



UNIVERSITAS

REVISTA DE FILOSOFÍA, DERECHO Y POLÍTICA

Número 35 – julio 2021 – ISSN 1698-7950

Sumario

- 2 *Cartografía legal de la autodeterminación informativa digital: un derecho de construcción jurisprudencial*, por Laura Caballero Trenado.
- 28 *Catolicismo social y feminismo conservador: María de Echarrí y Dolors Monserdà*, por Elisabet Velo Fabregat.
- 52 *La responsabilidad de proteger a debate: inconsistencias entre Libia y Bahrein*, por Serena Alonso García.
- 89 *Avances y retrocesos en el reconocimiento del territorio de los Ayoreos bolivianos*, por Yaneth Katia Apaza Huanca.
- 108 *Los lugares de memoria en la ciudad de Madrid*, por Lucía Soledad Escalante.
- 145 *Un debate inacabado: el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy*, por Augusto Fernando Carrillo Salgado.

Participan en este número

Laura Caballero Trenado, Universidad Internacional de la Rioja.

Elisabet Velo Fabregat, Profesora Asociada, Dra. de Historia del Derecho y las Instituciones, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.

Serena Alonso García, Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid

Yaneth Katia Apaza Huanca, Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, abogada e investigadora independiente.

Lucía Soledad Escalante, Abogada. Becaria de Doctorado del Consejo Interuniversitario Nacional, Programa PERHID. Docente de la asignatura de Derecho Político de la Facultad de Derecho e integrante del grupo de Investigación Pensamiento Crítico del Centro de Investigación en Docencia y Derechos Humanos (CIDDH) "Alicia Moreau" (Universidad Nacional de Mar de Plata).

Augusto Fernando Carrillo Salgado, Licenciado y maestro en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM; especialista como secretario de juzgado por el Instituto de la Judicatura Federal.

UNIVERSITAS

Dirección

Rafael de Asís
María Laura Serra

Secretaría

Agostina Carla Hernández Bologna
Laura Cecilia Razo Godínez

Consejo Editorial

Francisco Javier Ansuátegui Roig | Rafael de Asís |
María del Carmen Barranco | Reynaldo
Bustamante | Eusebio Fernández | Cristina García
Pascual | Ricardo García Manrique | 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 Uribes |
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, M.A. Bengoechea, A.C Hernández Bologna.

Edita

Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-
Barba, antes "Bartolomé de las Casas"
Asociación de Estudiantes y Egresadas/os del
Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-
Barba

©Universidad Carlos III de Madrid, 2015
universitas.revista@gmail.com

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

CARTOGRAFÍA LEGAL DE LA AUTODETERMINACIÓN INFORMATIVA DIGITAL

Un derecho de construcción jurisprudencial

LEGAL CARTOGRAPHY OF DIGITAL INFORMATIVE SELF-DETERMINATION
A jurisprudential construction right

Laura Caballero Trenado*

RESUMEN: La arquitectura del derecho a la autodeterminación informativa, en su vertiente digital, está ahormada por la doctrina jurisprudencial. Ayuna de una regulación propia hasta la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos, el 25 de mayo de 2018, la autodeterminación informativa se ha ido conformando con el cincel de tres órganos jurisdiccionales (el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo) que han ido perfilando y delimitando su contenido y alcance. Desde su reconocimiento por el TJUE en su archiconocida decisión de 13 de mayo de 2014, la evolución que presenta es muy notoria. En la actualidad, una búsqueda en Internet con dos apellidos es suficiente para reconocer este derecho si con ello se lesiona el honor, la intimidad personal o familiar o la propia imagen de su titular. Así lo ha avalado el Tribunal Supremo en la STS 4016/2020, de 27 de noviembre. En este artículo se abordan los hitos jurisprudenciales más relevantes al objeto de bosquejar una cartografía jurídica actual del derecho a la autodeterminación informativa.

ABSTRACT: *The architecture of the right to informative self-determination, in its digital aspect, is shaped by jurisprudential doctrine. Fasting of its own regulation until the entry into force of the General Data Protection Regulation, on May 25, 2018, digital informational self-determination has been conformed to the chisel of three jurisdictional bodies (the Court of Justice of the European Union, the Constitutional Court and the Supreme Court) that have been shaping and defining their content and scope. The evolution of this right since its recognition by the CJEU in its well-known Decision of May 13, 2014 is very relevant. Currently, a search on the Internet with two surnames is sufficient to recognize this right if it damages the honor, personal or family privacy or the image of its holder. This has been endorsed by the Supreme Court in STS 16244/2020, of November 27. This article addresses the most relevant jurisprudential milestones in order to sketch a current legal cartography of the right to informative self-determination.*

PALABRAS CLAVE: Autodeterminación informativa digital, derecho al olvido, derecho a la intimidad personal y familiar, derecho al honor, *habeas data*.

KEYWORDS: *Digital informative self-determination, right to oblivion, right to personal and family privacy, right to honour, habeas data.*

Fecha de recepción: 24/01/2021
Fecha de aceptación: 19/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6189>

* Universidad Internacional de la Rioja. E-mail: laura.caballero@unir.net

1.- INTRODUCCIÓN

En su interacción con la libertad de expresión y el *corolario* de las libertades informativas, el honor o la intimidad a menudo se erigen como cuestiones fronterizas. En el complejo y poliédrico fenómeno de la comunicación, que está envuelto en una dinámica convergente, es preciso aquilatar la prevalencia de unos u otros derechos, en atención al caso concreto.

Pero, aunque la intimidad o el honor son conceptos polisémicos de base, en el ordenamiento jurídico español, ambas son realidades jurídico-positivas incuestionables. Y, aunque el marco normativo en el que se entroncan es parco, la protección de la que gozan en los distintos cuerpos legislativos nacional, europeo e internacional es también incontrovertible.

Por lo tanto, aunque la casuística es ingente y son los tribunales los que han completado -en constante y reiterada doctrina jurisprudencial- el contenido de estos derechos, su desarrollo ha seguido una evolución clásica.

No puede afirmarse lo mismo del derecho a la autoafirmación informativa.

En este sentido, el derecho a la autoafirmación informativa (también conocido como derecho al olvido o derecho a la supresión) es un derecho de construcción jurisprudencial que fue alumbrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en la célebre sentencia de *Google Spain* de 2014.

En esencia, la resolución precitada (STJUE de Gran Sala, de 13 de mayo de 2014), que resolvía una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional española mediante auto el 27 de febrero de 2012, establecía dos cuestiones. De un lado, anudaba el tratamiento que realizan los motores de búsqueda a la normativa de protección de datos de la Unión Europea. Y, de otro, estipulaba, bajo ciertas condiciones, que los usuarios tienen derecho a solicitar que los enlaces a sus datos personales no aparezcan en los resultados de una búsqueda en Internet realizada por su nombre. Volveremos sobre esta cuestión más adelante.

Hasta la resolución del alto tribunal europeo, el derecho fundamental a la protección de datos ha permanecido conectado a la intimidad. Así, por ejemplo, en desarrollo del mandato constitucional contenido en el artículo 18.1 de la Constitución Española (Derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen), el legislador promulgó la Ley Orgánica 1/1982, de 24 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

La concepción del *habeas data* como una parte inescindible del derecho a la intimidad, en su vertiente positiva, se constata en la STC 254/1993, de 20 de julio, en la que el órgano jurisdiccional español se

pronuncia por primera vez sobre esta cuestión, pero sin aclarar si se trata o no de un derecho fundamental.

Así, la protección que el ordenamiento jurídico otorga a un derecho fundamental está reforzada. En concreto, la Carta Magna española reserva al elenco de derechos fundamentales (del 14 al 29) un conjunto de medidas tuitivas que son muy expeditivas ex artículo 53.2 CE.

Como estado miembro de la Unión Europea, España se encuentra inmersa en un sistema multinivel, de ahí que la normativa comunitaria (principalmente, el Convenio Europeo de Derechos Humanos o el reciente RGPD) actúe de contorno que delimita la acción de los órganos jurisdiccionales nacionales.

Por esta razón, el pronunciamiento del TC de 2018 tiene un efecto limitado. No puede soslayarse, sin embargo, la importancia de la entronización del derecho a la autodeterminación informativa digital a la categoría de derecho fundamental, que cuenta ahora con una protección reforzada. Buena prueba de ello es también la línea continuista que ha seguido el TS en sus decisiones, que han contribuido a robustecer este derecho.

2.- METODOLOGÍA

El análisis se realiza en clave jurídica, de ahí que, fundamentalmente se haya realizado una revisión pormenorizada de la jurisprudencia española y comunitaria.

El periodo objeto de análisis se concentra entre los años 2014, momento en que tiene lugar la primera resolución del TJUE y 2020, cuando el TS sentencia que basta una búsqueda en Internet con dos apellidos para reconocer el derecho a la autodeterminación informativa digital, si con ello se produce un menoscabo de los derechos reconocidos ex artículo 18 CE.

Sentado que el derecho a la autodeterminación informativa tiene un desarrollo normativo incipiente y la casuística a menudo desborda el marco legal, está justificado acudir a la doctrina jurisprudencial, pues la labor hermenéutica se residencia en los órganos jurisdiccionales españoles y europeos, tarea que resulta imprescindible, pues, para perfilar su definición, delimitación y alcance.

3.- RESULTADOS

3.1.- El derecho al olvido digital: reconocimiento de su existencia

Como se ha mencionado anteriormente, mediante su archiconocida decisión, de 13 de mayo de 2014, el TJUE reconoce por primera vez el derecho al olvido digital.

En efecto, el alto tribunal europeo, en una controversia que enfrenta a los metabuscadores *Google Spain, S.L.* y *Google Inc.*, de un lado, y a la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) y al ciudadano español Mario Costeja, de otro, resuelve varias cuestiones prejudiciales planteadas por la Audiencia Nacional mediante auto el 27 de febrero de 2012, en la que establece que las personas tienen derecho a solicitar a *Google* la eliminación de sus datos personales.

El litigio gira en torno a la protección de los usuarios contra la disponibilidad de información relativa a cuestiones de su esfera personal cuando ya ha mediado un tiempo desde su aparición. Y, si bien dicha información pudiera carecer entonces de relevancia, se encuentra, sin embargo, a disposición de cualquier persona a través de los motores de búsqueda.

En apretada síntesis, los hechos del caso son los siguientes. En 1998, el diario español *La Vanguardia* publicó en su edición impresa una noticia de embargos de inmuebles por una deuda contraída con la Seguridad Social que afectaba al Sr. Costeja.

Varios años después, al introducir en el buscador su nombre y apellidos, éste arrojaba en la primera página de resultados la noticia, por cuanto el periódico había digitalizado parcialmente su hemeroteca y este suceso seguía apareciendo a través de los enlaces. Se da la circunstancia que el asunto estaba ya resuelto y que carecía, por lo tanto, de interés público. Es ésta una cuestión de suma importancia sobre la que volveremos más adelante.

Interesa ahora subrayar que, aunque se trata de una cuestión *inter privatos*, que en un primer momento se dirige [sin éxito] ante el medio de comunicación, la indefensión ha de alegarse ante la AEPD, un organismo público.

Y así acaecerá. La máxima autoridad competente para conocer del asunto -la AEPD- da la razón al Sr. Costeja, un acicate importante para proseguir en la vía judicial, habida cuenta del carácter vinculante de las resoluciones de este organismo sancionador, además de la presunción de legitimidad y veracidad que se presume a sus actas de comprobación, que actúan de abono natural de la cualidad probatoria que se proyectará ulteriormente y que se unirán a los autos cuando el asunto finalmente se encuentre *sub-iudice*.

El *iter* procesal sigue su *cursus* en la instancia, donde las distintas resoluciones serán recurridas por el buscador de noticias y llegará finalmente a la Audiencia Nacional.

Cabe recordar que en 2012 había una laguna [léase en derecho nacional] sobre la cuestión. Tanto la Ley de Protección de Datos vigente en derecho español como la autoridad competente sobre la materia que se desarrolla por mandato legal en 1999 no habían desarrollado nada sobre el derecho al olvido, ni en su articulado, la primera, ni a través de sus resoluciones, la segunda.

