo libero arbitrio, e scemare grandemente nel suo animo la coscienza del bene e del male; che un atto, ordinariamente riprovevole, perde molto del suo carattere delittuoso quando quegli che lo commise agiva spinto dall'imperioso bisogno di procurarsi un alimento di prima necessità, senza il quale non regge la nostra naturale costituzione fisica»<sup>2</sup>.

Si tratta, nello specifico, di una sentenza pronunciata nell'aula del Tribunale di Château-Thierry, piccolo comune situato nel dipartimento dell'Aisne, da parte di un collegio di tre giudici presieduto da Paul Magnaud, magistrato e uomo politico francese operante tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo.

Furono principalmente otto anni della sua carriera, dal 1898 al 1906, come presidente di tale modesto Tribunale, che permisero a detto magistrato di emergere quale giudice *sui generis* nel panorama giuridico-politico della Francia di allora.

Sebbene per la loro forza dirompente, le sentenze del giudice Magnaud furono duramente contestate al suo tempo, le risposte che egli fornì alle problematiche sottoposte alla sua attenzione testimoniano una profonda lungimiranza ed un'evidente modernità di vedute.

## **1.- L'EQUITÀ DEL BUON GIUDICE MAGNAUD: "L'AFFAIRE LOUISE MÉNARD"**

Siamo sul finire del XIX secolo e la Terza Repubblica francese si trova ad affrontare uno dei suoi maggiori conflitti politico-sociali: "l'affare Dreyfus". Tale conflitto, che divise il paese dal 1894 al 1906, originò dall'accusa di tradimento a favore della Germania mossa ad un capitano alsaziano di origine ebraica: Alfred Dreyfus. Vennero immediatamente a crearsi e a scontrarsi due schieramenti opposti: i "dreyfusardi", che difendevano l'innocenza del militare e gli "antidreyfusardi", partigiani della sua colpevolezza.

La condanna di Dreyfus fu un volontario errore giudiziario, avvenuto nel contesto dello spionaggio bellico, dell'antisemitismo imperversante nella società francese del tempo e nel clima politico avvelenato dalla perdita recente dell'Alsazia e della Lorena, subita nel 1871 ad opera dell'Impero tedesco di Bismark.

In tale arroventato contesto, il 13 gennaio del 1898, il giornale di orientamento repubblicano-socialista *L'Aurore* ospitò il celebre "J'accuse", editoriale scritto dal giornalista e scrittore francese Émile Zola (1840-1902) in forma di lettera aperta al Presidente della Repubblica Félix Faure. L'articolo ebbe lo scopo di denunciare pubblicamente l'arbitrio giudiziario e la manipolazione

---

<sup>2</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD riunite e commentate da Enrico Leyret, S. Maria Capua Vetere, 1901, p. 50.

dell'informazione avvenuta nel corso del processo contro Alfred Dreyfus<sup>3</sup>.

Se questa era la situazione politica, a partire dall'ultimo trentennio dell'Ottocento, la Francia iniziò con l'attraversare anche un profondo mutamento della realtà sociale, legato a particolari contingenze economiche. Venne meno la figura del "contadino-operaio", che aveva caratterizzato il primo Ottocento francese ed al suo posto comparve quella dell'operaio urbano non specializzato<sup>4</sup>. All'indigenza e all'isolamento della popolazione rurale si affiancò la precarietà delle classi operaie urbane progressivamente sempre più rivendicative.

In simile panorama politico-sociale, il 4 marzo 1898, nell'aula del palazzo di giustizia di Château-Thierry, il numero dei casi appellati all'udienza del Tribunale penale non era gravoso. Si prese avvio da un reato di bracconaggio, seguito da uno di vagabondaggio. Si giudicò successivamente un uomo colpevole di ingiurie ad un guardiacaccia ed infine un altro perseguito per ebbrezza pubblica. Sarebbe potuto essere un giorno come un altro per gli annali giudiziari francesi, se non si fosse presentato un caso che, pur nella sua apparente semplicità, avrebbe conosciuto grande risonanza: il furto di un pane. Comparve dinnanzi al Tribunale l'imputata Louise Ménard. Si trattava di una giovane donna che, nonostante fosse «ben nota in pubblico e stimata laboriosa e buona madre di famiglia»<sup>5</sup>, si trovava senza lavoro. Soffriva la fame, dunque, e con lei la madre e il figlioletto di due anni, nato da padre sconosciuto: «[...] in questo momento essa non ha altra risorsa che la pagnotta di due chilogrammi e le due libbre di carne largitele, ogni settimana, dall'ufficio di beneficenza di Château-Thierry, per essa, la madre ed il figliuolo [...] quando la prevenuta prese un pane dalla bottega del P... non aveva danaro e le provvigioni che aveva ricevute erano state già consumate da trentasei ore»<sup>6</sup>.

I fatti risultavano essere stabiliti e non contestati dall'imputata. In seguito alla deliberazione, il collegio dei tre magistrati, presieduto dal giudice Paul Magnaud, decise di rilasciarla. La sentenza di assoluzione, a causa delle sue motivazioni, si configurò come "eccezionale". Pare opportuno riportarla nei suoi tratti salienti. Dopo il riferimento alle caratteristiche personali della donna, alla sua situazione familiare e lavorativa ed alle condizioni fisiche al momento del furto, il fulcro del giudizio si condensa intorno a due nuclei fondamentali. Il primo inerisce alle mancanze della società nei confronti dei suoi membri e al conseguente potere/dovere del giudice

---

<sup>3</sup> A. COBBAN, *Storia della Francia*, Milano, Garzanti, 1966, pp. 510-515, 517, 546, 554, 576, 578.

<sup>4</sup> C. BEC, *Assistance et République: la recherche d'un nouveau contrat social sous la Troisième République*, Parigi, Les Éditions de l'Atelier, 1994, pp. 23-24.

<sup>5</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit., p. 50.

<sup>6</sup> Ibidem.

di mitigare le asperità della legge; il secondo fa riferimento allo stato di necessità quale causa scriminante.

Dunque, fu qualche mese più tardi l'attacco sferrato da Zola che Paul Magnaud, rilasciando la giovane Louise Ménard, lanciò il suo personale atto di accusa nei confronti della società.

Il giudice Magnaud, infatti, nelle motivazioni della sentenza, assunse come dato di partenza le lacune della società, spingendosi sino ad una severa valutazione circa l'incapacità di quest'ultima nell'assicurare a tutti i cittadini le condizioni basilari di esistenza. A tali considerazioni il presidente del tribunale collegò la figura del giudice, rimarcandone oneri e responsabilità: «Il Tribunale [...] rammarica il fatto che in una società ben organizzata, uno dei suoi membri, specialmente una madre di famiglia, non abbia, e per nessuna sua colpa, pane da sfamarsi: laonde, allorquando tal fatto avviene, come è quello preciso della Louise Ménard, il giudice può e debba umanamente interpretare le inflessibili prescrizioni della legge»<sup>7</sup>.

Già a partire da questa memorabile sentenza, il presidente del tribunale di Château-Thierry mise espressamente in evidenza il difetto di protezione da parte della società del suo tempo in relazione a quelle situazioni che contribuivano a degradare lo statuto sociale e morale dell'individuo. L'impossibilità di "guadagnarsi il pane" lavorando – che fosse dovuta a disoccupazione, malattie o infortuni – rimetteva in questione il regime dell'appartenenza sociale dei cittadini che traevano dal proprio salario i mezzi del loro sostentamento, rendendoli così incapaci di gestire la loro esistenza a partire dalle proprie risorse. Tale condizione era, propriamente, quella vissuta da una parte della Francia di Magnaud e la stessa in cui si trovava la giovane Louise Ménard: la donna, abbandonata dal padre di suo figlio, senza lavoro e senza denaro, pativa la fame. Quella fame che attanagliava le viscere ma che soprattutto la giovane madre voleva evitare al suo bambino.

In simili circostanze il giudice, inteso da Magnaud, come fondamentale strumento del ruolo di protezione sociale affidato allo Stato, avrebbe dovuto smussare le "rigidità punitive" della legge la quale, costruita intorno alla valorizzazione del diritto di proprietà, si presentava indifferente alla vita dell'individuo non proprietario; vale a dire di colui che non possedeva gli strumenti per un'indipendenza sociale adeguata e dunque per un'esistenza degna<sup>8</sup>.

Questa la concezione sposata dal giudice Magnaud, la quale si legava alla più ampia e costante problematica posta dalla generalità e dall'astrattezza del diritto: dunque, alla questione dell'interpretazione

---

<sup>7</sup> Ibidem.

<sup>8</sup> Sul legame tra libertà e proprietà, costitutivo della modernità giuridica, Vd. P. COSTA, *Democrazia politica e Stato costituzionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, pp. 25 e 28-29.

della legge e della sua applicazione al caso concreto che mai potrà essere integralmente previsto nella sua singolarità.

Mettendo sotto accusa la società circa l'inadempimento delle sue funzioni, il giudice Magnaud sostenne l'esigenza di un'opera di mediazione tra il *summum jus* e le umane esigenze dell'equità. Tenere in debita valutazione, nell'applicazione della legge, le peculiarità del caso specifico non avrebbe comportato una "riduzione" della giustizia quanto piuttosto l'attribuzione ad essa di una pienezza maggiore.