En este sentido, al estar ayuno el órgano jurisdiccional español de ley nacional aplicable [sucede también cuando puede albergar dudas acerca de qué norma debe aplicar al caso concreto y cómo debe ser interpretada], está obligado a elevar una cuestión prejudicial ante el tribunal europeo.

Y así lo hace. Como se ha apuntado antes, la Audiencia Nacional eleva mediante auto varias cuestiones prejudiciales ante el tribunal de Luxemburgo.

El tribunal español remite nueve cuestiones al órgano judicial europeo, que plantea en tres bloques.

En concreto, en el primero pregunta el órgano español cuál es el ámbito material de la normativa europea. En el segundo, consulta si la actividad del metabuscador debe considerarse como “tratamiento de datos”, por cuanto la citada tarea lleva anudada una responsabilidad, una exigencia que entreabre un catálogo de medidas tuitivas (por ejemplo, la anonimización o la seudonimización) encaminadas a proteger los derechos de los interesados. Y, en el tercero, cuestiona si un usuario puede dirigirse de manera directa a *Google*, con el fin de instar al metabuscador a modificar o cancelar datos indexados.

Tras aclarar la cuestión de en qué consiste la actividad de un motor de búsqueda (“hallar información publicada o puesta en Internet por terceros, indexarla de manera automática, almacenarla temporalmente y, por último, ponerla a disposición de los internautas según un orden de preferencia determinado”¹) de la *ratio decidendi* del alto tribunal europeo se desprende que hay un tratamiento cualitativo de los datos por parte del gestor de un motor de búsqueda, que “recoge” datos que “extrae”, “registra” y “organiza” posteriormente en el marco de sus programas de indexación, “conserva” en sus servidores y, en su caso, “comunica” y “facilita el acceso” a sus usuarios en forma de listas de resultados de sus búsquedas².

En definitiva, hay una conducta activa de los motores de búsqueda sobre los datos que maneja como resultado de su actividad, perfectamente acoplada en la definición de “tratamiento de datos personales” de la Directiva Europea 95/46³.

Es en la difusión donde tal propósito alcanza su cénit. En la actividad de la comunicación, es sin duda el acto de la difusión la cuestión sobre la que se cierne el grueso de la decisión de la actividad jurisdiccional, por cuanto en la difusión confluye el acto volitivo principal de la transmisión: la irradiación, la proyección, la externalización, en suma, del mensaje.

¹ Caso 131/12, primera conclusión, STJUE 131/2014, de 13 de mayo [2014].

² *ibíd.*, vigésimo octava conclusión.

³ Ana Azurmendi, ‘Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso *Google Spain* y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional española, de 29 de diciembre de 2014’, UNED. Revista de Derecho Político, núm. 92, enero-abril, [2015], 283-284.

Por lo anterior, tal actividad puede tener afectación en el derecho a la intimidad de una persona que, en esencia, es lo que el TJUE considera que ha de prevalecer. Más aún, tal y como razona en su conclusión LIII, debe hacerse una interpretación amplia de este derecho fundamental.

Por último, tras aquilatar y ponderar la prevalencia del derecho a la intimidad frente a la libertad de expresión y el derecho a la información, anuda la responsabilidad del gestor de un motor de búsqueda a la cuestión del tratamiento cualitativo de datos personales que son susceptibles de protección⁴.

3.2.- El derecho reconocido no ampara la construcción de un pasado a medida

En octubre de 2015, con ocasión de una sentencia de pleno que resuelve un recurso de casación el Tribunal Supremo español se pronuncia sobre el asunto por vez primera tras la resolución europea.

De manera sucinta, el relato fáctico es el siguiente. En instancia debe resolverse una *litis* que se disputa entre dos ex traficantes que fueron condenados en los años ochenta, como parte actora, y el periódico *El País*, como demandada.

Y la historia se repite de manera análoga al asunto que dirime un año antes el TJUE (la parte demandante alega que el diario ha indexado una noticia en la que pueden localizarse fácilmente sus datos personales y de la que ha transcurrido mucho tiempo, careciendo de relevancia en el presente).

En esta ocasión, no obstante, los derechos fundamentales que debe ponderar el órgano jurisdiccional español son el honor, de un lado, y la protección de datos, de otro.

Tan amplia es la casuística que aún hoy sigue habiendo cuestiones sobre las que no hay doctrina consolidada (dos sentencias de un mismo órgano jurisdiccional en un mismo sentido). Por ejemplo, sobre la hipotética posibilidad de las personas de derecho público de recurrir en amparo en el caso de una eventual vulneración en su derecho al honor.

Esta dificultad nace del hecho de la subjetividad del intérprete, así como de la variabilidad de las ideas que, en cada momento, prevalecen en la sociedad en lo relativo al concepto de honor. “El contenido del derecho al honor es lábil y fluido, cambiante” -tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional- “y, en definitiva, como hemos dicho en alguna ocasión, dependiente de las normas, valores e ideas sociales vigentes en cada momento” (STC 185/1989, de 13 de noviembre).

⁴ En un razonamiento prolijo del que destacan las conclusiones 80, 81 y 99. Caso 131/12, STJUE 131/2014, de 13 de mayo [2014].

Tempranamente, pues, el alto tribunal define una realidad jurídica porosa a la realidad del momento. Sin embargo, en doctrina jurisprudencial constante y reiterada, tanto el TC como el TS han mantenido los requisitos de veracidad y relevancia pública como *conditio sine qua non* para estimar o desestimar una pretensión de prevalencia de un derecho fundamental contenida en un recurso de amparo o de casación, según el caso.

En el caso que nos ocupa, considera el TS que la exigencia de veracidad en los datos objeto de tratamiento fue vulnerada por *El País*. Sin embargo, sentado lo anterior, la cuestión nuclear para ponderar la prevalencia de un derecho sobre otro se contiene en el fundamento jurídico tercero:

“El problema no es que el tratamiento de los datos personales sea inveraz, sino que pueda no ser adecuado a la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los principios de calidad de datos no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para esa finalidad, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor [...]”.

Así pues, para el tribunal español:

“[...] hay que ponderar el ejercicio de la libertad de información que supone la edición y puesta a disposición del público de hemerotecas digitales en Internet, que otorga un ámbito de protección menos intenso que la publicación de noticias de actualidad, y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información contenida en la hemeroteca digital afecta negativamente a la reputación del afectado”⁵.

Por lo tanto, según el TS, “los elementos para realizar esta ponderación son el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y el interés público que pueda suponer que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado”⁶.

No obstante, “el llamado derecho al olvido digital, que es una concreción en este campo de los derechos derivados de los requisitos de calidad del tratamiento de datos personales, no ampara que cada uno construya un pasado a su medida, obligando a los editores de páginas web o a los gestores de los motores de búsqueda a eliminar el tratamiento de sus datos personales cuando se asocian a hechos que no se consideran positivos”⁷.

⁵ STS 545/2015, de 15 de octubre; núm. rec. 2772/2013. Fundamento jurídico sexto.

⁶ *ibíd.*, fundamento jurídico sexto, párrafo segundo.

⁷ *ibíd.*, fundamento jurídico octavo.

3.3.- Los efectos del paso del tiempo como legitimación del derecho

La segunda sentencia del Tribunal Supremo sobre el derecho a la autodeterminación informativa digital implica que, a partir de abril de 2016, pueda ya hablarse de doctrina jurisprudencial consolidada, circunstancia que se produce cuando un mismo órgano jurisdiccional emite dos pronunciamientos en un mismo sentido.

Efectivamente, en este caso concreto, el alto tribunal español resuelve una casación en la que se pronuncia sobre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, a la intimidad y protección de datos personales del indultado, tras acoger en la fundamentación jurídica de su fallo doctrina de su decisión anterior.

Los hechos del caso tienen su origen en una demanda interpuesta en un Juzgado de Barcelona por un individuo (seudonimizado Alfonso) contra el metabuscador *Google*, el operador de telecomunicaciones *Telefónica* y el portal de noticias *Yahoo*.

En 1999, el demandante resultó indultado de una pena privativa de libertad pendiente de cumplimiento, hecho que se publicó en el Boletín Oficial del Estado, tal y como establece la normativa.

El actor dirigió una petición a la referida publicación mediante correo electrónico que fue desestimada. Con posterioridad, se dirigió a través del mismo medio a las compañías demandadas, por cuanto su nombre y sus apellidos aparecían en las primeras páginas de resultados de los buscadores con los que las precitadas empresas operaban. Todas desestimaron sus reclamaciones.

La cuestión se dirime en instancia con resultado insatisfactorio a las pretensiones del demandante hasta llegar al TS, que admite a trámite el recurso de casación y dicta sentencia estimatoria del mismo.

En esta ocasión, el recurso de casación que el órgano jurisdiccional debe sustanciar es mixto, debiendo el alto tribunal dirimir dos cuestiones (una de naturaleza procesal y otra jurídico-material o sustantiva).

En este sentido, el primer asunto versa sobre la legitimación pasiva de la filial española de la empresa titular del buscador *Google*. No entraremos en la *ratio decidendi* que del órgano judicial sostiene acerca de la materia procesal, por cuanto no forma parte de la cuestión nuclear de este trabajo.

Tras resolver el problema procesal, el tribunal pasa a resolver el aspecto sustantivo, que en esta sentencia gira en torno a los siguientes puntos: el tratamiento de los datos personales vinculados con la concesión de un indulto en un buscador generalista de Internet y el equilibrio entre el derecho a la información sobre la concesión de indultos y los derechos al honor, intimidad y protección de datos personales del indultado.

En la necesaria ponderación que el tribunal lleva a cabo entre el derecho a la información y los derechos a la personalidad, tiene en cuenta el potencial ofensivo de la información publicada y el interés público de la noticia.

Así, de un lado, para el órgano jurisdiccional:

“Que la sociedad pueda estar adecuadamente informada sobre los indultos otorgados por el Gobierno a personas condenadas por sentencia firme, la identidad de esas personas y los delitos que habían cometido, responde a un interés público, enlazado con el derecho a la libertad de información y al control de los poderes públicos propio de las sociedades democráticas, que justifica el tratamiento inicial de los datos que supone indexar las páginas web donde tales indultos son publicados y mostrarlos en la página de resultados de un buscador generalista de Internet”⁸.

Sentado que la publicación de un indulto contiene una legitimación democrática (y, por esta razón, es obligatoria), el Supremo aclara, acogiendo la tesis planteada por el TJUE en mayo de 2014, que el tratamiento de datos personales vinculados a la aprobación de una conmutación deja de ser lícito una vez transcurrido un plazo razonable desde que se ha concedido el indulto si el afectado ejercita su derecho de oposición:

“Ahora bien, un tratamiento de datos que es lícito inicialmente, por respetar las exigencias de calidad de datos, puede, con el paso del tiempo, dejar de serlo. El factor tiempo tiene una importancia fundamental en esta cuestión, puesto que el tratamiento de los datos personales debe cumplir con los requisitos que determinan su carácter lícito y, en concreto, con los principios de calidad de datos (adecuación, pertinencia, proporcionalidad y exactitud), no solo en el momento en que son recogidos e inicialmente tratados, sino durante todo el tiempo que se produce ese tratamiento. Un tratamiento que inicialmente pudo ser adecuado a la finalidad que lo justificaba puede devenir con el transcurso del tiempo inadecuado para la finalidad con la que los datos personales fueron recogidos y tratados inicialmente, y el daño que cause en derechos de la personalidad como el honor y la intimidad, desproporcionado en relación al derecho que ampara el tratamiento de datos”⁹.

3.4.- Avances en los contornos del derecho: los datos personales publicados en el registro mercantil operan como límite

Cuando se cumplen casi tres años de la primera resolución europea sobre el derecho al olvido, el TJUE dicta una nueva sentencia (STJUE 198/2017, de 9 de marzo; *C-406/15*) con ocasión de una nueva cuestión prejudicial que se le plantea en la que estipula que debe prevalecer la seguridad jurídica, que se concreta en la necesidad de proteger intereses de terceros en relación con sociedades mercantiles.