Tuttavia, la sentenza relativa all'«affaire Ménard» fu profondamente innovativa anche sotto un altro aspetto. E qui veniamo al secondo nucleo tematico contenuto nelle motivazioni: il riferimento allo stato di necessità quale elemento di esclusione della condanna. L'imputata Ménard venne, infatti, prosciolta dal Tribunale di Château-Thierry sulla base dell'articolo 64 del codice penale francese del 1810 il quale stabiliva quanto segue: «non si ha reato quando colui che ha compiuto il fatto era in stato di demenza al momento dell'azione o quando vi sia stato costretto da una forza alla quale non poté resistere». Tale articolo non includeva nessuna qualificazione tendente a specificare se si dovesse trattare di una forza fisica o morale, di una forza esterna al soggetto o anche di una forza interna ad esso, obnubilante a tal punto la volontà dell'individuo da farne venir meno la responsabilità penale. Il collegio dei tre giudici presieduto da Magnaud nelle motivazioni della sentenza sostenne che la fame integrava perfettamente la condizione di una forza alla quale l'individuo non ha la possibilità di sottrarsi. Dunque, se uno stato di necessità, quale la fame poteva determinare il venir meno del libero arbitrio, ne conseguì, nel caso in questione, un'attenuazione del dolo; attenuazione scaturente sia dalla necessità fisica della donna, sia dall'istinto materno che l'aveva indotta a fare il possibile onde evitare al proprio bambino lo stesso genere di sofferenza. Così seguita, infatti, la sentenza: «l'intenzione dolosa è anche più attenuata quando alle acute torture della fame si aggiunge, come nella specie, il desiderio, tanto naturale in ogni madre, di evitarle al figliuolo, che è a suo peso»<sup>9</sup>.

I casi giudicati da un piccolo tribunale non ricevevano l'attenzione della grande stampa; solo i giornali locali li menzionavano. Gli abitanti dell'«*arrondissement*» di Château-Thierry non disponevano, all'epoca, che di due giornali: l'*Echo Républicaine de l'Ainse*, di tendenza conservatrice, e l'*Avenir de l'Ainse*, di orientamento nettamente radicale. Il primo giornale pubblicò il rendiconto dell'udienza in qualche linea. Al contrario, il rilascio di Louise Ménard fu annunciato in prima pagina ne l'*Avenir de l'Ainse*, preceduto da un titolo a caratteri cubitali che recitava: "Un giudizio umano". Il direttore del giornale indirizzò un esemplare del numero a

---

<sup>9</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit., p. 51.

tutte le testate parigine le quali riprodussero per esteso il testo della sentenza di rilascio di Louise Ménard e le sue incredibili motivazioni<sup>10</sup>.

La notizia di tale sorprendente giudizio, che pose in secondo piano la difesa del diritto di proprietà scusando un furto conclamato, giunse dunque ai giornali nazionali: il 4 marzo Clemenceau ne fece oggetto di un suo articolo ne *l'Aurore*, quotidiano divenuto di grande tiratura in seguito alla pubblicazione del «*J'accuse*».

La penna di Clemenceau titolò l'articolo «*Un buon giudice*», portando il caso al centro del dibattito politico: «Il tribunale di Château-Thierry ha appena emesso una sentenza che fisserà la giurisprudenza. [...] Ha reso un verdetto di rilascio che fa onore alla sua umanità. Allo stesso tempo ha posto una pietra miliare per il futuro proclamando l'attenuazione della responsabilità sotto l'impero della miseria fisica e morale»<sup>11</sup>. Clemenceau, tuttavia, pur giudicando favorevolmente la sentenza non omise di evidenziare le sue perplessità: «che si farà per questa donna senza assistenza? Per questa anziana e questo bambino per strada? [...] Su tutti i panettieri a sfavore dei quali il giudice rifiuti per bontà d'animo di applicare le leggi che tutelano la proprietà non può essere posto l'onere di supplire alle carenze di una società mal organizzata»<sup>12</sup>.

La diffusione di tale articolo scatenò repentinamente reazioni contrastanti nei confronti di colui il quale da quel momento in poi non venne designato altrimenti che come il «buon giudice».

All'indomani della comparsa dell'articolo di Clemenceau ne *l'Aurore*, il giornale ricevette l'importo di una piccola sottoscrizione lanciata spontaneamente per soccorrere Louise Ménard. Nei giorni successivi altre somme vennero versate. Il presidente del Tribunale di Château-Thierry fu destinatario di molti messaggi di congratulazioni e di incoraggiamento<sup>13</sup>.

Tuttavia, mentre il giudice Magnaud veniva lodato attraverso numerose lettere di complimenti, il dibattito e le polemiche si amplificavano: il caso Ménard divenne un affare politico e le opinioni dei giornali ne furono specchio. In particolare, due di essi, di evidente tendenza conservatrice, attaccarono duramente il presidente Magnaud: si trattò del *Journal des débats* e della *République Française*, giornale più o meno apertamente gestito dall'allora Presidente del Consiglio Jules Méline.

Il primo condannò energicamente il giudice che si era attribuito il potere di rilasciare una «ladra»<sup>14</sup>, sostenendo che la società per la

---

<sup>10</sup> P. ROSSEL, *Le bon juge*, A l'enseigne de l'arbre verdoyant, Paris, 1983, p. 13.

<sup>11</sup> Annali del giornale *l'Aurore*.

<sup>12</sup> Ibidem.

<sup>13</sup> Di seguito alcuni degli estratti pubblicati ne *l'Avenir de l'Ainse*: «Vogliate permettere ad un modesto operaio di Parigi di porvi in nome dei suoi compagni di lavoro e a nome suo felicitazioni e ringraziamenti». Un altro parigino scrisse: «Sono sicuro che se il grande Victor Hugo fosse ancora in questo mondo sarebbe pronto a stringervi la mano», P. ROSSEL, *Le bon juge*, op. cit., p. 18.

<sup>14</sup> Annali del *Journal des débats*.

sua necessaria salvaguardia avrebbe dovuto punire ogni tipo di delinquente. La reazione della *République Française* fu addirittura quella di una condanna senza appello. Essa accusò il magistrato di Château-Thierry di aver agito per procurarsi pubblicità, rimproverandolo ironicamente di non aver personalmente prestato soccorso alla giovane Louise Ménard piuttosto che far scontare il prezzo della sua filantropia ad un povero fornaio<sup>15</sup>.

Paul Magnaud pubblicò una prima emblematica risposta ai suoi accusatori ne *l'Aurore* del 17 marzo 1898. Egli, dopo aver affermato che l'autore di tali commenti «non avrebbe scritto l'articolo se fosse stato digiuno da trentasei ore», sostenne che non un vano sentimentalismo era stato posto a fondamento della sentenza incriminata quanto piuttosto i principi stessi del diritto penale. Tra i capisaldi di quest'ultimo si ritrovava la punizione dell'intenzione. Lo stato di necessità fisica in cui versava Louise Ménard e l'apprensione per la vita del figlio incisero sulla libertà della volontà: «La fame, dopo trentasei ore di digiuno, mi parve una forza alla quale una donna non poteva resistere [...] a casa la sventurata ha la mamma ed il figlio che muoiono di fame. Venite ora a parlarmi di libera volontà e di discernimento possibili in un caso come questo»<sup>16</sup>.

Secondo Magnaud, l'integrazione dell'elemento intenzionale richiesto dal Codice Penale per la punizione del reato di furto difettava di fronte all'irresistibile impulso alla fame. In aggiunta, il magistrato sottolineò l'emanazione di numerose sentenze di assoluzione nei casi di furto avvenuto in circostanze di non evidente bisogno: «Del resto, non si assolvono forse, [...] donne nervose o incinte, le quali rubarono tal e tal altro oggetto, di cui non avevano bisogno? Allora? Come non si applicherà la stessa giurisprudenza all'affamato? Tutta la questione consiste nel sapere se la fame era un pretesto o una necessità reale, assoluta, dominante al momento del furto, e se per conseguenza, la sottrazione fraudolenta si riduca a un gesto istintivo e macchinale»<sup>17</sup>.

Il "buon giudice" riteneva che un comportamento altrimenti illecito (un furto), provocato da una necessità fisica (quella di nutrire se stessa ed il proprio figlio), a sua volta generata da uno stato oggettivo incolpevole (la fame della madre e del bambino per assenza involontaria di risorse) dovesse ritenersi legittimo.

In tali casi, il diritto di proprietà avrebbe dovuto soccombere rispetto alle ragioni della solidarietà sociale di modo che, in ipotesi di conflitto, sarebbero state queste ultime a dover prevalere, specie nei casi di lievi furti di meri mezzi di sussistenza. Magnaud sosteneva, infatti, che l'individuo commette un reato solo quando la matrice della sua azione è di natura "controsociale". Da ciò discendeva che il

---

<sup>15</sup> In particolare, lo si incolpò di esprimere una «visione falsa e della società stessa e del ruolo del magistrato», *Annali della République Française*.

<sup>16</sup> GARZIA CASSOLA, *Il Buon Giudice e il diritto alla vita*, Sentenze e Scritti del Presidente Magnaud, Firenze, G. Nerbini Editore, 1901, pp. 7-8.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

soggetto, privo incolpevolmente di strumenti di sussistenza, il quale fosse indotto a delinquere all'esclusivo fine di assicurare la propria sopravvivenza, non agisse spinto da tale genere di motivazioni.

Il "buon giudice", pertanto, nel sottolineare l'assoluta necessità di un adeguato temperamento tra l'astratta teoria della responsabilità penale e la sua concreta applicazione pratica, sostenne che la pena prevista dalla legge non trovasse giusta applicazione qualora l'azione fosse stata realizzata dal soggetto agente in assenza di uno specifico scopo antiggiuridico da conseguire: quello di pregiudicare il diritto altrui.

Gli ambienti giudiziari francesi si rivelarono profondamente insofferenti nei confronti della "rivoluzione" con la quale il presidente Magnaud avrebbe potuto sconvolgere i costumi giudiziari: la sacralità della proprietà sarebbe stata violata in nome dei diritti dei poveri.

La Corte d'Appello di Amiens non volendo, pertanto, appoggiare espressamente l'operato del "buon giudice", ma temendo, al contempo, l'insorgere di buona parte dell'opinione pubblica che manifestava la propria approvazione nei confronti del Presidente Magnaud, decise di assolvere l'imputata, ma di non fare propria l'audace teoria di quest'ultimo: «Atteso che le circostanze tutte eccezionali del caso non permettono di sostenere che vi sia stata da parte dell'incolpata un'intenzione fraudolenta; senza apportare i motivi del primo giudice rinvia la giovane Ménard alla fine del ricorso senza pena né spese»<sup>18</sup>.

A fondamento delle motivazioni della sentenza della Corte venne posto, pertanto, il dubbio circa la reale sussistenza dell'intento doloso laddove il giudice Magnaud aveva sostenuto la legittimità dell'atto commesso sulla base di una forza alla quale non si poteva resistere.

## **2.- CHIABRANDO E DUBOST: ASSOLUZIONE DI MENDICANTI**

Il carattere anticonformista di Magnaud e la sua sensibilità per le classi sociali svantaggiate si rispecchiano continuamente nelle sue sentenze.

Nove mesi dopo il caso Ménard, il presidente del tribunale di Château-Thierry rilasciò Chiabrando, un vagabondo di soli diciassette anni. Costui, che aveva abbandonato il proprio lavoro e intenzionalmente lasciato il ricovero che lo aveva ospitato, era stato nuovamente arrestato per aver elemosinato del pane. La lunga sentenza di assoluzione del 20 gennaio 1899 prende avvio dalla delineazione delle dure condizioni di vita passate e presenti dell'imputato; in particolare, nella pronuncia risulta essere dettagliatamente descritto lo stato di inadeguatezza dell'ospizio al quale il giovane era stato affidato. Secondo Magnaud, infatti, la mera

---

<sup>18</sup> M. SAUDON, *Paul Magnaud «le bon juge» au service du pot de terre, Préface d'Henry Leclerc*, Riveneuve éditions, Paris, 2011, p. 63.

presenza di un ricovero per mendicanti non rappresentava una condizione sufficiente per assicurarne la giusta assistenza; risultava essere necessario che il numero di posti in esso previsti fosse adeguato alle richieste e che gli ospiti accolti lo fossero nella loro dignità<sup>19</sup>.

Nella parte prettamente "giuridica" delle motivazioni si procede con l'analizzare il reato di mendicizia a proposito del quale vengono distinti i tratti dell'abitudine e dell'occasionalità: colui il quale, spinto dalle ineluttabili necessità della sopravvivenza, implora ed ottiene un pezzo di pane al solo scopo di sfamarsi, non commette reato di mendicizia. Il caso Chiabrando «non implica alcuna colpa e di conseguenza alcuna repressione e deve essere considerato un caso di forza maggiore, a cui la seconda parte dell'articolo 64 del codice penale, inteso in senso liberale, elimina ogni carattere delittuoso poiché discende dal diritto alla vita, questo patrimonio intangibile dell'essere umano»<sup>20</sup>.

Ancora una volta, Magnaud richiama in causa le manchevolezze della struttura sociale: «la società, il cui primo dovere è di soccorrere quelli de' suoi componenti che sono realmente disgraziati, nel caso nostro non ha saputo applicare a uno di questi la legge promulgata da lei stessa e che, se ella avesse fatto ciò che le spetta, poteva impedire la determinazione di quanto oggi rimprovera all'imputato»<sup>21</sup>.

Nella limpidezza delle sue considerazioni, Magnaud fa scaturire la seguente domanda: l'organizzazione sociale al momento di richiedere il rispetto di una legge da essa stessa posta, ha per prima onorato i doveri che le spettano? La risposta sembra essere scontata: se la società vuole esercitare il suo diritto di punire, ed è obbligata a farlo qualora voglia preservare la sua salvaguardia, dovrà preliminarmente adempiere ai doveri che a tale diritto corrispondono.

Ciò non implicava, secondo Magnaud, che lo Stato dovesse abdicare al suo diritto di punire. Agli inizi del Novecento, il giornale *Le Figaro* lanciava un dibattito volto a far emergere le opinioni prevalenti in relazione all'esercizio tale diritto. Il "buon giudice" nel suo intervento manifestò il proprio convincimento circa il diritto della società di punire anche molto rigorosamente quelli tra i suoi componenti che turbassero, senza alcuna scusante, la sicurezza materiale e morale della stessa. Tuttavia, precisava: «Il giudice, incaricato d'applicare la pena in nome della società [...] deve esaminare anche se l'atto punibile non sia il risultato, per lo meno indiretto, di qualche lacuna sociale; e se in coscienza crede che la società non abbia fatto tutto quello che poteva o doveva fare, la colpa della società che processa dovrebbe diminuire, ai suoi occhi, la colpa del processato e talvolta anche sopprimerla»<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> IVI., p. 68.

<sup>20</sup> Ibidem.

<sup>21</sup> GARZIA CASSOLA, *Il Buon Giudice e il diritto alla vita*, cit, pp. 28-29.

<sup>22</sup> IVI., p. 35.

Il caso Chiabrando, da un lato, alimentò nuovamente l'entusiasmo di una cospicua fetta dell'opinione pubblica, dall'altro, intensificò l'inimicizia già presente negli ambienti giudiziari nei confronti del giudice Magnaud. Venne interposto appello alla sentenza così come era stato fatto per il caso Ménard.

La Corte d'Appello, per evitare di confermare il giudizio di prima istanza, attribuì al fatto in esame la qualificazione giuridica di mendicizia professionale onde poter condannare il giovane mendicante a due giorni di prigione, pena però largamente coperta dalla detenzione preventiva già scontata dal giovane Chiabrando che venne, dunque, rilasciato.

Lo "smarrimento" sociale non alimenta soltanto la povertà; esso agisce altresì come elemento che demoralizza e demotiva fortemente l'individuo arrivando, talvolta, a minarne le strutture psichiche. Era questa una delle più profonde convinzioni di Magnaud ed anche a tale penosa condizione egli tentò di reagire con la sua giurisprudenza.

Due mesi più tardi il caso Chiabrando, il "buon giudice" rilasciò nuovamente un mendicante deferito innanzi a lui. In tale occasione, non si trattava di un adolescente ma di un uomo avente a suo carico quarantadue condanne. Progressivamente, di condanna in condanna, tale Dubost aveva perso l'abitudine al suo mestiere di "legatore" di libri. L'imputato, pur riconoscendo di vivere consuetamente di elemosina, dichiarò di esservi costretto dalle proprie condizioni di salute, oramai tali da non consentirgli più lo svolgimento di alcun lavoro. Magnaud non accontentandosi della deposizione dell'uomo richiese l'intervento di un esperto che si esprimesse sullo stato psico-fisico del convenuto<sup>23</sup>. Dal contenuto della perizia emerse non solo come Dubost non fosse in grado di provvedere ai bisogni della sua esistenza ma come il mendicante si fosse rassegnato al suo *status* e sperasse in una condanna che avrebbe potuto consentirgli di godere della protezione del carcere<sup>24</sup>.

Secondo il presidente del Tribunale di Château-Thierry la cattiva sorte non poteva essere una colpa, né la miseria un reato: «il solo fatto di non aver domicilio certo, né mezzi di sussistenza e di non esercitare abitualmente né mestiere, né professione, in una parola di essere semplicemente un disgraziato, per colpa propria o no, è delitto allora solamente quando un pregiudizio morale o materiale incorse altrui [...]»<sup>25</sup>.

---

<sup>23</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit, p. 102.

<sup>24</sup> Così recita la sentenza: «Che il suo senso morale essendo, in parte, atrofizzato, egli considera la prigione, ove se ne giace a letto, e dove persistentemente domanda far ritorno, come una di quelle opere pie ospedaliere che la società trascurò di impiantare in quantità sufficiente, in favore dei disgraziati come lui, per ovviare così efficacemente alla mendicizia e, allo stesso tempo, al vagabondaggio», LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, *op. cit.*, p. 103-104.

<sup>25</sup> IVI., p. 104.

Tali pregiudizi non potevano essere ascritti a Dubost il quale ebbe: «energia ed onestà naturale per resistere, egli in miseria, ad ogni tentazione del bene altrui»<sup>26</sup>.

### 3.- I DIRITTI DEI LAVORATORI

In linea con le nuove esigenze della società del suo tempo, Magnaud sollevò lo scandalo per la violazione di alcuni diritti, denunciò la mancata attuazione di altri e la cattiva coscienza di chi li negava, lottando al fine di creare le condizioni politiche per ottenerne un riconoscimento effettivo. Anche sotto tale aspetto, il "buon giudice" potrebbe essere considerato un innovatore: ciò nella misura in cui, in qualche modo, evidenziò come i Tribunali potessero fornire un importante contributo alla generale rappresentatività del sistema.

Le Corti, per dirlo con un linguaggio contemporaneo, possono infatti offrire tutela nell'ambito del *judicial process* a gruppi che non sono in grado di ottenere accesso al *political process*.

In tale direzione si mossero molte delle sentenze del giudice Magnaud: in primo luogo, quelle attinenti ai diritti dei lavoratori con specifica attenzione alla problematica relativa agli incidenti sul lavoro e al diritto di sciopero. Con riferimento alla prima tematica, pare opportuno far riferimento ad una particolare sentenza: quella del 17 gennaio 1900<sup>27</sup>. Con tale provvedimento, il Tribunale di Château-Thierry stabilì la condanna di un datore di lavoro al pagamento di un'indennità a favore della famiglia di un operaio, morto in seguito alla caduta di un masso durante lo svolgimento della propria attività lavorativa.

Tale sentenza rappresentò il risultato di un'interpretazione particolarmente "sensibile" da parte del "buon giudice" della legge del 9 aprile 1898 secondo la quale, gli operai vittime di infortuni a causa del lavoro avrebbero avuto diritto «[...] a un'indennità a carico del capo dell'impresa» a condizione che l'interruzione del lavoro fosse stata «superiore ai quattro giorni»<sup>28</sup>. Il presidente Magnaud pur esprimendosi favorevolmente sulle ricadute che tale legge ebbe in ambito giuridico, non mancò di ribadire la necessità di un atteggiamento di identificazione da parte del giudice nei confronti di quegli imputati che versavano in drammatiche condizioni: «non bisogna perdere di vista che la legge del 9 aprile 1898 sugli infortuni sul lavoro, fu fatta specialmente per migliorare la sorte dei lavoratori e della loro famiglia [...] e, quindi, in omaggio al voto del legislatore, essa debba essere interpretata nel modo più favorevole agli operai»<sup>29</sup>.