⁸ STS 1280/2016, de 5 de abril; núm. rec. 3269/2014. Fundamento jurídico quinto, apartado noveno.

⁹ *ibíd.*, fundamento jurídico quinto, apartado décimo.

Brevemente se expone un resumen fáctico. Un empresario italiano, que había sido administrador único de una sociedad que sería declarada en concurso de acreedores y, posteriormente, liquidada y cancelados finalmente sus asientos en el Registro Mercantil, solicita a la Cámara de Comercio que cancelase, anonimizase o bloquease sus datos personales asociados a la mercantil concursada.

Al parecer, la vinculación a la empresa declarada en concurso le impedía una nueva actividad mercantil consistente en la explotación de inmuebles sin que tuviese relación con la empresa concursada, por lo que en instancia solicitaba, además, una indemnización por los daños y perjuicios irrogados a consecuencia de dicha información publicada.

En instancia sus pretensiones son desestimadas. Las resoluciones serán recurridas hasta la interposición de un recurso de casación, que será admitido por el Tribunal Supremo italiano, órgano judicial que, ante la duda de cómo debe interpretar la normativa europea sobre el derecho de protección de datos, eleva una cuestión prejudicial ante el TJUE.

En esta ocasión, el tribunal europeo debe sustanciar la cuestión prejudicial teniendo en cuenta dos principios. De un lado, el principio de publicidad de los registros de sociedades¹⁰. De otro, el principio de conservación de datos personales.

Respecto del primero, cabe afirmar que se trata de un principio obligatorio que la ley atribuye *ex lege* a los registros y que responde a la seguridad jurídica necesaria que debe presidir las relaciones jurídico-mercantiles, habida cuenta de la naturaleza compleja de las reglas de los mercados.

Y, respecto del segundo, la cuestión se torna difícil. El inconveniente para el tribunal europeo reside en que el *corpus* normativo aplicable al caso (Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995) no contempla ningún plazo sobre el periodo de conservación de datos.

Por lo tanto, la cuestión nuclear consiste en dirimir si las autoridades nacionales que tienen competencia en materia de registros deben decidir, pasado un tiempo y a solicitud de las personas afectadas, si anonimizan o bloquean sus datos personales o, por el contrario, limitan la publicidad o, por ejemplo, restringen los destinatarios potenciales.

La conclusión del TJUE al respecto es muy clara. Debe primar la seguridad jurídica, la lealtad en las transacciones comerciales, el buen funcionamiento del mercado interior y los intereses de terceros en relación con las sociedades mercantiles, pero suaviza este

¹⁰ La publicidad registral es un el conjunto de sistemas a través del que se puede obtener información sobre los bienes muebles o inmuebles, permitiendo a terceros acceder a la información contenida en los registros. Es un instrumento de cognoscibilidad legal cuyo fin es otorgar seguridad jurídica, de ahí que los derechos contenidos en los registros sean oponibles con carácter *erga omnes*, es decir, tienen efectos frente a todos.

planteamiento al remitir a los legisladores nacionales, a los que encarga la tarea de decidir, en situaciones excepcionales, si limitan la conservación de datos personales.

3.5.- El alcance territorial del derecho

La importante cuestión del alcance espacial de la legislación europea fue objeto de estudio por parte del TJUE en el caso del Sr. Costeja.

Con ocasión de un litigio entre *Google* y la Autoridad francesa encargada de la protección de datos -*Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL)*-, que dará lugar al *Case 507/17*¹¹, el órgano jurisdiccional europeo se adentra en la vertiente práctica de la aplicación del derecho.

En este caso, es un órgano constitucional -el *Consell d'État* francés-, que tiene legitimación para plantear cuestiones prejudiciales, el que eleva a través de este mecanismo incidental al TJUE las preguntas que a continuación se exponen.

En primer término, ¿debe interpretarse el “derecho de retirada”, según ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 13 de mayo de 2014 sobre la base de las disposiciones de los artículos 12, letra b), y 14, letra a), de la Directiva de 24 de octubre de 1995, en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada está obligado a efectuar dicha retirada respecto de la totalidad de los nombres de dominio de su motor, de tal manera que los vínculos controvertidos dejen de mostrarse independientemente del lugar desde el que se realice la búsqueda a partir del nombre del solicitante, incluso fuera del ámbito de aplicación territorial de la Directiva de 24 de octubre de 1995?

En segundo lugar, en caso de respuesta negativa a esta primera cuestión, ¿debe interpretarse el “derecho de retirada”, según ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia antes citada, en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada solamente está obligado a suprimir los vínculos controvertidos de los resultados obtenidos como consecuencia de una búsqueda realizada a partir del nombre del solicitante en el nombre de dominio correspondiente al estado en el que se considera que se ha efectuado la solicitud o, de manera más general, en los nombres de dominio del motor de búsqueda que corresponden a las extensiones nacionales de dicho motor para el conjunto de los estados miembros de la Unión Europea?

Finalmente, además, como complemento de la obligación mencionada en la segunda cuestión, ¿debe interpretarse el “derecho de retirada”, según ha sido consagrado por el Tribunal de Justicia de la

¹¹ Caso 507/17, STJUE 772/2019, de 24 de septiembre [2017].

Unión Europea en su sentencia antes citada, en el sentido de que el gestor de un motor de búsqueda que estima una solicitud de retirada está obligado a suprimir, mediante la técnica denominada de “bloqueo geográfico”, desde una dirección *IP* supuestamente localizada en el Estado de residencia del beneficiario del “derecho de retirada”, los resultados controvertidos obtenidos como consecuencia de una búsqueda realizada a partir de su nombre, o incluso, de manera más general, desde una dirección *IP* supuestamente localizada en uno de los Estados miembros sujetos a la Directiva de 24 de octubre de 1995, y ello independientemente del nombre de dominio utilizado por el internauta que efectúa la búsqueda?

Como fácilmente se comprueba, son todas cuestiones que atañen a presupuestos prácticos de aplicación del derecho.

En el momento en que se dicta la resolución que ahora comentamos ya se ha promulgado la nueva norma (nos referimos al RGPD), que es distinta de la que aplica al litigio principal el TJUE, que introduce importantes modificaciones sobre la cuestión nuclear que se sustancia en este asunto a través de los artículos 3 y 17. Sucede, sin embargo, que el legislador europeo promulga el citado instrumento normativo en mayo de 2016 pero éste no entra en vigor hasta mayo de 2018.

3.6.- Nuevo límite al derecho: la condición de personaje público

El “canon de relevancia pública” de lo expresado o informado no es una cuestión ajena a los órganos jurisdiccionales encargados de ponderar la primacía de los derechos personales contenidos en el artículo constitucional 18.1 en su interacción con la libertad de expresión y las libertades informativas.

Son numerosas las ocasiones en las que tanto el TS como el TC se han pronunciado a propósito de este asunto. De hecho, para el órgano encargado de interpretar la norma fundamental, en principio, son razonables las restricciones que las libertades de expresión e información ocasionen sobre el derecho al honor o la intimidad cuando las opiniones o informaciones tengan interés público (por todas, STC 49/2001, de 26 de febrero):

“Para llevar a cabo la ponderación entre los dos derechos invocados las circunstancias que deben tenerse en cuenta [...] son el juicio sobre la relevancia pública del asunto [...] y el carácter de personaje público del sujeto sobre el que se emite la crítica u opinión [...], especialmente si es o no titular de un cargo público. Igualmente importa para el enjuiciamiento constitucional el contexto en el que se producen las manifestaciones enjuiciables (STC 107/1988), como una entrevista o intervención oral [...]. De entrada, debe señalarse que, en el presente caso, las circunstancias en las que se produjeron las controvertidas declaraciones del señor Mendoza Fontela ponen de manifiesto la existencia de una colisión entre el derecho a la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] y el derecho al honor (art. 18.1 CE) [...]. De

acuerdo con la diferencia que desde la STC 104/1986 hemos establecido entre la amplitud de ejercicio de los dos derechos considerados, la libertad de expresión [art. 20.1 a) CE] dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones indudablemente injuriosas o sin relación con las ideas u opiniones que se expongan y que resulten innecesarias para su exposición [...]”. (Fundamento jurídico sexto).

Y que se difunda a través de un medio de comunicación social, tal y como se recoge en la paradigmática STC 107/1988, de 8 de junio; también recoge esta doctrina la STC 15/1993, de 18 de enero:

“[...] teniendo en cuenta el contexto en que se producen -una entrevista periodística dirigida a la información pública-, su alcance de crítica impersonalizada en la que no se hacen imputaciones de hechos a Jueces singularizados, cuyo honor y dignidad personal no resultan afectadas y el interés público de la materia sobre la cual recae la opinión -el funcionamiento de la Administración de Justicia-, la jurisdicción penal debió entender, de haber realizado una correcta ponderación de los valores en conflicto, que la libertad de expresión se ejerció en condiciones que, constitucionalmente, le confieren el máximo nivel de eficacia preferente y, en consecuencia, que la lesión inferida a la dignidad de clase determinada del Estado encuentra justificación en la protección que merece el ejercicio de dicha libertad, cuando, como ocurre en este caso, no traspasa los límites que se dejan anteriormente establecidos, aunque la opinión emitida merezca los calificativos de acerba, inexacta e injusta”. (Fundamento jurídico tercero).

“No se puede negar en primer lugar que el hecho objeto de la información tiene relevancia a nivel local, en cuanto que se trata de unas manifestaciones públicas de un concejal del Ayuntamiento que pueden resultar de interés para la opinión pública. Desde este punto de vista es evidente que el hecho puede ser considerado noticioso o noticiable a nivel local y por tanto contenido de la libertad de información [...]. (Fundamento jurídico segundo).

El alcance efectivo del derecho al honor [o a la intimidad personal y familiar] dependerá así, en cada caso, del contexto en el que se produzca la presunta agresión. Es muy relevante, por ejemplo, que la persona concernida por la opinión o información tenga una dimensión pública o que sea afectado por hechos que son objetivamente noticiables.

Con carácter general puede afirmarse que las personas que ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas (SSTC 19/1996, de 12 de febrero y 68/2008, de 23 de junio):

“[...] al encontrarnos ante una lesión de significación pública, haya de ponderarse frente a otros intereses públicos en juego, como es, necesariamente, el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión [art. 20.1 d) C.E.]. Libertad que, en el presente caso, debe prevalecer en tanto que la información transmitida no sea gratuita o notoriamente infundada y esté referida a asuntos públicos que son del interés general por las materias a que se refieren y por las personas que

en ellos intervienen, puesto que las personas que ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas[...]”. (Fundamento jurídico tercero).

“[...] las personas que ejercen funciones públicas, o resultan implicadas en asuntos de relevancia pública, deben soportar un cierto mayor riesgo de injerencia en sus derechos de la personalidad que las personas privadas. Ello es así porque en la base de toda sociedad democrática está la formación de una opinión pública libre y plural que, en principio y salvo excepcionales limitaciones, puede tener acceso a la información que afecta al funcionamiento de las instituciones públicas”. (Fundamento jurídico tercero, apartado c).

Por lo tanto, y aunque en alguna ocasión el TC haya puesto de manifiesto que ello no significa en modo alguno que, en atención a su carácter público, dichas personas queden privadas de ser titulares del derecho al honor que el art. 18.1 CE garantiza (por ejemplo, en la STC 336/1993, de 15 de noviembre; fundamento jurídico quinto, apartado a), el interés público opera como restricción de los derechos contenidos en el citado precepto.

En la ponderación entre el derecho al olvido y el derecho a la libertad informativa, la doctrina consolidada señala tres criterios: “[...] el interés público actualizado, el estudio del contexto en el que se ha difundido la información y la aplicación del principio de proporcionalidad¹².