---

<sup>26</sup> Ibidem.

<sup>27</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit, pp. 299-303.

<sup>28</sup> Legge 8 aprile sugli infortuni sul lavoro, art. 1; riprodotto in A. BARBIERI, *Lo Stato sociale in Francia*, Donzelli Editore, Roma, 1999, p. 360.

<sup>29</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, op. cit., p. 301.

Dalle ragioni del giudizio emerge un'ulteriore importante presa di posizione del giudice Magnaud rispetto alla disparità di condizioni intercorrente tra l'operaio ed il datore di lavoro: «Solamente l'operaio che produce è quegli il quale espone la salute o la vita a profitto esclusivo del padrone, che non può compromettere se non il capitale». Ne discende che il padrone abbia «il diritto, il dovere ed il potere di sorvegliare il suo operaio come di sventarne le imprudenze, tanto più che l'operaio non può per la sua condizione instabile e subordinata, che opporsi timidamente, e nella tema di essere licenziato, ai mezzi spicci del padrone che per essi, spesso, realizza più forti benefici»<sup>30</sup>.

Con riferimento ai diritti dei lavoratori, l'altro ambito nel quale il giudice Magnaud ebbe modo di far emergere la sua visione progressista fu quello inerente al diritto di sciopero.

Nell'udienza del 7 dicembre 1899, il presidente Magnaud condannò un datore di lavoro ai danni più gli interessi nei confronti di un operaio che era stato licenziato per motivi di sciopero. Il caso era quello di un proprietario terriero che aveva assunto raccoglitori di grano per una paga di 40 franchi l'ettaro per poi imporre loro l'ulteriore raccolta dell'avena a 20 franchi l'ettaro. Tutti gli operai accettarono le nuove ingiuste condizioni tranne uno, un certo G., il quale peggiorò la sua posizione ingiungendo ai suoi compagni di rifiutare l'aggravio di lavoro sottopagato e di interrompere anche la falciatura del grano.

Dovendo giudicare tale causa, il giudice Magnaud si schierò apertamente a favore del diritto dei lavoratori allo sciopero. A meno della precisazione secondo la quale l'operaio incriminato, suggerendo ai suoi compagni di cessare il lavoro anziché accettare le nuove condizioni imposte, non si era servito di alcuna violenza o minaccia, né fisica, né morale e che pertanto andava esclusa l'applicazione dell'art. 414 del Codice Penale, secondo il "buon giudice": «operando in questo modo, il mietitore G., non ha fatto altro che usare l'incontestabile diritto di tutti i lavoratori, ai quali la retribuzione del loro lavoro pare, a torto o a ragione, insufficiente, di arrivare con mezzi leciti a più alta remunerazione»<sup>31</sup>.

A ciò, Magnaud aggiunse nelle motivazioni della sentenza un'affermazione riecheggiante lo spirito di solidarietà e di vicinanza alla condizione dei lavoratori: «questo diritto non solamente appartiene all'operaio come tale, ma a tutti coloro, i quali, pur senza far parte del proletariato, ne prendono le difese e cercano per consigli illuminati e disinteressati, migliorarne le sorti»<sup>32</sup>.

Secondo il presidente del Tribunale di Château-Thierry, incoraggiare la diffusione di atteggiamenti di "solidarietà" nei confronti della classe operaia avrebbe favorito l'acquisizione da parte

---

<sup>30</sup> IVI., p. 300.

<sup>31</sup> IVI., p. 315.

<sup>32</sup> Ibidem.

di quest'ultima di una maggiore consapevolezza dei propri diritti nei confronti dei datori di lavoro.

#### **4.- I DIRITTI DELLE DONNE E LA TUTELA DEI MINORI**

Ulteriori tentativi di rinnovamento sociale condotti da parte del giudice Magnaud attengono all'ambito dei diritti delle donne e della tutela dei minori.

In relazione alla prima di tali questioni, va precisato come da un punto di vista giuridico, la donna francese del XIX secolo vedesse gravare su se stessa due tipologie di incapacità legale: quelle derivanti dal genere e quelle imposte dallo statuto matrimoniale. Nell'ambito dell'insegnamento scolastico, sebbene la legge Falloux avesse imposto ai comuni di una certa dimensione di aprire anche una scuola femminile, più difficile rimaneva far accedere le donne agli studi superiori e soprattutto alle professioni che ne costituivano lo sbocco. La professione forense, ad esempio, venne aperta alle donne solo nel 1900<sup>33</sup>. Le condizioni di esistenza delle donne dunque, esulando per taluni aspetti dalle borghesi, si presentavano all'epoca del "buon giudice" come estremamente dure. Un importante esodo rurale caratterizzava tale periodo: ogni anno numerosissime contadine arrivavano a Parigi o nelle grandi città di provincia allo scopo di divenire domestiche e sfuggire alla miseria. Non è raro che, in tali condizioni, esse venissero sedotte e ingravidate dai cosiddetti "figli di famiglia" i quali lasciavano esclusivamente a loro carico il mantenimento dei figli nati. Allo stesso destino non sfuggivano le operaie, vittime di violenze da parte dei datori di lavoro.

Nel maggio 1898, il presidente Magnaud si trovò ad affrontare un caso come se ne presentavano di frequente.

Eulalie Michaud era una giovane operaia che, lasciata da un uomo poi disattesa promessa di matrimonio, rimase incinta del figlio di un industriale di Château-Thierry. Nel periodo immediatamente successivo al parto, costui, anche se modestamente, aveva provveduto al sostentamento della donna e a quello del bambino. Tale sussidio si configurava come essenziale per costei dal momento che, in seguito alla scoperta della gravidanza, era stata licenziata per essere successivamente reintegrata con un salario notevolmente ridotto rispetto al precedente. Trascorso non molto tempo, l'uomo decise di abbandonarla e, con lei, suo figlio. Fu in tale situazione di miseria e di sconvolgimento psicologico che la giovane madre, vedendo il suo seduttore in atteggiamenti equivoci con un'altra donna, prese ad insultarlo lanciandogli delle pietre, con il risultato di ferirlo leggermente. Nei confronti della giovane madre, colpevole di violenze minori, la legge prevedeva una sentenza di

---

<sup>33</sup> Sul punto, G. DUBY-M. PERROT, *Histoire des femmes en Occident*. III: *Le XIX siècle*, Ilon, Paris, 1991; trad. it. *Storia delle donne in Occidente*. V: *Il Novecento*, Laterza, Roma-Bari, 1995.

condanna ed il giudice Magnaud non avrebbe potuto non prenderne atto. Tuttavia, costui si mostrò nei confronti della sventurata quanto più clemente possibile, facendole beneficiare delle circostanze attenuanti e condannandola al minimo della pena, in seguito sospesa, ed al pagamento di un solo franco di ammenda.

Le motivazioni del giudizio, come sempre, furono espresse con estrema chiarezza: «un tale stato di cose, il quale mette spesso la donna abbandonata nella terribile alternativa del delitto o della disperazione, è proprio a scusare larghissimamente gli atti e le violenze alle quali può lasciarsi trascinare una donna contro colui, che ha il cuore indurito ed assai basso il sentimento morale, perché essa sopporti, malgrado la comoda condizione di lui, tutti i pesi della maternità»<sup>34</sup>.

L'inganno cui erano sottoposte le fanciulle sedotte con promessa di matrimonio ed il loro conseguente abbandono una volta rimaste incinte era causa non solo di miseria ma spesso anche di infanticidio, prostituzione, furto, mendicizia: trascinava, dunque, le madri e i bambini a delinquere. Dal canto suo, l'uomo non incorreva in responsabilità alcuna: era solo la donna a doversi addossare le conseguenze della sua presunta colpa.

Nell'essere posto dinnanzi a siffatta delicata problematica, il giudice Magnaud evidenziò, ancora una volta, le mancanze della società: «la quale lascia ad una giovane madre tutto il peso del figlio che concepiva, quando il certo autore del concepimento può agevolmente liberarsi da ogni materiale responsabilità»<sup>35</sup>.

Altro aspetto di forte innovazione del giudizio in analisi riguarda il profilo della paternità. Secondo il presidente Magnaud sia l'uomo che la donna sono ambedue responsabili per la crescita, l'educazione ed il mantenimento del figlio dal momento che ambedue hanno concorso a procrearlo.

Niente di più chiaro è espresso nelle motivazioni della stessa sentenza: «quando un figlio nasce da queste relazioni e l'uomo, come nel caso in esame, se ne riconobbe il padre, sarebbe superlativamente ingiusto lasciarne sopportare il peso soltanto alla donna, la quale pativa già tutti i dolori ed i rischi della maternità»<sup>36</sup>.

Il "buon giudice" riteneva che a tutela del sommo diritto alla vita, dovesse corrispondere da parte di entrambi i genitori l'obbligo, non meno sommo, di assumersi la responsabilità delle proprie azioni: «non è solamente un figliuolo nato dalle loro relazioni, ma pure l'obbligazione morale di allevarlo e provvedere ai suoi bisogni ed alla sua educazione: obbligazione che debba trovare sanzione nella legge; che la parte di colpa dell'uomo è, almeno, uguale a quella della donna

---

<sup>34</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit, 198-199.

<sup>35</sup> IVI., p. 199.

<sup>36</sup> IVI., 208.

nella costanza delle loro relazioni; e la nascita del figlio è un fatto tanto dell'uno quanto dell'altra»<sup>37</sup>.

Altro contesto nel quale il "buon giudice" manifestò la propria sensibilità innovatrice fu quello della tutela dei minori.

Il Codice penale francese del 1810 prevedeva che i fanciulli che avessero commesso un piccolo furto fossero condotti dinnanzi al tribunale e condannati solo qualora avessero compiuto almeno sedici anni. Negli altri casi, al giudice non rimaneva altra scelta se non quella di restituirli alla loro famiglia o, qualora essa non potesse assumersene l'onere dell'educazione, inviarli in case di correzione. Una delle sentenze rese in merito dal Tribunale di Château-Thierry, in particolare quella del 10 giugno 1898, riguardò il caso di un bambino, minore di sedici anni, che aveva volontariamente e per sua stessa ammissione appiccato il fuoco ad un mucchio di biada e che, ciò nonostante, venne assolto con invio in una casa di assistenza.

Due i fondamentali profili di innovazione della sentenza. Da un lato, la messa in evidenza delle responsabilità genitoriali e della conseguente relazione tra infanzia abbandonata a se stessa o maltrattata e infanzia "delinquente": «risulta che i parenti di questo giudicabile non hanno i mezzi sufficienti a sorvegliarlo, né la necessaria energia per mantenerlo sulla buona via»<sup>38</sup>. Dall'altro lato, la denuncia dell'inadeguatezza e della pericolosità delle case di correzione: «malgrado ogni cura e sorveglianza dell'amministrazione penitenziaria, le case di correzione, pel contatto coi ragazzi viziosi rinchiusivi, sono quasi come scuole di demoralizzazione e di preparazione a crimini e delitti ulteriori»<sup>39</sup>. Dunque, onde evitare la perdizione certa e definitiva del fanciullo il giudice Magnaud decise, sulla base dell'art. 5 della legge 19 aprile 1898, di non affidare il giovinetto ai suoi genitori, né di rinchiuderlo in una casa di correzione ma di consegnarlo alla custodia di un'istituzione caritatevole, fino al compimento del diciottesimo anno d'età.

Ulteriore testimonianza dell'attenzione riservata dal giudice Magnaud alla condizione dei minori è data da una sentenza di condanna nei confronti di entrambi i genitori a causa delle violenze inferte alla loro bambina di due anni da parte del patrigno.

Il giudizio risulta essere degno di nota soprattutto per l'aperta posizione assunta dal giudice con riguardo all'applicazione della legge da parte della magistratura: «se in molti casi il giudice può apprezzare con indulgenza l'inosservanza di certe leggi penali, in conseguenza di miseria immeritata, egli deve, invece mostrarsi rigorosissimo per tutte le infrazioni a quelle leggi che sono a protezione dell'infanzia, e che meritano approvazione e rispetto da parte di tutti»<sup>40</sup>.

---

<sup>37</sup> Ibidem.

<sup>38</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD, cit, p. 244.

<sup>39</sup> Ibidem.

<sup>40</sup> IVI., pp. 235-236.

Le parole di Magnaud valgono a sottolineare come il suo operato non si caratterizzasse per l'impiego di un'indiscriminata filantropia nello svolgimento della sua attività. Anzi, secondo il "buon giudice", l'attuazione della legge avrebbe dovuto essere realizzata in modo severo in tutti i casi in cui fosse stata riscontrabile un'indubbia intenzione criminosa, al contrario delle ipotesi in cui l'azione delittuosa avesse costituito l'esito di uno stato di degenerazione materiale e psicologica incolpevolmente attraversato dall'imputato.

Con circa tre quarti di secolo d'anticipo, Magnaud si configurò come un innovatore anche con riferimento al delicato problema della custodia dei minori. Nella pratica giudiziaria del tempo la custodia di questi ultimi veniva affidata alla madre, ritenuta per natura la più adatta ad occuparsi dei bambini, specie se in tenera età. Ciò implicava che al di fuori del diritto di visita, il padre avrebbe perduto il diritto di occuparsi dei figli.

Fu nel 1902 che il "buon giudice" applicò una soluzione che può essere rassomigliata all'odierno affidamento congiunto. Nelle motivazioni della sentenza si legge: «[...] il signor Toussirot, se ha potuto mostrarsi debole è nondimeno laborioso, risparmiatore, sobrio ed incapace di fornire cattivi esempi ai suoi bambini [...] dunque non ha da alcun punto di vista meritato questa sorte di diminuzione della patria potestà in relazione alla custodia dei figli». Il tribunale di Château-Thierry procedette, innanzitutto, con l'evidenziare alcuni attributi positivi del padre, qualità che erano tali da non giustificare un allontanamento di costui dai suoi bambini.

In seguito, tenuto conto dell'immutato affetto dei fanciulli nei confronti di entrambi i coniugi, il collegio dei giudici presieduto da Magnaud optò per la custodia congiunta in capo a questi ultimi: «[...] dal momento che i due bambini non persero nulla del loro affetto per loro padre e loro madre, è il caso di decidere che ciascuno di loro resterà, per un anno, a turno dai loro genitori [...] conviene anche di decidere che ogni 15 giorni, una domenica o un giovedì pomeriggio, ad eccezione del fatto che non vi sia un'impossibilità materiale per la presenza di eccessiva distanza, uno dei genitori avrà il diritto di vedere quello dei bambini affidato alla custodia dell'altro [...] »<sup>41</sup>

## **5.- L'INTERVENTO IN POLITICA**

A partire dall' "affaire Ménard" il giudice Magnaud si impegnò nella delineazione di una giurisprudenza originale rispetto a quella consueta; una giurisprudenza volta ad offrire maggiore tutela agli umili, ai diseredati dalla fortuna. Gli articoli di giornale non smisero di susseguirsi ad ogni nuova sentenza e i giudizi di approvazione arrivarono, oltre che dalle persone comuni, da sindacati e associazioni di vario genere. Tuttavia, accanto ai numerosi elogi, il presidente Magnaud conobbe anche l'odio e la denigrazione sistematica.

---

<sup>41</sup> P. ROSSEL, *Le bon juge* cit, p. 66.

Inizialmente, le critiche erano state relativamente misurate. Rapidamente, si ritenne che le sentenze del "buon giudice" costituissero una vera e propria sfida all'ordine sociale<sup>42</sup>.

Nonostante ciò, la sua popolarità lo portò ad essere nominato presidente d'onore del Congresso dell'Umanità e, in qualità di tale riconoscimento, ad essere ricevuto dal Presidente della Repubblica Émile Loubet nel 1901. Il discorso pronunciato dal giudice Magnaud fu riassuntivo del suo pensiero. Nell'elencare le linee guida del Congresso egli citò: «la solidarietà, la fraternità, l'uguaglianza, l'unità e la libertà; orientamenti che si tratta di perseguire o di realizzare per conseguire la pace, l'amore e la giustizia. Il Congresso considera l'umanità nella sua interezza, nei suoi due principi femminile e maschile che soli costituiscono l'essere umano reale nel suo intero; ecco perché i nostri comitati sono misti»<sup>43</sup>.

A meno di ciò, nonostante le diffuse attestazioni di stima, il "buon giudice" rimase, nell'esercizio delle sue funzioni, sistematicamente ostacolato dalla Corte di Amiens durante i regolari appelli alle sue sentenze.

In ogni caso, la notorietà che stava investendo il presidente del piccolo Tribunale di Château-Thierry finì con l'attirare in misura sempre crescente l'interesse di alcune correnti politiche, in particolare, quello del partito radicale e radicale-socialista. Clemenceau in persona si espose a favore della candidatura alla Camera del giudice Magnaud, il quale, fermo restando l'accordo ad essere reintegrato in magistratura una volta terminato il mandato parlamentare, si presentò alle elezioni riuscendo a battere il suo avversario.

Obiettivo di Magnaud alla Camera dei Deputati fu di «far penetrare lo spirito democratico nella magistratura e orientare le sue sentenze verso l'equità e l'umanità»<sup>44</sup>. La proposta di riforma della magistratura avanzata da Magnaud ruotava intorno a due punti essenziali: l'elezione diretta dei magistrati e l'instaurazione del giudice unico.

Accanto alle proposte di modifica della magistratura, Magnaud intervenne nel corso di un dibattito particolarmente sentito in Francia in quel periodo: quello relativo all'abolizione della pena di morte: «[...] se nell'ordine spirituale, alcuni hanno la buona fortuna di credere nell'infalibilità di un uomo, nessuno nell'ordine temporale, è convinto dell'infalibilità del giudice [...] Signori, per l'onore della società, per l'onore della Repubblica e dei suoi principi, cancellate per sempre dai nostri codici l'infame legge del taglione e rimanete ben convinti che la giustizia non sarà veramente giustizia che nel giorno in cui voi avrete cessato di farne uno strumento di vendetta

---

<sup>42</sup> Sul punto, tra gli altri, J. CAUVIERÉ, *Le bon juge, Étude de mœurs contemporaines*, P. Lethielleux, Libraire-Éditeur 10, Ruz Cassette 10, Paris, 1907.

<sup>43</sup> M. SAUDON, *Paul Magnaud «le bon juge» Préface d'Henry Leclerc*, cit., p. 108.

<sup>44</sup> IVI., p. 118.

sociale»<sup>45</sup>. Ad incidere fortemente su tale discussione fu un episodio particolarmente tragico: l'uccisione in seguito a violenza della piccola Marthe Erbeding da parte del vicino di casa Albert Soleilland. Tale episodio condizionò a tal punto l'atteggiamento dell'opinione pubblica e di buona parte dei parlamentari che la proposta di abolizione venne rigettata.

Cionondimeno, Magnaud perseverò nella sua lotta per la riforma della magistratura. Tuttavia, nonostante l'impegno profuso le sue proposte di modifica non vennero approvate. Il cocente insuccesso parlamentare lo indusse a non ricandidarsi alle elezioni dell'aprile-maggio 1910 e a chiedere di essere reintegrato in magistratura.