En línea continuista con la doctrina jurisprudencial constante, la Sala de lo Civil del TS va un paso más allá de lo expresado en su resolución STS 545/2015, de 15 de octubre y, mediante auto (ATS 3168/2017, de 4 abril), desestima dos recursos -uno de casación y otro extraordinario por infracción procesal-, en el que la parte actora alegaba intromisión ilegítima en su derecho a la protección de datos personales, a la intimidad personal y familiar a la imagen y al honor, solicitando la retirada de la información personal de las indexaciones y cachés que hacían referencia a una información que consideraba lesiva para sus intereses.

El resumen de la *ratio decidendi* se concentra en que no puede exigirse al editor de una página web que por su propia iniciativa depure datos porque ello supondría un sacrificio desproporcionado para la libertad de información, pero sí puede exigirse que dé una respuesta adecuada a los afectados que ejerciten sus derechos de oposición y cancelación al tratamiento de datos¹³.

Obviamos en este caso el relato fáctico por cuanto guarda un paralelismo significativo con los hechos referidos con ocasión del

¹² Por ejemplo, Pere Simón, *El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE*, (1ª ed., Wolters Kluwer 2015), 192.

¹³ Sandra Gamella, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías* (Sepin 2018), 273.

primer pronunciamiento sobre el derecho al olvido digital por parte del TS.

Sí que corresponde un breve comentario sobre la motivación del auto pues, aunque se trata de un Instrumento procesal que en principio tiene menor relevancia que una sentencia (su función principal es dar impulso al proceso), la pertinencia y la justificación en el caso del derecho al olvido digital es relevante, dado que el canon de relevancia pública no es ajeno a los órganos en los que se reside la labor hermenéutica de dirimir la prevalencia de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y de las libertades informativas o, por el contrario, la de los derechos al honor o la intimidad, por ejemplo.

Sí, en cambio, constituye una novedad en el caso del derecho a la supresión, ya que ésta es la primera ocasión en la que el TS se pronuncia al respecto, contribuyendo a delimitar el significado y alcance de éste, al confirmar que no es absoluto, acogiendo, como se ha adelantado, la doctrina contenida en la STS 545/2015, de 15 de octubre, en la que la Sala expresó que el derecho al olvido no ampara que cada uno pueda construir un pasado a su medida.

3.7.- La entronización de la autodeterminación informativa digital como derecho fundamental

Mediante la STC 58/2018, de 4 de junio, con motivo de la resolución de un recurso de amparo, el alto tribunal español declara que la búsqueda con nombres propios en hemeroteca digital es una conducta que puede vulnerar ciertos derechos.

Sucintamente, los hechos del caso se remontan a 2011, momento en que los recurrentes en amparo interpusieron demanda de juicio ordinario contra el diario *El País* por vulneración del derecho al honor, a la intimidad y a la protección de datos de carácter personal (art. 18.1 y 4 CE).

El citado medio de comunicación publicó, en los años ochenta, y en su edición impresa, el desmantelamiento de una red de tráfico de estupefacientes, entre los que se encontraban las personas demandantes de amparo. La noticia, que identificaba a éstas por su nombre, apellidos y profesión. Dos décadas después, *El País* estableció el acceso gratuito a su hemeroteca digital, contenida en el sitio web *www.elpais.com*. A partir de ese momento, al introducir los nombres y apellidos de la parte actora, en el principal proveedor de servicios de intermediación de búsqueda en Internet (*www.google.com* o *www.google.es*), aparecía como primer resultado aquella noticia, y un extracto de la misma. Los demandantes ven desestimadas sus pretensiones en la instancia y deciden recurrir solicitando recabar amparo ante el TC.

La importancia de esta decisión radica, fundamentalmente, en dos cuestiones. De un lado, porque constituye la primera ocasión en que el TC se pronuncia sobre el derecho al olvido. La condición de

novedad se refuerza, además, en el hecho de que es también la primera ocasión en que se intenta recabar la tutela en vía civil del derecho fundamental a la protección de datos.

Y, de otro, más importante aún, porque el alto tribunal español escinde el derecho a la protección de datos del derecho a la informática. Al conferirle esta autonomía, el TC consagra el derecho a la protección de datos como un derecho fundamental.

De especial interés son los fundamentos jurídicos quinto y sexto. A través de ellos, el TC justifica su tesis en la necesidad de ajustarse a los presupuestos actuales de la información periodística:

“Hoy, la información periodística ya no es sólo la actualidad publicada en la prensa escrita o audiovisual, sino un flujo de datos sobre hechos y personas que circula por cauces no siempre sujetos al control de los propios medios de comunicación, y que nos permite ir hacia atrás en el tiempo haciendo noticiables sucesos que no son actuales. Las anteriores circunstancias exigen ajustar nuestra jurisprudencia sobre la ponderación de los derechos en conflicto”. (Fundamento jurídico quinto, párrafo primero *in fine*).

Por lo tanto:

“[...] el derecho al olvido es una vertiente del derecho a la protección de datos personales frente al uso de la informática (art. 18.4 CE), y es también un mecanismo de garantía para la preservación de los derechos a la intimidad y al honor, con los que está íntimamente relacionado, aunque se trate de un derecho autónomo”. (Fundamento jurídico quinto, párrafo cuarto).

La escisión del derecho al olvido del derecho fundamental se reconoce a través del siguiente argumento:

“Por tanto, el art. 18.4 CE garantiza un ámbito de protección específico pero también más idóneo que el que podían ofrecer, por sí mismos, los derechos fundamentales mencionados en el apartado 1 del precepto (STC 292/2000, FJ 4), de modo que “la garantía de la vida privada de la persona y de su reputación poseen hoy una dimensión positiva que excede el ámbito propio del derecho fundamental a la intimidad (art. 18.1 CE), y que se traduce en un derecho de control sobre los datos relativos a la propia persona. La llamada “libertad informática” es así derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*) y comprende, entre otros aspectos, la oposición del ciudadano a que determinados datos personales sean utilizados para fines distintos de aquel legítimo que justificó su obtención” (STC 292/2000, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, si las libertades informáticas pueden definirse como derecho fundamental, también lo es, porque se integra entre ellas, el derecho al olvido”. (Fundamento jurídico quinto, párrafos séptimo y octavo).

De este reconocimiento expreso se derivan importantes consecuencias jurídico-procesales y jurídico-sustantivas.

“Este reconocimiento expreso del derecho al olvido, como facultad inherente al derecho a la protección de datos personales, y por tanto como derecho fundamental, supone la automática aplicación al mismo de la jurisprudencia

relativa a los límites de los derechos fundamentales. En el FJ 11 de la STC 292/2000, reiterado después en el FJ 4 de la STC 17/2013, de 31 de enero, se estableció que: “[E]l derecho a la protección de datos no es ilimitado, y aunque la Constitución no le imponga expresamente límites específicos, ni remita a los poderes públicos para su determinación como ha hecho con otros derechos fundamentales, no cabe duda de que han de encontrarlos en los restantes derechos fundamentales y bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, pues así lo exige el principio de unidad de la Constitución.” En este caso, se identifica la libertad de información [art. 20.1 d) CE] como el derecho fundamental que podría actuar como límite del derecho de autodeterminación sobre los propios datos personales”. (Fundamento jurídico sexto, primer y segundo párrafos).

Respecto de ambas, cabe recordar la eficacia *inter privatos* y la protección reforzada de la que gozan los derechos fundamentales (ex art. 53.2 CE), por cuanto tienen acceso al amparo constitucional.

3.8.- Los proveedores de servicios de motor de búsqueda en internet deben preservar el derecho a la vida privada de las personas

La madurez jurisprudencial del derecho a la supresión digital comienza a perfilarse con la STS 12/2019, de 11 de enero.

En esta ocasión, la Sala Tercera del Supremo acoge doctrina anterior y establece la prevalencia del artículo 6.4 de la Ley de Protección de Datos de Carácter Personal (Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre) vigente en su momento, interpretando que “debe garantizarse la protección del derecho al olvido digital (de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18 de la Carta Magna) en aquellos supuestos en que la información que es objeto de difusión, y cuya localización se obtiene a través de motores de búsqueda en internet contenga datos inexactos que afectan en lo sustancial a la esencia de la noticia”.

La Sala de lo Contencioso coincide con la Audiencia Nacional cuando en la sentencia recurrida se explica que la exigencia de tutelar el derecho a la información “no puede suponer vaciar de contenido la protección debida del derecho a la intimidad personal y a la propia imagen, así como el derecho a la protección de datos personales, cuando resulten afectados significativamente por la divulgación de noticias en internet”.

Por último, para el TS, los proveedores de servicios de motor de búsqueda en Internet ejercen lícitamente su actividad empresarial cuando ponen a disposición del público aplicaciones o herramientas de localización de información sobre personas físicas, circunstancia que está ampara por la libertad de información ex art. 20 CE. Pero, no obstante, “están obligadas a preservar con la misma intensidad el derecho fundamental a la vida privada de las personas afectadas, impidiendo cualquier interferencia que pueda considerarse de ilegítima”, por lo que, a partir de esta importante resolución, deberán

proceder a borrar noticias con datos sustancialmente erróneos o inexactos.

3.9.- La madurez plena del derecho: una búsqueda en Internet con dos apellidos es suficiente para el reconocimiento de la autodeterminación informativa

La madurez jurisprudencial del derecho a la supresión digital alcanza su cénit con la STS 4016/2020, de 27 de noviembre.

En efecto, de nuevo la máxima autoridad judicial en esta materia -la Sala Tercera del TS- en un sentido que implica un robustecimiento del derecho a la autodeterminación informativa digital.

En apretada síntesis, los hechos del caso son los siguientes. En 2017, D. Mariano solicita al gestor del metabuscador *Bing -Microsoft Corporation-* la desindexación de varias *urls* para las búsquedas realizadas no solo por su nombre completo, sino también por sus dos apellidos. *Microsoft* accede a la primera petición, pero rechaza la segunda con el argumento de que los dos apellidos no constituyen un identificador inequívoco de una persona.

De igual modo, la AEPD también rechaza la segunda solicitud de D. Mariano, resolución que confirmará la AN al considerar que, conforme a la normativa del Registro Civil, las personas son designadas por su nombre y apellidos.

También para la doctrina, para la que una persona es identificable, cuando su identidad pueda determinarse directa o indirectamente, mediante cualquier información referida a su identidad¹⁴.

El TS anula la Sentencia de la AN y estima por lo tanto el recurso de casación interpuesto por D. Mariano.

Al respecto, la Sala sostiene que:

“[...] No resulta coherente, con esa doctrina jurisprudencial, reconocer el derecho al olvido cuando la búsqueda se efectúe a partir del nombre (completo) de una persona y negarlo cuando se efectúa sólo a partir de los dos apellidos de esa persona, pues ello implica no tener en cuenta uno de los principios generales del Derecho de la Unión Europea, que propugna la interpretación uniforme en todos los Estados miembros de la normativa comunitaria europea. No resulta por tanto razonable que la aplicación de la Directiva 95/46/CE esté condicionada, en estos términos, por las diversas legislaciones internas reguladoras del Registro Civil, que determinan cuáles son los elementos identificativos del nombre y el estado civil de los ciudadanos de sus respectivos Estados”. (Fundamento jurídico tercero).

En este sentido, considera que teniendo en cuenta la naturaleza del derecho a la supresión, que se reconoce como derecho fundamental en el marco garantista de las libertades informáticas:

¹⁴ Por ejemplo, Elena Gil, *Big Data, Privacidad y Protección de Datos*, Agencia Española de Protección de Datos [2016], 45 y 46.

“no cabe interpretar de forma ‘tan restrictiva’ la referencia al tratamiento de datos de carácter personal relativos al nombre de la ‘persona afectada’, en el sentido de que operaría sólo en las búsquedas efectuadas a partir del nombre de pila y los dos apellidos de la persona, invocando, para ello, la legislación reguladora del Registro Civil, porque supondría contravenir el espíritu y la finalidad tuitiva de la normativa de la Unión Europea, así como la normativa nacional de protección de datos de carácter personal, que no permiten distinguir, a estos efectos, que la búsqueda se efectúe con base en los apellidos de la persona afectada o del nombre y los dos apellidos de la citada persona”. (Fundamento jurídico tercero).