## 6.- IL RAMO DISCENDENTE DELLA PARABOLA

Il primo agosto del 1914, il Primo Conflitto Mondiale ebbe inizio. In seguito alla conclusione di quest'ultimo, al quale il "buon giudice" era stato pure chiamato a partecipare nei ranghi dell'esercito, il suo nome venne evocato soltanto un'ultima volta nella tribuna politica. Un gruppo di senatori, propose un progetto di legge che prevedeva la possibilità di riconoscere al giudice il potere di rilasciare, in determinate circostanze, l'imputato anche qualora il reato fosse stato accertato. Si trattò, in altri termini, della riproposizione della "legge del perdono" per la quale in passato tanto si era speso Magnaud. Quando costui sentì parlare di tale proposta dalla stampa, si affrettò ad indirizzare al relatore una lettera per ricordare la sua concezione in merito: « [...] il diritto di perdonare un essere umano particolarmente degno di interesse per il suo pentimento e per i suoi leali antecedenti, sarebbe suscettibile di rendere definitivo il suo recupero morale e aumenterebbe e nobiliterebbe il ruolo del giudice [...] il diritto di perdonare non fa correre nessun danno alla fermezza della repressione, poiché permette al giudice di essere clemente in alcuni casi, niente affatto patetici, non privandolo della facoltà di essere severo in altri, secondo le circostanze gravi che lo circondano»<sup>46</sup>.

Questa fu l'ultima eco delle parole di Paul Magnaud nell'arena del dibattito pubblico.

Il "buon giudice" morì il 27 luglio 1926 all'età di settantotto anni. Sua moglie, che non gli sopravvisse se non qualche mese, fece realizzare sulla sua tomba l'iscrizione: «Il buon giudice».

Solo qualche giornalista annunciò il suo decesso, tra di essi Marguerite Durand, la direttrice del quotidiano femminista *La fronde* che aveva assunto come segretaria Louise Ménard in seguito al suo rilascio.

---

<sup>45</sup> IVI., p. 124-126.

<sup>46</sup> P. ROSSEL, *Le bon juge*, cit., pp. 172-173.

## 7.- IMMAGINE DEL GIUDICE MAGNAUD NEGLI AMBIENTI INTELLETTUALI FRANCESI ED ESTERI

Alcune delle critiche rivolte a Magnaud furono avanzate da parte di chi ci si poteva immaginare fosse suo alleato. In particolare, l'attività del "buon giudice" suscitò una reazione piuttosto vivace presso le correnti francesi promotrici di una nuova teoria delle fonti. Nello specifico, Gény, si espresse nei termini di una «giurisprudenza del sentimento», o della passione. Con lo spirito tagliente che lo caratterizzava, costui affermò riguardo alle sentenze di Magnaud che «se si prendono i giudizi nel loro insieme, gli uni favorevoli agli sventurati, gli altri severi nei confronti dei privilegiati, risentono di uno spirito di bassa politica e lasciano venir fuori un odore di letteratura elettorale». Ed ancora, egli usò espressioni quali «capriccio di giurisprudenza» e «impressionismo giudiziario», nella misura in cui le decisioni del giudice di Château-Thierry non risultavano essere in alcun modo impregnate della «critica scientifica dell'interpretazione tradizionale»<sup>47</sup>. Secondo Gény, pur senza ignorare l'ingegnosità della maggioranza delle soluzioni proposte dal "buon giudice", non si poteva non sottolineare come esse eccedessero il normale livello di "audacia" della giurisprudenza francese. Ma era il metodo, «l'apprezzamento soggettivo, che domina e anima, allo stesso tempo, tutti i giudizi» che sembrava allo studioso criticabile, tanto più che esso non si collegava né «agli elementi scientifici del diritto» né si lasciava guidare «dalle esigenze della vita sociale». Queste idee «umanitarie» e «sentimentali», questa simpatia «un po' cieca, per gli sventurati ed i deboli», non potevano legarsi a ciò che Gény intendeva per giustizia obiettiva. Tuttalpiù poteva parlarsi, con riferimento all'operato di Magnaud, al massimo di un'«equità soggettiva» che pretendeva di correggere o ignorare la legge<sup>48</sup>.

Ciononostante nel 1900, le principali sentenze di Magnaud furono raccolte in un volume, cui ne fece seguito tre anni più tardi un secondo. Notevole fu la risonanza dell'opera, non solamente in Francia ma anche in Europa, dove il "compendio" fu presto tradotto prima in Italia, nel 1901, poi in Spagna, nel 1904. Il giornalista Henry Leyret, autore dei due volumi, descrisse Magnaud come giudice di ampie vedute e patriota repubblicano. Secondo Leyret la giurisprudenza di Magnaud «non ha fatto altro che introdurre l'umanità nella legge»<sup>49</sup> la qual cosa avrebbe comportato, con riferimento alla tradizione, dei giudizi rivoluzionari; in questo senso,

<sup>47</sup> F. GÉNY, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Parigi, LGDJ, t. II, pp. 307, 291, 305.

<sup>48</sup> F. GÉNY, *Science et Technique en droit privé positif. Nouvelle contribution à la critique de la méthode juridique*, Paris, Sirey, t. I, 1922 (1914), p. 33.

<sup>49</sup> LE SENTENZE DEL PRESIDENTE MAGNAUD riunite e commentate da Enrico Leyret, cit., *Introduzione* pp. 1-29.

per il giornalista francese le sentenze del "buon giudice" procedevano di pari passo con il progresso sociale.

La raccolta di Leyret fu tradotta in italiano molto rapidamente. Autore della traduzione fu un giudice di Campobasso: Raffaele Majetti. Nella prefazione a detta traduzione Majetti assunse quale punto di partenza i profondi mutamenti cui normalmente incorre la società: egli sottolineò come dalla scienza all'economia, dalla religione all'arte, ogni ambito della vita risentisse senza sosta di fremiti di rinnovamento. Il giudice italiano sosteneva che, in circostanze di tal genere, il diritto non avrebbe dovuto configurarsi quale insieme di precetti giuridici astratti ma piuttosto quale strumento di concretizzazione delle norme fondamentali di quell'ordinamento giuridico che è la vita. Di qui, la necessità di una giustizia frutto di una rinnovata sensibilità sociale. Secondo Majetti: «Si può, quando occorra, violare una legge scritta ed anche lacerare un codice, ed essere giustissimo; si può obbedire puntualmente ad ogni legge ed essere il più turpe e corrotto degli uomini. Vi è qualche cosa di superiore, di intimo all'uomo, che costituisce l'essenza del Diritto ed è l'intendimento morale, cioè la giustizia nuova». «Singolare apostolo» di tale giustizia nuova era, per il magistrato molisano, il giudice Magnaud, da lui definito non come clemente e caritatevole ma semplicemente come giusto dal momento che «vivificò con gagliardo e profondo sentimento quella *aequitas* onde i Romani temperavano le *inequitates juris*».

Per Majetti il carattere sociologico della giurisprudenza di Magnaud, l'instancabile lotta per la propria indipendenza intellettuale, la resistenza all'opposizione di colleghi e superiori, ne facevano un magistrato «singolare e rispettabile»<sup>50</sup>.

Majetti collegò tale concezione circa il ruolo dei giudici alle tematiche fatte proprie dal movimento del diritto libero realizzando anche la traduzione italiana del *phamplet* di Kantorowicz *La lotta per la scienza del diritto* che comparve in Italia nel 1908. In particolare, Kantorowicz, nell'edizione italiana della sua opera, ritenne il giudice Magnaud e le sue sentenze quali «fenomeni assolutamente necessari» nella misura in cui l'allora legislazione francese si configurava come immobile e conservatrice e, con essa, la giurisprudenza consolidata<sup>51</sup>.

## 8.- CONCLUSIONI

L'inchiostro di numerose penne ha designato il percorso del "buon giudice" attraverso la locuzione "fenomeno Magnaud" quasi a voler designare la manifestazione di un evento giurisprudenziale passeggero caratterizzato da uno spirito insofferente al dettato normativo mal celato sotto la maschera dell'equità. Episodio

---

<sup>50</sup> IVI., pp. VI-XX.

<sup>51</sup> IVI., p. 139.

transeunte dunque ma tuttavia pericoloso per la sua possibile incidenza sullo *status quo* consolidato e per la salvaguardia di uno dei principi cardine dello Stato moderno: la certezza del diritto. *Nulla quaestio* pertanto circa le ragioni poste a fondamento dell'atteggiamento di ostilità che molti degli ambienti politici, scientifici e giudiziari del tempo manifestarono nei confronti di una tale singolare figura.

A meno di ciò, pur nel complesso e probabilmente "ingiusto" tentativo di estrapolazione dal contesto spazio-temporale di appartenenza, ci si interroga sulla possibilità/opportunità di proiettare nella realtà presente l'immagine del giudice Magnaud in modo da poterla porre, per certi versi, quale eventuale modello di riferimento cui rapportarsi nell'esercizio della funzione giudiziaria, in una congiuntura storico-sociale nella quale sempre più si assiste alla crescita esponenziale del ruolo del giudice e della fonte giurisprudenziale nell'esperienza giuridica.

Nell'interrogarsi su tale questione la prima considerazione che viene alla mente è quella relativa alla relazione che, secondo Magnaud, sarebbe dovuta intercorrere tra il giudice-interprete e la legge quale oggetto-strumento della sua attività. Dalla lettura delle sue sentenze sembrerebbe emergere come il giudice di Château-Thierry ritenesse di dover indirizzare alla legge uno sguardo rinnovato che fosse in grado di cogliere in essa non la sola espressione del diritto *ex parte potestatis*<sup>52</sup> ma anche di scorgere entro i suoi confini la manifestazione di un diritto di diversa natura, quello *ex parte societatis*. In tale prospettiva, l'interprete avrebbe dovuto sicuramente rispettare la legge quale riflesso del diritto *ex parte potestatis* ma solo nella misura in cui quest'ultima fosse stata a sua volta capace di "assimilare" le *rationes* del diritto *ex parte societatis*. Si potrebbe sostenere che, accanto alla fonte di legittimazione legata all'*auctoritas* Magnaud affiancasse la *ratio*, intesa nel senso premoderno di ragion pratica volta ad orientare l'agire verso il giusto<sup>53</sup>. Il "buon giudice" evidenziò come la legge del suo tempo, per quanto ritenuta espressione del popolo sovrano, in realtà altro non fosse che la prova tangibile degli interessi dei rappresentanti di ristrette oligarchie avulse dalla società civile, fortemente condizionate dal capitale economico e arroccate ai propri privilegi di casta. Tuttavia Magnaud ancorò i suoi giudizi ai testi autoritativi. In una delle sue più celebri repliche alle numerose accuse di "boicottaggio" della legge egli affermò: «io ho sempre considerato che il ruolo del giudice fosse sia sociale che giuridico; mi si rimprovera in aggiunta che io mi sia spesso sostituito alla legge! È una leggenda. Io non mi sono mai

<sup>52</sup> Sulla moderna riduzione del diritto alla sola dimensione potestativa, P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Editori Laterza, Roma-Bari, 2003, 6 ss; G. CAPOGRASSI, *Il diritto dopo la catastrofe* (1950), in Id., *Opere*, V, Milano, 1959, p. 175.

<sup>53</sup> Per una introduzione alla filosofia pratica, V. E. BERTI, *Filosofia pratica*, Guida, Napoli, 2004.

sostituito alla legge, ma a delle vecchie interpretazioni della legge io ne ho sostituite delle nuove, conformi alla mia coscienza ed allo spirito moderno»<sup>54</sup>.

Senza il riferimento all' *auctoritas* la propria sarebbe rimasta un'opinione privata e le motivazioni delle sue sentenze non avrebbero potuto essere accettate dalla comunità in quanto sprovviste del requisito fondamentale della conformità al principio democratico, richiedente il rispetto delle norme poste dai delegati del popolo. In seguito alla lunga parentesi statualistica, collocare il fenomeno giuridico nel grembo della società non implicava automaticamente, secondo il giudice di Château-Thierry, la rinuncia al rispetto della norma imposta dall'autorità. Al contrario, Magnaud si batté per dimostrare come il giudice avrebbe dovuto svolgere una funzione essenziale nella delineazione della corretta portata della legge: la struttura generale ed astratta di essa doveva essere riempita ed integrata di contenuti attraverso l'attività concretizzatrice della giurisprudenza.

Il significato attribuibile alla norma non doveva scaturire semplicemente dal riferimento al dato positivizzato quanto piuttosto da un processo che riuscisse a combinare tale elemento con l'atteggiarsi dei mutamenti del contesto storico-sociale; trasformazioni che il giudice, considerata la natura della sua attività, risultava essere il solo in grado di cogliere.

Al tramonto di un secolo coincidente con circa un centenario di vita giuridica francese sotto l'impero del codice, Magnaud ritenne opportuno porsi degli interrogativi inerenti alla relazione tra legge e fatto e all'impiego dell'attività ermeneutica quale garanzia di vitalità di ogni ordinamento giuridico.

Il "buon giudice", attraverso le proprie sentenze, tentò di mettere in luce il carattere "produttivo" della giurisprudenza: non mansione teoretica facente da specchio al proprio oggetto ma scienza di tipo pratico che nel bilanciare la tensione tra il diritto *positum* ed il contesto di riferimento dell'azione, modella il primo senza soluzione di continuità<sup>55</sup>. Detto in altri termini, il giudice di Château-Thierry concepì la giurisprudenza quale attività pratica che mediante i suoi strumenti performativi risultava essere in grado di plasmare le leggi, le quali anziché presentarsi sotto l'aspetto di blocchi compatti dovevano essere ritenute materia malleabile al meccanismo interpretativo. Dunque, quella di Magnaud si potrebbe definire non più una mera giurisprudenza esecutiva quanto piuttosto una giurisprudenza teleologica, un'attività "compositiva" di fatto e norma finalizzata all'agire bene, al perseguimento del fine ultimo della giustizia.

---

<sup>54</sup> A. ROSSEL, *Le bon juge*, cit., pp. 173-174.

<sup>55</sup> Sul carattere di sapere pratico della giurisprudenza, M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto. Oltre la modernità giuridica*, Giappichelli, Torino, 2007.

Ciò premesso, nell'analizzare la figura del "buon giudice" nozione dalla quale non si può assolutamente prescindere è quella di equità, essendo tale strumento concettuale associato dallo stesso Magnaud all'esercizio della propria attività giurisdizionale.

Una delle dicotomie di matrice prettamente moderna era quella intercorrente tra certezza del diritto e giustizia del caso singolo<sup>56</sup>. Tale contrapposizione scaturiva dalla scelta di applicare al sapere giuridico l'impianto metodologico delle scienze teoretiche<sup>57</sup>: il diritto era infatti concepito alla stessa stregua di un elemento naturale individuabile nella sua essenza senza alcuna intermediazione soggettiva da parte dell'interprete.

Una volta abbracciata tale prospettiva metodologica, l'equità venne assolutamente delegittimata.

Allo sguardo del giurista della modernità, difatti, quel plasmare il diritto alle *nuances* del caso concreto non poteva non configurarsi quale operazione imbevuta di giudizi di valore in quanto tali imprescindibilmente soggettivi e la cui non prevedibilità avrebbe minato alla base il principio cardine della certezza.

Al contrario, dalle sentenze del giudice Magnaud emergeva come ogni applicazione del diritto, oltre al perseguimento dell'obiettivo della certezza, richiedesse una risposta alla problematica: "cosa, nel caso in questione, sarebbe giusto fare?". Il magistrato francese spese le proprie energie nel tentativo di dimostrare come il vero diritto fosse il contenuto da dare a tale interrogativo; non il riflesso di una sostanza già esistente prima dell'attività interpretativa, ma fenomeno *in fieri* che prende corpo nel contemperamento tra il passato della positivizzazione ed il presente dell'applicazione, in direzione di una giusta soluzione della questione concreta. Il "buon giudice" ribadendo la centralità del momento applicativo del diritto, volle spostare il *focus* dell'attenzione dalla legge al caso, vale a dire al momento in cui si realizza la commistione tra la generalità e l'astrattezza del testo normativo e la singolarità e la concretezza del contesto di riferimento.

Attraverso le motivazioni dei suoi giudizi Magnaud si impegnò a sottolineare come qualsivoglia oggettivazione giuridica non assopisse la richiesta di giustizia proveniente dalla società, ma al contrario la ripresentasse di continuo, dal momento che le puntuali soluzioni

---

<sup>56</sup> Secondo Lopez de Oñate la «antinomia tra legalità ed equità», risultante dalla modernità giuridica, si risolve in senso antitetico rispetto al pensiero giuridico medievale: «La giustizia non può realizzarsi che nella norma rigida e astratta, che deve essere certa. In questa astrattezza è la precisa concretezza dell'esperienza giuridica, e solo attraverso questa certezza è possibile che essa realizzi la giustizia. Nella certezza consiste dunque la specifica eticità del diritto» (DE OÑATE, *La certezza del diritto* (1942), Giuffrè, Milano, 1968, p. 161).

<sup>57</sup> Sulle ricadute circa l'adozione del metodo delle scienze teoretiche in ambito giuridico si rinvia a E. CASSIER, *In difesa del diritto naturale* (1932), in «Micromega», 2, 2001, pp. 97-98; M. VOGLIOTTI, *Tra fatto e diritto*, cit., 92-111; F. VOLPI, *La riabilitazione della filosofia pratica e il suo senso nella crisi della modernità*, in «Il Mulino», 6, 1986, p.931.

“positive” al problema della giustizia comportano di necessità uno scarto con riguardo alla molteplicità delle rivendicazioni sociali che il diritto nelle sue scelte di sussunzione esclude.

Detto in altri termini, il diritto positivo sorge dalla problematica relativa al soddisfacimento delle richieste di giustizia ma ripropone tale problematica incessantemente, nella misura in cui continuamente si avverte la necessità di colmare la distanza creata dalla soluzione giuridica prescelta e la molteplicità delle “pretese” sociali da questa escluse. Il *trait d’union* tra i due universi di esperienza, quello del testo normativo e quello della comunità sociale era rappresentato, secondo Magnaud, dal giudice. Costui avrebbe dovuto fungere da mediatore tra le esigenze di un apparato giuridico stabile ed il riconoscimento, nel momento storico di cui faceva parte, di nuovi orizzonti di aspettativa. Tali aspettative oltre ad essere quelle del singolo coinvolto nel caso concreto si riferivano ad una generale prospettiva di attesa che si creava intorno a chi applicava il diritto da parte dei diversi gruppi sociali con il quale costui aveva l’obbligo di confrontarsi.

Dunque, nel prendere atto di come ogni tentativo di comprensione del diritto richiedesse un intervento dell’interprete che lo adeguasse alle esigenze del contesto, l’equità anziché contrapporsi alla certezza avrebbe svelato, agli occhi di Magnaud, l’essenza profonda della realtà giuridica, identificabile nella sua dimensione di relazionalità<sup>58</sup>.

Altro elemento di innovazione caratterizzante l’operato di Magnaud può essere individuato in una sorta di anticipazione del principio della finalità educativa della pena, la cui giustificazione risiede nelle peculiari esigenze social-preventive nonché di risocializzazione del condannato. Secondo il “buon giudice”: «[...] la società non deve vendicarsi contro i suoi membri che falliscono. Essa deve solamente difendersi, e tentare, nel punirli, il loro recupero morale [...]»<sup>59</sup>.