A mayor abundamiento, el alto tribunal considera que:

“El criterio mantenido en la sentencia impugnada carece de apoyo en la normativa reguladora de la protección de datos personales de la Unión Europea y en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, pues “supondría restringir, injustificadamente, el derecho, del que es titular la persona afectada, de exigir al gestor de un motor de búsqueda la eliminación de la lista de resultados, obtenida como consecuencia de una búsqueda realizada a partir de nombre con el que se le identifica ordinariamente en la esfera privada o pública, vinculados a páginas webs, que contienen datos e informaciones relativos a su persona, debido a que estos datos e informaciones pueden perjudicarle o desea que se olviden, en determinadas circunstancias, transcurrido un lapso de tiempo que revela su obsolescencia, con la finalidad de salvaguardar su derecho al honor, a la intimidad, así como el derecho a preservar su propia imagen reputacional”. (Fundamento jurídico tercero).

Por último, añade que:

“Debe significarse que el Tribunal de instancia no podía ignorar el alcance y significado del tratamiento de datos de carácter personal, en este supuesto, que permite acceder a cualquier usuario de internet a contenidos referidos a diversos aspectos de la vida privada del reclamante, que, potencialmente, puede considerarse una injerencia ilegítima en el derecho a la privacidad, por referirse a datos de carácter privado, sin ninguna trascendencia pública, que carecen de actualidad, como así ha sido reconocido por la propia Agencia Española de Protección de Datos, respecto de las búsquedas realizadas a partir del nombre y los dos apellidos del reclamante”. (Fundamento jurídico tercero *in fine*).

Esta decisión reviste una importancia muy relevante cuyos efectos se proyectan procesal y extraprocesalmente. Y ello está motivado en gran medida por dos cuestiones.

En primer lugar, porque este fallo contribuye a solidificar la doctrina anterior. En este sentido, cabe recordar que dos sentencias emitidas por un mismo órgano jurisprudencial en su sentido análogo se considera doctrina consolidada.

Y, seguidamente, porque tras la reforma del recurso de casación cada vez resulta más difícil franquear el pórtico de su admisión, un requisito procesal *sine qua non* la casación no puede prosperar.

Por lo tanto, justificar el interés casacional es el *quid* sobre el que se asienta en buena medida la ventura del recurso, lo que prueba que, aunque el derecho a la autodeterminación informativa digital ha alcanzado una madurez jurisprudencial consolidada, está revestido de

una confección poliédrica que precisa una redefinición constante de su hechura.

4.- DISCUSIÓN

El derecho a la autodeterminación informativa digital aspira a ser la respuesta jurídica al problema obligando, por ley, a borrar o hacer anónimos los datos personales una vez se ha logrado el objetivo de su tratamiento, concediendo al titular el derecho a oponerse justificadamente al mismo. Se pretende impedir así el perpetuo mantenimiento de algunos datos en Internet altamente sensibles para la dignidad e intimidad de las personas, lo que en la práctica supone, por ejemplo, la eliminación o bloqueo de datos de ficheros de morosos o de listados comerciales, o la cancelación de antecedentes¹⁵.

Pero, como se ha podido comprobar, la arquitectura del derecho precitado está ahormada por la doctrina jurisprudencial. En parte, ello es debido a que se trata de un derecho cuya configuración jurídica se encuentra en una fase inicial¹⁶.

En este sentido, cabe recordar que el TC ha tenido una actuación notable en la construcción del derecho fundamental a la protección de datos de carácter personal¹⁷. Este órgano tiene una doble dimensión frente a este derecho. Casas Baamonde explica esta doble dimensión en los términos siguientes: “[...] 1) desde la doctrina del tribunal sobre el derecho a la protección de datos de carácter personal, de análisis obligado porque al tribunal se debe la configuración de tal derecho como fundamental a partir del artículo 18.4 de la Constitución; y 2) desde la práctica del propio Tribunal en la protección de datos de carácter personal, puesto que el Tribunal opera necesariamente con

¹⁵ Marina Sancho, *Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y nuevo marco legal*, Madrid, Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías núm. 41 [2016] 8.

¹⁶ Pablo Fernández, ‘El Derecho al Olvido Desde el Ordenamiento Comunitario’, *Análise crítica do direito público Iberoamericano*, Universidade Lusófana do Porto [2020] 274.

¹⁷ Conviene tener presente que el reconocimiento del derecho a la autodeterminación información informativa como derecho autónomo e independiente del derecho a la intimidad ha sido reconocido por el TC desde el año 1993 -254/1993 (sala primera), de 20 de julio-. Asimismo, también ha señalado este órgano jurisprudencial su carácter instrumental, tal y como reflejan, entre otras, STC 33/1998 (sala primera), de 11 de febrero; STC 35/1998 (sala primera), de 11 de febrero; STC 45/1998 (sala primera), de 24 de febrero; STC 60/1998 (sala segunda), de 16 de marzo; STC 77/1998 (sala primera), de 31 de marzo; SSTC 104/1998, 105/1998 y 106/1998 (sala segunda), de 18 de mayo; SSTC 123/1998, 124/1998, 125/1998 126/1998 (sala segunda), de 15 de junio; STC 158/1998 (sala segunda), de 13 de julio; STC 198/1998 (sala primera), de 13 de octubre; STC 223/1998 (sala primera), de 24 de noviembre; STC 30/1999 (sala primera), de 8 de marzo y SSTC 44/1999 (sala segunda) y 45/1999 (sala segunda), de 22 de marzo.

datos de carácter personal en las decisiones de resolución de los procesos de su competencia”¹⁸.

Ayuno de una regulación propia hasta la entrada en vigor del RGPD, el 25 de mayo de 2018, el derecho a la autodeterminación informativa digital se ha ido conformando con el cincel del órgano jurisdiccional europeo, sobre todo, que ha ido perfilando y delimitando el contenido y el alcance del derecho.

La apuesta por un estándar de protección elevado por parte del órgano jurisdiccional europeo ha quedado patente a través de las SSTJUE, que resuelven los casos (C-406/15) y (C-131/12).

En España, la constitucionalización *ex novo* del derecho a través de la STC 58/2018, de 4 de junio, si bien tiene un alcance limitado (no puede olvidarse que estamos en un sistema multinivel), implica automáticamente que adquiere la virtualidad protectora que contiene el artículo 18.4 CE.

Ahora bien, una vez expresado el carácter autónomo del derecho, numerosos son los retos y desafíos que se presentan tanto para los potenciales afectados por una intromisión ilegítima en su derecho al olvido digital, como para periodistas, responsables de medios de comunicación, operadores jurídicos, etcétera, incluso, para los propios jueces, que han de enfrentarse a la ardua tarea hermenéutica.

Y ello por cuanto el alumbramiento jurisprudencial del derecho fundamental al olvido digital es muy reciente.

Para la doctrina consolidada, el derecho al olvido tiene sus orígenes en el derecho a la intimidad y en el derecho a la protección de los datos personales, por lo que es evidente que el derecho al olvido proviene y nace de estos derechos¹⁹.

Se trata de un derecho bifronte: es un derecho autónomo para la protección de datos personales, sean íntimos o públicos, y por tanto con un ámbito de protección más específico e idóneo que el derecho a la intimidad, aunque en ocasiones concrete éste. Y es también un instituto de garantía de otros valores constitucionales (de forma especial intimidad personal y familiar, honor y propia imagen, pero también libertad ideológica, religiosa, sindical, etcétera)²⁰.

Envuelto en la dinámica de la comunicación, el derecho al olvido digital es un derecho autónomo, distinto del *habeas data*, contenido en el 18.4 CE, que a su vez deviene del derecho raíz -la intimidad-, que está configurada en el artículo 20 CE.

Ambos artículos -18 y 20 CE- se encuentran en la parte dogmática de la Carta Magna, pero ha de advertirse que de la correcta

¹⁸ María Emilia Casas, *El derecho a la Protección de Datos de carácter personal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado [2015] 92.

¹⁹ Por todos, *vid.* María Álvarez, *Derecho al olvido en internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital* (Reus 2015) 26.

²⁰ Antonio Troncoso, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio* (Tirant Lo Blanch 2010) 320.

interpretación que se haga a partir de la tesis planteada por el TC en la resolución de 4 de junio se derivan importantes consecuencias prácticas.

En concreto, ¿es para el TC el derecho al olvido digital un derecho personalísimo? Si tiene encaje en el derecho fundamental a la intimidad y éste es el derecho-raíz, podría inferirse que sí.

La intimidad, junto al honor y la propia imagen, de un lado, y aquéllos otros relativos a la vida, a la integridad física, al nombre y a la libertad personal, de otro, constituyen el ámbito de protección de los llamados derechos de la personalidad, es decir, aquéllos que tienen por objeto los modos de ser físicos o morales de la persona. Esto es, aquéllos que garantizan el señorío sobre una parte esencial de la propia personalidad.

Así concebidos, los derechos de la personalidad se caracterizan: 1) por ser originarios e innatos; 2) por su carácter de eficacia de derecho absoluto, pudiendo exigirse a cualquiera el respeto de los mismos; 3) por ser derechos personales en la medida en que protegen aspectos de la personalidad, si bien su violación puede dar lugar al resarcimiento económico del daño en vía civil, y 4) por ser derechos irrenunciables, principio éste que puede ofrecer algunas excepciones contempladas en la ley.

El artículo 18.1 CE afirma que “se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen”. Este derecho tiene el carácter de fundamental al venir regulado en la Sección 1ª, del Capítulo II, bajo la rúbrica “De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”.

Los apartados 2º, 3º y 4º del artículo 18 acogen, respectivamente, los principios de la inviolabilidad de domicilio, del secreto de las comunicaciones y de la limitación legal del uso de la informática para garantizar el honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen de los ciudadanos.

Abundando en esta idea, hasta tal punto se consideran fundamentales que el texto constitucional declara más adelante -en el artículo 20.4- que el respeto de tales derechos supone un límite al ejercicio de las libertades de expresión e información.

El desarrollo legislativo de la tutela constitucional del derecho a la intimidad fue llevado a cabo en virtud de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo. Como su propio nombre indica, esta Ley tiene por objeto el resarcimiento de los daños materiales o morales, perjuicios que, por lo demás, son de especial trascendencia en el caso de las intromisiones o injerencias ilegítimas en el ámbito de este derecho.

A tenor de lo expuesto, la discusión, a partir de la resolución de junio de 2018 se centra en la eficacia horizontal del derecho al olvido digital y su proyección *ad intra* y *ad extra*. Cuestiones como, por ejemplo, la titularidad del derecho tanto en personas físicas, como sujetos jurídico-privados y, sobre todo, de naturaleza pública deben perfilarse.

Y ello por cuanto, reconocida la titularidad del derecho fundamental, se abre, como se ha señalado, un catálogo de medidas de protección jurídico-procesales y de derecho sustantivo muy relevantes. A *sensu contrario*, si no hay un reconocimiento explícito de la citada titularidad, los sujetos quedarían excluidos de la opción de recurrir en amparo, por ejemplo, pues no cumplen con el requisito de la legitimación necesaria para recabar la tutela.

No son pocas, por lo tanto, las cuestiones que están pendientes de matizar y definir en relación al derecho a la autodeterminación informativa digital. Hay mucha enjundia jurídica.

En este sentido, el desafío es titánico. En particular, para los proveedores de servicios y titulares de medios de comunicación, que deberán decidir caso a caso la intensidad del uso tanto del *big data* como de la inteligencia artificial y, desde luego, del *microtargeting*.