In particolare, Magnaud fece riferimento alla necessità di adoperarsi da parte delle istituzioni al fine di eliminare o, quanto meno di ridurre, il pericolo che l’individuo in futuro potesse ricadere nello stesso reato. Tra le righe delle sue sentenze emerge la necessità del reinserimento del reo nella comunità dalla quale si era estraniato, mediante l’azione su quegli stessi fattori che avevano determinato il reiterarsi del delitto.

La rieducazione si sarebbe dovuta tradurre, dunque, secondo il giudice francese, in una solidaristica offerta di opportunità da parte della società che, conscia delle proprie mancanze, avrebbe dovuto

---

<sup>58</sup> Sulla natura relazionale del diritto nel dibattito contemporaneo, tra gli altri, G. ZACCARIA, *Complessità della ragione giuridica*, in «Ragion pratica», 1993, p.89. Analogamente, A. KAUFMAN, *La filosofia del diritto oltre la modernità* (1990), in ID., *Filosofia del diritto ed ermeneutica*, Milano, Giuffrè, 2003, p. 287.

<sup>59</sup> A. ROSSEL, *Le bon juge*, cit., p. 184.

impegnarsi affinché al soggetto fosse riconosciuta la possibilità di un progressivo e rinnovato inserimento nella comunità, attraverso la correzione delle proprie tendenze antisociali ed il conseguente adeguamento del proprio comportamento alle regole giuridiche.

Ulteriore aspetto degno di nota che emerge dall'attività del "buon giudice" risiede nel tentativo di valorizzazione di quello che potrebbe essere definito il ruolo "anticipatore" della giurisprudenza. Attraverso la petizione di rinnovamento dell'articolo 64 del c.p ed i seguenti interventi parlamentari, egli evidenziò come alla legislazione fosse affidato il compito di positivizzare le novità introdotte per via giurisprudenziale.

Detto in altri termini, era nel contesto dei tribunali che spettava far emergere la regola che appariva più idonea a disciplinare la fattispecie concreta in modo che tale norma potesse essere in seguito positivizzata. Tale forza "istituzionalizzante" della giurisprudenza rappresentava secondo Magnaud un necessario fattore per un adeguato funzionamento della macchina giuridico-statale.

Tuttavia, al di là della presa di posizione assunta con riferimento alla relazione tra certezza del diritto ed equità e al rapporto tra la legge ed il suo interprete, ciò che probabilmente caratterizzò in misura maggiore la figura del giudice Magnaud fu il suo senso etico. Entro i confini della modernità giuridica, l'etica del giurista, teorico o pratico che fosse, non rivestiva un peso di particolare rilevanza. Il centro di gravità del diritto era identificato nella legge ed intorno a quel fulcro si definiva anche il ruolo del giudice.

In una prospettiva di tal genere, l'etica di quest'ultimo non poteva che ridursi alla "qualità" passiva del cieco rispetto del dettato legislativo e della volontà del suo autore. La legge andava sempre ed in ogni caso applicata pur nella sua rigidità; d'altro canto, il giudice non avrebbe dovuto render conto dei contenuti della sua decisione ma semplicemente della sua fedeltà alla norma giuridica stessa.

Attraverso il suo operato il giudice di Château-Thierry volle tuttavia mostrare come la rete di vincoli che avvolge l'interprete, pur restringendo in misura significativa i suoi margini di libertà ermeneutica, non possa obliterarli del tutto. Questi ultimi si configurano non solo come inevitabili ma anche come indispensabili per una buona tenuta della pratica giuridica. Magnaud non si risparmiò nel tentare di evidenziare come l'adattamento equitativo del lessico della legge alle necessità del contesto applicativo non rappresentasse una sorta di compromesso a detrimento della giustizia e a vantaggio delle peculiarità del caso concreto, quanto piuttosto l'irto sentiero da percorrere in vista di una più compiuta realizzazione del giusto.

*Condictio sine qua non* perché tale obiettivo fosse raggiunto era la consapevolezza da parte del giudice degli ambiti di libertà offerti dal diritto e la presa di coscienza dell'esigenza di non spingersi sino ai confini ultimi di tali spazi se non assolutamente indispensabile.

Il magistrato avrebbe dovuto possedere, secondo Magnaud, una duplice consapevolezza: da un lato, quella attinente alla meta cui indirizzare la sua attività ossia l'agire giustamente e dall'altro, quella relativa alle modalità attraverso cui perseguire tale esito, vale a dire la riduzione *de iniquo ad aequum*.

La figura di Magnaud, se assunta quale modello, può essere portata a dimostrazione di come, in realtà, la forza del diritto discenda non solo dal necessario rispetto dell'orizzonte normativo di riferimento ma anche, e forse soprattutto, dalle qualità degli uomini di diritto.

Scrivendo il "buon giudice": «[...] Un giudice, non è dunque un uomo tra gli altri uomini? Non ha egli dei nervi, un cuore, un ventre come gli altri? [...] la giustizia sarà sempre ciò che è, vale a dire sprovvista di umanità, fino a che il giudice non vorrà ammettere che egli è fallibile ed imperfetto. Ma andate dunque a persuadere un magistrato che egli è un uomo simile agli altri! Egli si considera, in generale, come una sorta di indovino, un semi-dio infallibile le cui decisioni devono passare allo stato di dogma [...]»<sup>60</sup>.

Tali qualità degli uomini di diritto non andavano dunque identificate, secondo Magnaud, con la tracotanza quanto piuttosto compendiate in un senso di umanità, per molti versi suscettibile di essere attualmente avvicinato a quella mitezza cui fa riferimento Bobbio<sup>61</sup> e a quella collocata da Zagrebelsky<sup>62</sup> al cuore della sua concezione del diritto.

Magnaud prese di petto l'attività del giudice, attribuendo al suo ruolo responsabilità ed oneri ma al contempo tentando di riappropriarsi del senso della propria funzione attraverso la coscienza della necessaria libertà della propria azione intellettuale.

Deluso dalle diffuse semplificazioni e probabilmente alla ricerca della sua vera identità di magistrato, il giudice di Château-Thierry strutturò la sua carriera come una sorta di continuo esame interiore.

Di fronte alla domanda, postagli dal giornalista Huret, sul come si potesse osare giudicare gli altri uomini pur essendo consapevoli delle proprie mancanze personali e della propria debolezza di uomo, Magnaud replicò: «[...] io mi ripeto spesso che l'uomo è fallibile, e, davanti alle accuse, io faccio il mio proprio esame di coscienza.

---

<sup>60</sup> Ibidem, p. 184.

<sup>61</sup> Bobbio distinguendo la mitezza dalla remissività così la definisce: «La mitezza non è né sottovalutazione né sopravvalutazione di sé, perché non è una disposizione verso se stessi ma [...] è sempre un atteggiamento verso gli altri e si giustifica soltanto nell'«essere verso l'altro»» (N. BOBBIO, *Elogio della mitezza*, Linea d'ombra, Milano, 1993, pp. 17-18).

<sup>62</sup> La mitezza, secondo Zagrebelsky, si riferisce ad: «Una pienezza di vita collettiva che esige atteggiamenti moderati (*un'aurea medietas*) ma positivi e costruttivi e che può essere sostenuta con la consapevolezza di chi sa che questo ideale corrisponde ad una visione della vita e a un *ethos* tutt'altro che disprezzabili» (G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, Einaudi, Torino, 1992, pp. 12-13).

Giudicare bene gli altri è al di sopra delle forze umane! Bisogna rassegnarsi a non essere giusti qualche volta [...]»<sup>63</sup>.

Al pari di qualsiasi esame interiore condotto con onestà, l'attività giudiziaria del "buon giudice" si tradusse in un vero e proprio impegno morale che per costui si sostanziò nello sforzo di applicare la legge in modo umano tendendo alla giustizia ideale, nel denunciare le imperfezioni sociali e nel reclamare la necessità di riforme.

Ciò che il presidente del tribunale di Château-Thierry, a più riprese, mise in evidenza fu la necessità di un atteggiamento di empatia da parte del giudice nei confronti degli indigenti spinti a delinquere dalle condizioni di vita personali e sociali: « le leggi penali repressive di delitti che non portano pregiudizio a nessuno e sono privi di intenzione dolosa devono specialmente [...] venire interpretate ispirandosi ai più larghi pensieri di umanità e tenendo conto delle realtà della vita, a volte così dure per i diseredati della fortuna»<sup>64</sup>.

Se il magistrato doveva amministrare la giustizia egli non poteva rimanere estraneo alle modulazioni dell'animo umano ed al progressivo sviluppo del paese in cui viveva ed operava; tanto più efficace ed illuminata sarebbe stata la sua giustizia quanto più egli fosse stato in grado di cogliere il sentimento sociale del momento storico che attraversava. Detto in altri termini, è come se il "buon giudice" avesse voluto sostenere che la giustizia consistesse in fondo in una pura questione di sensibilità sociale.

A conclusione delle considerazioni effettuate sulla figura del giudice Magnaud e in relazione alla forte preponderanza del ruolo assunto dalla giurisprudenza nella realtà giuridica contemporanea pare opportuno riportare le parole di Francesco Carnelutti che, a riguardo, suonano di grande attualità: «Torna la necessità di una teoria approfondita del giudizio, la quale insegni che ogni giudizio implica un salto al di là del limite, al quale lo slancio dell'intelletto purtroppo si arresta; fortunatamente lo spirito possiede, oltre l'intelletto, altre forze capaci di superare lo *hyatus*. Se il giudice non dispone di questa ricchezza spirituale, se egli è soltanto un uomo intelligente e colto, se la sua anima è arida, se egli si ritiene, come spesso accade, al di sopra del giudicabile [...], non arriverà mai ad assolvere degnamente il suo compito, che è quello, alla fin dei conti, di conoscere l'altro uomo»<sup>65</sup>.

---

<sup>63</sup> A. ROSSEL, *Le bon juge* cit., p. 184.

<sup>64</sup> IVI., p. 30.

<sup>65</sup> F. CARNELUTTI, *Diritto e processo*, Morano Editore, Napoli, 1958, p. 74.