Para un sector doctrinal, en la era del *big data* y de la computación ubicua el principio de neutralidad tecnológica adquiere una relevancia muy significativa con respecto a la privacidad, pues implica “[...] contrarrestar el desequilibrio existente entre el usuario de los productos tecnológicos, que no tiene conocimientos específicos, y los responsables de la tecnología, que predisponen los sistemas de tratamiento de datos personales. Si la tecnología no es neutra, es decir, condiciona la autonomía de su destinatario e impone “formas onerosas de ejercer los derechos [...], se convierte en un factor de dominación”. El principio de neutralidad está íntimamente conectado con los principios de privacidad desde el diseño y por defecto, ya que lo que se requiere es una mayor responsabilidad en la planificación y el diseño tecnológico para garantizar el derecho a la vida privada de los usuarios de esa tecnología. A través de este principio se trataría de contrarrestar la técnica contraria, tan común en muchos servicios de Internet que consiste en deshabilitar al máximo la privacidad de las aplicaciones por sus titulares. El principio de neutralidad supone, por lo tanto, incluir dentro de las previsiones técnicas una más: la consideración de que esa tecnología debe ser respetuosa con los derechos humanos. [...] Los principios de neutralidad tecnológica y de privacidad desde el diseño responden a una filosofía semejante, pues si bien no está en juego la integridad física o la salud del usuario, sí lo están sus derechos fundamentales y su libertad”²¹.

El tratamiento cualitativo de los datos, la sectorialización de las audiencias y el *corolario* de segmentación de perfiles son procedimientos que posibilita la tecnología, pero el derecho a la información no puede amparar una barra libre de conductas. Y no sólo porque el derecho a la supresión digital opera ya como un límite de aquél, sino porque en la era de la comunicación digital, la apuesta por

²¹ Ana Garriga, *Nuevos Retos para la protección de datos personales: en la era del big data y de la computación ubicua* (Dykinson 2015) 243 y 244.

un estándar laxo o elevado de protección configurará los parámetros de la sociedad del futuro.

De momento, las espadas están en alto en torno a dos modelos, básicamente. El europeo que, con la introducción de un patrón muy tuitivo -vía RGPD- ha trazado las líneas rojas para los proveedores de servicios de información y el estadounidense, que dejó clara su apuesta por un estándar de protección débil, tras tumbar la *Privacy Act* (Ley sobre Privacidad) en marzo de 2017 y abrir de este modo la posibilidad de que aquéllos explotasen datos personales.

5.- CONCLUSIONES

En la dinámica de la comunicación es necesario realizar una ponderación entre el ejercicio de la libertad de información y el respeto a los derechos de la personalidad, fundamentalmente el derecho a la intimidad personal y familiar pero también el derecho al honor cuando la información vulnere la reputación del afectado, para decidir cuál debe prevalecer a la vista de las circunstancias concurrentes.

Los elementos a tener en cuenta para realizar este examen son, de un lado, el potencial ofensivo que para los derechos de la personalidad tenga la información publicada y, de otro, el interés público en que esa información aparezca vinculada a los datos personales del afectado en una búsqueda efectuada en un metabuscador.

Un análisis cualitativo de la jurisprudencia consolidada analizada muestra una cartografía del derecho que contiene los siguientes parámetros: los resultados de búsqueda pueden ser bloqueados cuando la información a la que enlacen sea lesiva para el interesado, carezca de relevancia informativa y no afecte a un personaje público.

El derecho a la autodeterminación informativa se ha ido robusteciendo a golpe de sentencias y en la actualidad se reconoce con una mera búsqueda en Internet con dos apellidos.

Pero la cartografía jurídica de este derecho de configuración jurisprudencial contiene también unos caracteres temporales, que quedaron parcialmente fijados en la STJUE 198/2017, de 9 de marzo. En esta resolución recuerda el alto tribunal europeo que los estados miembros están obligados a respetar las normas de Derecho de la Unión en materia de protección de datos personales y, por lo tanto, garantizar su conservación durante un plazo no superior al necesario para los fines para que se recogieron, lo cual enlaza con una posible vulneración de las libertades fundamentales y, en particular, el derecho al respeto de la vida privada, protegida por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Sin embargo, del repositorio analizado, del que destaca el reconocimiento como del derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental en la STC 58/2018, de 4 de junio,

numerosas son aún las cuestiones que están aún pendientes de configurar en torno al alcance de este derecho. Por ejemplo, hasta dónde reside la obligación de los estados miembros de fijar límites temporales y en qué concretos organismos o instituciones deben recaer.

Y, también, aspectos como el alcance de la titularidad del derecho -con el haz de medidas de protección que se abre o se cierra en función de que ésta se reconozca o se deniegue- o del ámbito espacial o material de la normativa, lo que prueba que el derecho a la autodeterminación informativa digital es poroso y está muy vivo.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Ana Azurmendi, 'Por un derecho al olvido para los europeos: aportaciones jurisprudenciales de la sentencia del tribunal de justicia europeo del caso *Google Spain* y su recepción por la sentencia de la Audiencia Nacional española, de 29 de diciembre de 2014', UNED. Revista de Derecho Político, núm. 92, enero-abril [2015].
- Ana Garriga, *Nuevos Retos para la protección de datos personales: en la era del big data y de la computación ubicua* (Dykinson 2015).
- Ana Garriga, 'La nueva Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos Personales, ¿un cambio de filosofía?', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 34 [2000].
- Antonio Troncoso, *La protección de datos personales. En busca del equilibrio* (Tirant Lo Blanch 2010).
- Elena Gil, *Big Data, Privacidad y Protección de Datos* (Agencia Española de Protección de Datos 2016).
- María Álvarez, *Derecho al olvido en Internet: el nuevo paradigma de la privacidad en la era digital* (1ª ed., Reus 2015).
- María Emilia Casas, *El derecho a la Protección de Datos de carácter personal en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado 2015).
- Marina Sancho, 'Consideraciones procesales del ejercicio del derecho al olvido: examen de jurisprudencia reciente y nuevo marco legal', Madrid, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías* núm. 41, [2016].
- Pablo Fernández, 'El Derecho al Olvido Desde el Ordenamiento Comunitario', *Análise crítica do direito público iberoamericano*, Universidade Lusófana do Porto [2020].
- Pere Simón, *El Reconocimiento del derecho al olvido digital en España y en la UE* (1ª ed., Wolters Kluwer 2015).
- Sandra Gamella, *Derecho al honor, intimidad y propia imagen en relación con las nuevas tecnologías* (Sepin 2018).

6.1- Legislación

Constitución Española, de 29 de diciembre de 1978. BOE-A-1978-31229.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Reglamento 2016/679 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos [2016].

Ley Orgánica 1/1982, de 24 de mayo, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidación Personal y Familiar, y a la Propia Imagen.

6.2- Jurisprudencia

STS 4016/2020, de 27 de noviembre; núm. rec. 6531/2019

STS 12/2019, de 11 de enero; núm. rec. 5579/2017

STJUE 772/2019, de 24 de septiembre (C-507/17)

STJUE 198/2017, de 9 de marzo (C-406/15)

STC 58/2018, de 4 de junio; núm. rec. 2096/2016

ATS 3168/2017, de 4 abril

STS 1280/2016, de 5 de abril; núm. rec. 3269/2014

STS 545/2015, de 15 de octubre; núm. rec. 2772/2013

STJUE 131/2014, de 13 de mayo (C-131/12)

STC 17/2013, de 31 de enero; núm. rec. 1024/2004

STC 68/2008, de 23 de junio; núm. rec. 5323/2004

STC 49/2001, de 26 de febrero; núm. rec. 881/1997

STC 292/2000, de 30 de noviembre; núm. rec. 1463/2000

STC 19/1996, de 12 de febrero; núm. rec. 3327/1993

STC 15/1993, de 18 de enero; núm. rec. 1681/1989

STC 254/1993, de 20 de julio; núm. rec. 1827/1990

STC 107/1988, de 8 de junio; núm. rec. 57/1987

STC 104/1986, de 17 de julio; núm. rec. 909/1985

CATOLICISMO SOCIAL Y FEMINISMO CONSERVADOR

María de Echarri y Dolors Monserdà

SOCIAL CATHOLICISM AND CONSERVATIVE FEMINISM

María de Echarri and Dolors Monserdà

Elisabet Velo Fabregat*

RESUMEN: María de Echarri y Dolors Monserdà fueron dos de las figuras más significativas del feminismo católico de principios del siglo XX. La prensa fue uno de los altavoces más importantes para la difusión de las ideas de ambas propagandistas sobre la situación laboral de las obreras, así como la defensa del catolicismo, que les valieron una relevancia social y política muy importante. En este trabajo se repasarán algunos de sus escritos publicados en la prensa que mostrarán su pensamiento social, con el objetivo de plasmar cuáles fueron sus ideas, adscritas a dos movimientos ideológicos: el feminismo conservador y el catolicismo social.

ABSTRACT: *María de Echarri and Dolors Monserdà were two of the most significant figures of Catholic feminism of the early twentieth century. The press was one of the most important speakers for the dissemination of the ideas of both propagandists about the working situation of the workers, as well as the defense of Catholicism, which earned them a very important social and political relevance. This work will review some of his writings published in the press that will re-follow his social thinking, with the aim of embossing what his ideas were, attached to two ideological movements: conservative feminism and social Catholicism.*

PALABRAS CLAVE: Historia del Derecho Social, feminismo, catolicismo social, prensa femenina, prensa católica.

KEYWORDS: *History of Social Law, feminism, social catholicism, women press, catholic press.*

Fecha de recepción: 29/10/2020

Fecha de aceptación: 18/01/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6190>

* Profesora Asociada, Dra. de Historia del Derecho y las Instituciones, Departamento de Derecho Público y Ciencias Histórico-jurídicas, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona. E-mail: elisabet.velo@uab.cat

1.- INTRODUCCIÓN

En este trabajo se analizará el pensamiento feminista conservador y católico reformista de María de Echarri y Dolors Monserdà a través de sus escritos en la prensa. Se documentará cuáles fueron las líneas ideológicas que compartían, así como su visión de los problemas relacionados con la cuestión social y sobre las condiciones de trabajo y de vida de las obreras. Estos temas serán los que plasmen en sus escritos periodísticos y las diferentes conferencias que impartieron a lo largo de su carrera como propagandistas en sus respectivos lugares de origen: Madrid y Barcelona.

La metodología usada se centra en el análisis de los escritos en la prensa y discursos de ambas propagandistas, por ser una fuente primaria de información sobre cuáles eran sus ideas y la manera cómo las expresaban: indignación, piedad, paternalismo... Serán muchas las perspectivas que adquirirán las autoras según sea el objeto del escrito analizado y que cambian radicalmente dependiendo de la postura adoptada sobre el objeto del artículo o conferencia.

La búsqueda de los artículos también ha sido reveladora por el tipo de prensa en los que han sido hallados: además de los periódicos generalistas conservadores, la mayoría de los artículos se publicaron en revistas católicas y femeninas, dirigidas por la élite intelectual, burguesa y eclesiástica de Madrid y Barcelona, respectivamente, y cuyo público remitía a los mismos colectivos. Se trataba, pues, de discursos emitidos por una élite para la misma élite explicando cómo vivían las obreras de un modo protector y paternalista. El mismo paternalismo propio del catolicismo social y el feminismo conservador, del que Echarri y Monserdà participaron desde sus tribunas: la primera especialmente desde la prensa católica y la segunda desde la prensa femenina y los círculos burgueses de la Ciudad Condal.

Las autoras, contemporáneas hasta la defunción de Dolors Monserdà en 1919, construyen un «puente» entre capitales, siendo dos mujeres con influencia y un ideario y propuestas muy similares, que construyeron una mirada de la sociedad obrera, en especial la femenina, con unos parámetros muy parecidos. Serán sus ideas las que tengan su espacio e influencia en las sociedades barcelonesa y madrileña.

Dolors Monserdà (Barcelona, 1845 – 1919), fue una escritora vinculada a la burguesía barcelonesa. Hija de artesanos del libro, su infancia transcurrió escuchando conversaciones de importantes intelectuales de la época, que frecuentaban en el local de sus padres. Esa educación fue la que la atrajo a la literatura, convirtiéndose en una polifacética escritora con una amplia producción literaria, entre las que se encuentran sus novelas *La Montserrat* (1893), *La familia Asparó* (1900), *La Fabricanta* (1904), *La Quitèria* (1906), *Del món* (1908),

Maria Glòria (1917) y *Buscant una ànima* (1919)¹ ². Así mismo, sus escritos periodísticos publicados en revistas como *Feminal*, fundada por Carme Karr, *La Tralla* y *Or y Grana: setmanari autonomista pera las donas, propulsor d'una Lliga Patriòtica de Damas*³ ⁴, fueron de gran importancia para la difusión de sus ideas sobre las obreras de la aguja, especialmente las que trabajaban a domicilio. Ese asunto sería uno de los temas tratados tanto por Monserdà como por Echarri.

María de Echarri (El Escorial, 1878 – Donostia, 1955), fue una de las exponentes más importantes del feminismo conservador y del catolicismo social del siglo XX. Dedicó su vida al proselitismo de los valores católicos en la sociedad, como por ejemplo a la educación, así como a la defensa de las mujeres obreras y a la lucha por la mejora de sus condiciones de trabajo y de vida.

Fue miembro de la Institución Teresiana fundada por el sacerdote Padre Poveda. La obra del sacerdote fue diversa y de gran importancia social, centrada sobre todo en el ámbito educativo como respuesta a la Institución Libre de Enseñanza, la que defendía una educación laica o religiosamente neutral, lo que Poveda entendía que no debía ser así. Con la fundación de la Institución Teresiana acercó sus postulados a las mujeres universitarias, especialmente entre las maestras y las que se formaban para tal profesión en la Escuela Superior de Magisterio de Madrid⁵.

Entre otras tareas relevantes, se dedicaron a la defensa de la educación católica frente a la educación laica propuesta por la Institución Libre de Enseñanza de la que formaban parte Francisco Giner de los Ríos, Nicolás Salmerón y Gumersindo de Azcárate, quién fue presidente del Instituto de Reformas Sociales. En el artículo *¡Así se trabaja!*, publicado en el periódico *El Pueblo Manchego* el 21 de octubre de 1911, escribía una crónica sobre la inauguración de un colegio católico en Gijón (Asturias). En esa crónica hace referencia a una visita anterior a la ciudad, descrita en otra crónica titulada *No prevalecerán*. En esa reseña explicaba la conferencia en la que alertaba sobre los peligros de la escuela laica, debido a la presencia de maestros laicos en la población. En el artículo de 21 de octubre, Echarri se felicita de la rápida reacción del círculo de Acción Social Católica de la ciudad,

¹ La familia Asparó, La Fabricante, La Quitara, Del mundo, Maria Gloria, Buscando un alma (Traducción de la autora).

² Neus Carbonell, *Feminisme, modernitat i narrativa en Dolores Monserdà* (Lectora: revista de dones i textualitat, 3, 1997) 20. (Feminismo, modernidad y narrativa en Dolores Monserdà.).

³ Oro y Grana: semanario autonomista para las mujeres, propulsor de una Liga Patriòtica de Damas.

⁴ Isabel Marrades, *Feminismo, prensa y sociedad en España*. (Papers: revista de sociología, 9, 1978) 123.

⁵ Mercedes Montero, *El acceso de la mujer española a la universidad y su proyección en la vida pública (1910-1936): comparación de iniciativas de Pedro Poveda y de la Institución Libre de Enseñanza* (Anuario de Historia de la Iglesia, 18, 2009).

inaugurando el centro educativo de confesión católica Colegio Popular Nuestra Señora de Covadonga con todas las modernidades disponibles, con el objetivo de contrarrestar el colegio laico. Para Echarri, era necesario asegurar la presencia del catolicismo en la educación.

Como maestra, formaba parte de la élite de dirigentes de ese movimiento, junto a periodistas y otras educadoras que se relacionaban entre la Asociación Nacional Católica de Propagandistas y la Acción Católica. Echarri destacó junto a otras mujeres como Teresa Luzzati, Carmen Cuesta o María de Madariaga, quienes se dedicaron a adaptar el discurso católico y las directrices papales a la realidad política y social, siendo su actividad estrechamente vinculada con ambas actividades, como fue el caso de Echarri⁶. Algunas de las revistas en las que publicó fueron, entre otras, la *Revista Católica de Cuestiones Sociales y Mujer y Trabajo*, revista del Sindicato Obrero Femenino de la Inmaculada de Madrid⁷.

El discurso y la práctica de Echarri y Monserdà se adscribían en el catolicismo social reformista y el feminismo conservador. Esta corriente de pensamiento se inspiró en la Encíclica *Rerum Novarum*, promulgada por el Papa León XIII en 1891. El catolicismo social se preocupaba por el bienestar social y económico de la clase obrera a partir de su formación moral y religiosa⁸, aunque respetando la propiedad privada y de empresa de los patronos, deviniendo un instrumento para intentar preservar la paz social en un período de una gran convulsión social, de las que el Santo Padre criticó su carácter violento y las pretensiones de los socialistas para redistribuir la riqueza. Echarri y Monserdà mostraron la misma inquietud que el pontífice en sus artículos periodísticos.

2.- ENTRE DOS IDEOLOGÍAS: EL CATOLICISMO SOCIAL Y EL FEMINISMO

2.1.- La Iglesia y el catolicismo social

La Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, publicada el 15 de mayo de 1891, se considera la base del catolicismo social, movimiento ideológico del que Echarri y Monserdà formaron parte. El texto papal, conformado por 60 puntos elaborados por Manning, arzobispo de Westminster⁹, fue la respuesta a la preocupación de

⁶ Rebeca Arce, *De la mujer social a la mujer azul: la reconstrucción de la feminidad por las derechas españolas durante el primer tercio del siglo XX* (Ayer, 57, 2005) 261-262.

⁷ Alejandro Martínez, *La mujer desde el catolicismo social: el contenido socio-pedagógico de la revista Mujer y Trabajo (1912-1931)* (Indivisa, Boletín de Estudios e Investigación, 10, 2009) 171.

⁸ Martínez (n. 5) 170.

⁹ Karen Offen, *Feminismos europeos, 1700-1950. Una historia política* (1ª edición Akal 2015) 285.

miembros de la Iglesia sobre las cuestiones sociales, deviniendo una «conclusión doctrinal» entre los diferentes criterios y percepciones existentes sobre el asunto, teniendo una gran acogida en el mundo católico y obteniendo el reconocimiento de personas ajenas a esa institución¹⁰.

La preocupación papal por la situación de la clase obrera entiende como legítimas sus reivindicaciones, aunque preservando la propiedad privada, que entendía como un «derecho natural». Aun así, la encíclica revolucionó el posicionamiento de la Iglesia y la sociedad eclesial sobre esa cuestión. La carta papal contiene tres capítulos: Iglesia, Estado y asociaciones profesionales. En el primero anuncia la doctrina de la Iglesia, esto es, su posicionamiento sobre la cuestión social defendiendo la desigualdad social entre los hombres, que entendía surgida de la naturaleza, y el deber de obreros y patronos para cumplir sus obligaciones: por parte de los obreros no perjudicar la propiedad privada y, por parte de los patronos, «no tener a los obreros como esclavos». Pone en valor la «fraternidad cristiana» y critica la «barbarie socialista», imponiendo deberes para la Iglesia como la formación moral de las conciencias e incrementar el bienestar material. También propone deberes para el Estado, lo que se refiere como «misión», entre los que se encuentra el fomento público de la prosperidad, observar la justicia distributiva y proteger a la clase obrera, limitando la jornada laboral, restringiendo el trabajo de mujeres y niños y regulando el descanso y los salarios para que los obreros puedan «sustentar la vida». Sobre las asociaciones profesionales, se perciben como «medios» para «socorrer a los necesitados» y acercar obreros y patronos. La conclusión de la Encíclica es clara: «El mejoramiento de la clase obrera es obra de todos» y, con esa premisa, la Iglesia católica y personajes afines como Echarri y Monserdà llevaron a cabo su obra de caridad cristiana inspirándose en el apóstol San Pablo, como un sacrificio personal «por el bien de los demás».

Será el Papa Pío X quién se abrió a la participación de las mujeres en el catolicismo social¹¹, pero serán los papas Pío XI y Pío XII los que impulsarán definitivamente la pertenencia de mujeres en asociaciones de carácter católico. Bajo el mandato del primero (1922-1939), las asociaciones de Acción Católica aumentaron en número, existiendo incluso la organización supranacional Unión Internacional de Ligas Católicas Femeninas (UILCF). En 1927 se publicó el Código Social de Malinas, que en su punto 49 reconocía el derecho de asociación: «[...] *el uso del derecho de poseer, del derecho de publicar el pensamiento por medio de la prensa y la enseñanza, del derecho de reunirse con semejantes y de asociarse con ellos, sólo es, en principio, legítimo*

¹⁰ Joaquim Civera, *Lleó XIII i la qüestió social*. (Col·lecció Sant Jordi. Barcelona: Editorial Barcino 1927) 76-77.

¹¹ Arce (n. 4) 258.

dentro de los límites del bien.»¹². Se señalan algunos de los pilares del catolicismo social: propiedad privada, uso de la prensa y la enseñanza y el asociacionismo. Esos derechos debían ser practicados, para ser legítimos, dentro de la moral y la doctrina eclesiástica. Por su parte, el Papa Pío XII (1939-1958) fue muy partidario de la participación de mujeres en las organizaciones seculares de la Iglesia, como las relacionadas con Acción Católica¹³.

El catolicismo social de corte reformista tuvo una gran influencia en España, siendo la inspiración para lo que se denominaría «intervencionismo científico», esto es, la creación de la Comisión de Reformas Sociales en 1888 y su sucesor, el Instituto de Reformas Sociales, en 1903. La primera institución fue clave para la recogida de información sobre el *statu quo* de la clase obrera y la elaboración de informes que sirvieron para la redacción y aprobación de normas, sobre todo a partir de la creación del Instituto de Reformas Sociales. Uno de los ideólogos más importantes del catolicismo social español fue Eduardo Sanz y Escartín, abogado, profesor y político vinculado al Partido Conservador que ocupó un puesto en el Instituto de Reformas Sociales, así como en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, institución que representó en la cámara legislativa estatal¹⁴. Desde su perspectiva católica conservadora y reformista, crítico tanto con el liberalismo individualista como el socialismo y defendió una reforma que mejorara las condiciones de vida de la clase obrera, protegiendo el derecho a la propiedad privada, encuadrándose en una línea de determinismo biológico de las clases sociales¹⁵, que también se encuentra en el ideario de las autoras analizadas: la clase obrera permanecerá en ese lugar por su falta de religiosidad y por sus propias capacidades, determinadas a ocupar ese espacio subalterno¹⁶. Así como Echarri y Monserdà, Sanz y Escartín exige al Estado la intervención en la cuestión obrera¹⁷ y defendió la existencia de las asociaciones obreras¹⁸, de la misma manera que lo puso en práctica Echarri, en su fórmula de sindicatos mixtos en los que tenían cabida tanto obreras como patronas y burguesas.

¹² Alberto Artajo y Máximo Cuervo, *Doctrina social católica de León XIII y Pío X* (Biblioteca de Iniciación Cultural, Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, S.A. 1933) 182-183.

¹³ Inmaculada Blasco, *Paradojas de la ortodoxia: política de masas y militancia católica femenina en España (1919-1939)* (Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza 2003) 65.

¹⁴ Carlos Campo, *Eduardo Sanz y Escartín: el reformismo de un católico conservador* (Miscelánea Comillas, 134(69), 2011) 182.

¹⁵ Campo (n.12).

¹⁶ Campo, *ibid.* 190.

¹⁷ José Luis Monereo, *Cuestión social y catolicismo social conservador: El pensamiento reformista de Sanz y Escartín* (Revista española de Derecho del Trabajo, 149, 2011) 39.

¹⁸ Monereo (n.15) 49.

La coincidencia entre el pensamiento de Sanz y Escartín y las autoras objeto de este trabajo es relevante, pues defienden un reformismo social que implique la mejora de las condiciones de vida de la clase obrera sin alterar los privilegios ni las propiedades de las clases dominantes, inspirado por un conservadurismo católico que viraría hacia posturas autoritarias y corporativistas, acabando su trayectoria vital siendo muy crítico con la República y sintiéndose cómodo con las posturas del bando *nacional* de la Guerra Civil. Además, tanto Sanz y Escartín como Echarri participaron en la Asamblea Nacional durante la Dictadura de Primo de Rivera, a la que brindarían su apoyo.

2.2.- El feminismo conservador de Echarri y Monserdà

Uno de los puntos de encuentro más importantes de ambas autoras fue el feminismo, teoría política que, a grandes rasgos, defiende los derechos de la mujer y la igualdad respecto al varón y desde donde las autoras se posicionaron respecto a lo que afectaba a las condiciones de vida y trabajo de las obreras. En este sentido, la Encíclica *Rerum Novarum* también tuvo su influencia en diferentes países europeos y en el asociacionismo de mujeres católicas y conservadoras, donde se fundaron organizaciones parecidas a la Acción Católica española. Por ejemplo, en Francia, la editora Marie Maugeret fundó la *Fédération Jeanne d'Arc* y a partir de 1900, año del primer congreso de esa federación, este tipo de asociaciones femeninas se extendieron en países como Irlanda, Bélgica, Italia y Austria, que debatieron la conveniencia del trabajo remunerado de la mujer casada, pues entendían que su principal deber era con el marido, con el que habían firmado un contrato, y con sus hijos, a los que debían cuidar¹⁹. Un feminismo que reconocía la función social de la mujer sin quebrantar ni su esencia femenina ni los principios católicos y que el jesuita Alarcón y Meléndez tituló como «Un feminismo aceptable» en sus artículos publicados en la revista *Razón y fe* en 1904 y 1905²⁰.

Los orígenes del feminismo católico español se remontan a principios del siglo XX, desde el impulso de figuras relacionadas con el magisterio como Concepción Sáiz y Otero y María Concepción Gimeno. En 1902, Sáiz escribió *El feminismo en España*, artículo publicado en la revista *La Escuela Moderna* y el año siguiente, Gimeno publicó *El Problema Feminista*, siendo *Iniciativas de la mujer en higiene moral social* publicado en 1908. Ambas fueron referentes de la Acción Católica de la Mujer, fundada en 1919 por el cardenal Guisasola, organización de carácter nacional que fue absorbiendo las asociaciones similares del territorio. Los pilares fundamentales de Acción Católica de la Mujer y las demás organizaciones análogas fueron la

¹⁹ Offen (n.7) 287-288.

²⁰ Antonio Manuel Moral, *Los orígenes del feminismo católico en España. (El Obrero: defensor de los trabajadores 2019)*.

preocupación por la mujer obrera, el feminismo católico, solidario, reformista y pacifista a raíz de la Primera Guerra Mundial²¹.

Fue ese lapso comprendido entre finales del siglo XIX y hasta la década de los años 30 del siglo XX cuando en Europa y Estados Unidos se extiende la idea y la necesidad que las mujeres accedan a la educación y el trabajo productivo en condiciones de igualdad. Un trabajo enmarcado en el capitalismo industrial con unas condiciones laborales estandarizadas²².

En 1907, Monserdà imparte la conferencia *El feminisme a Catalunya*²³ y en 1909 publica *Estudi feminista: orientacions per a la dona catalana*²⁴, ensayos sobre lo que debía ser el feminismo catalán: arraigado a la tradición de la tierra, el conservadurismo político y el catolicismo²⁵. Por su parte, Echarri publicó *El feminismo* en su sección *Crónica del movimiento católico femenino* del número de julio de 1917 de la *Revista católica de cuestiones sociales*.

En el discurso de Monserdà de 1907, concibe el feminismo como una corriente revolucionaria llegada de Europa, que ha masculinizado a las mujeres y las ha llevado por caminos que la feliz ama de casa nunca habría imaginado. En su percepción del feminismo, Monserdà hacía una distinción entre señoras de clase alta y las «de pueblo»:

En el meu concepte, el mohiment que se anomena Feminisme es un acte altament humanitari en la dona rica, y una apremiant necessitat en la dona del poble. Enfondint en aquest darrer camp, deixant de banda els entusiasmes belicosos de les sufragistes y'ls ideals de les que aspiren á supremacies y igualtats que no m'hi proposat discutir ni tractar en aquestes ratlles, me ocuparé tan sols del feminisme que jo crech de verdadera utilitat pera la dona, ab l'afany de que sia aquesta llevar la que arrelly y prosperi á la nostra terra²⁶.

²¹ José Lendoiro, *Feminismo católico (solidario y reformista): sindicalismo femenino católico valenciano (1912-1936)* y Manuel Pérez Arnal (Aportes: Revista de Historia Contemporánea, Vol. 33, núm. 97, 2018) 50.

²² Juan Sisinio Pérez, *Historia del feminismo* (Madrid: Libros de la Catarata 2011) 112.

²³ El feminismo en Cataluña (Traducción de la autora).

²⁴ Estudio feminista: orientaciones para la mujer catalana (Traducción de la autora).

²⁵ Amelia García, *Identidad cultural y espacios de actuación: las propuestas del feminismo conservador catalán* (Arenal: Revista de historia de mujeres, 15 (2) 2008) 218.

²⁶ Dolors Monserdà, *El feminisme a Catalunya*, (1907, en Dolors Monserdà (1916) *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera) 87. «En mi concepto, el movimiento que se llama Feminismo es un acto altamente humanitario en la mujer rica, y una apremiante necesidad de la mujer del pueblo. Centrándonos en este último campo, dejando de lado los entusiasmos belicosos de las sufragistas y los ideales de las que aspiran a supremacías e igualdades que no me he propuesto discutir ni tratar en estas líneas, me ocuparé del feminismo que yo creo de verdadera utilidad para la mujer, con el ánimo que sea la semilla la que arraigue y prospere en nuestra tierra» (Traducción de la autora).

Monserdà percibe una separación entre el feminismo como una obra de caridad o humanidad para las mujeres de clase alta y una necesidad para las de clase baja. Será esa división la que también inspirará su obra benéfica para las obreras de la aguja. Además, también percibía un feminismo que sobrepasaba la esencia de la mujer y otro que era útil, que no subvertía el orden familiar. La autora hace un repaso de las iniciativas llevadas a cabo en diferentes ciudades europeas por parte de mujeres de clase alta, que se dedicaban a formar a las obreras y a las chicas de pueblo para que tuvieran un oficio y aprendieran a llevar una casa. Monserdà se queja que en Barcelona apenas existen dos obras caritativas para las obreras:

[...] ja que á Barcelona les dames de la noblesa, les senyores de la rica burgesía, no han girat encara els ulls envers les infelisses noyes que, després de vuyt ó deu anys de costosos estudis, fets ab la dignísima ilusió de guanyarse honradament la subsistencia, lluyten desesperadament pera obtenir una mesquina mensualitat²⁷.

El texto sigue describiendo las penurias económicas y de salud que las obreras de la aguja tenían que pasar para ganar un jornal, criticando la competencia existente entre ellas para poder ser contratadas. Para la escritora, el feminismo útil es el que emplea a las mujeres ricas a ayudar a las obreras pobres para mejorar su formación y sus condiciones de vida:

El Feminisme es aquí: en lloch d'articles y excomunions que no han de lograr retrassarli la entrada ni de un sol día, siguem práctichs, siguem avansats, siguem cristians, estudiant conciensudament el profitós partit que's pot treure de la nova evolució, buscant la manera d'acabar ab l'agiotatge que's fa ab la producció de la dona; agiotatge, que sens dubte milloraría ab la formació de gremis y sindicats d'obreras; y patronats de senyores que se inspiressen ab lo que fá el de l'Agulla Bordelesa y'l de la Unió Central Mutual de Paris; com aixís mateix, ab la formació de obradors á la faysó dels establerts á Madrit y de salons de vendes com els que, ab tant bon éxit, funcionen á París²⁸.

²⁷ Dolors Monserdà, *El feminisme a Catalunya* (n.22) 93. «[...] pues en Barcelona las damas de la nobleza, las señoras de la rica burguesía, no se han fiado aún en las infelices chicas que, después de ocho o diez años de costosos estudios, hechos con la dignísima ilusión de ganarse honradamente la subsistencia, luchan desesperadamente para obtener una mezquina mensualidad.» (Traducción de la autora).

²⁸ Dolors Monserdà, *El feminisme a Catalunya* (n.22) 87. «El Feminismo está aquí: en lugar de artículos y excomuniones que no deben retrasarle la entrada ni un solo día, seamos prácticos, seamos avanzados, seamos cristianos, estudiando a conciencia el provechoso partido que se puede sacar de la nueva evolución, buscando la manera de acabar con el abuso que se hace con la producción de la mujer; abuso que, sin duda mejoraría con la formación de gremios y sindicatos de obreras; y patronatos de señoras que se inspiraran con lo que hace el de la Aguja Bordalesa y el de la Unión Central Mutual de París; como así mismo con la formación de obradores de los establecidos en Madrid y de salones de ventas como los que, con tan buen éxito, funcionan en París.» (Traducción de la autora).

Esa crítica la lleva a escribir artículos sobre esa misma materia e implicarse en algunas obras caritativas que se fundan en Barcelona y que coinciden con el trabajo de Echarri en Madrid, como se explicará en este mismo trabajo.

El texto de Echarri, publicado en 1914, gira en torno a una percepción parecida del feminismo. Para ella también existe un feminismo «bueno», esto es, adscrito a la moral católica, y otro que desvía a las mujeres de sus funciones otorgadas por Dios, de su esencia femenina. Como ejemplo de este último entiende que se encuentran las sufragistas, a las que define como «vergüenza para el sexo femenino», y aquellas que quieren entrar en carreras propias de los hombres, como abogados, cocheros o médicos. Según Echarri, la mujer española no quiere el voto y su sitio no es ser diputada en las Cortes, con la única excepción de defender los intereses de la Iglesia católica. Apela a la superioridad moral de la mujer para superar los baches propios que se pueden dar en la familia (enfermedades, pérdida de un hijo, viudedad...), pues defiende que su sitio es el hogar y no el trabajo. Así mismo, no ve impedimento para que la mujer recurra al trabajo de la aguja para ganar dinero si en casa escasea:

Distingamos: á la lucha. por ganarse el pan de los suyos y ganársele mejor que bordando ó cosiendo, con lo que apenas se llega una mujer á mantener, puede y debe hacerlo, porque, claro que el lugar principal de la mujer es el hogar, y es además, para ella, lo más agradable, pero cuando en ese hogar no basta. el esfuerzo del hombre, y puede la mujer ayudar con el suyo al bienestar común, no veo una razón de negarle á la mujer la facultad de hacerlo²⁹.

La percepción de complementariedad del salario de la mujer respecto a la del hombre sitúa la necesidad de trabajo de las madres de familia como subsidiaria a la del padre, el *man breadwinner*, el hombre que ganaba el pan y debía mantener a esposa e hijos. Así mismo, Echarri defiende la igualdad salarial de la mujer si ésta trabaja, pues entiende que, a pesar de que su sitio es el hogar, su competencia no es inferior a la del hombre y se le debe retribuir de igual forma por el mismo trabajo. Ocupación que no debía ser «propia de hombres», sino aquella que no pervirtiera su esencia, como podía ser el de maestra, profesión que ella misma ejerció en algún momento de su vida.

3.- MARÍA DE ECHARRI Y DOLORS MONSERDÀ EN LA PRENSA CATÓLICA Y EN LA PRENSA FEMENINA

Los inicios del siglo XX fueron un tiempo de gran producción periodística adscrita a la Iglesia católica, usando la palabra escrita

²⁹ María de Echarri, *Crónica del movimiento católico femenino. El feminismo*. (Revista Católica de Cuestiones Sociales, núm. 235, 1914) 42.

como medio de difusión de sus ideas. En este sentido, y en consonancia con la inclusión del asociacionismo católico femenino admitido a raíz de la Encíclica *Rerum Novarum*, se impulsó la implicación de las mujeres en sus publicaciones y no solamente en España. Por ejemplo, en el Chile de principios de siglo, la Liga de Damas Chilenas lanzó dos cabeceras dedicadas al periodismo femenino: *El Eco de la Liga de Damas Chilenas* y *La Cruzada*. Otras publicaciones de carácter católico y conservador fueron las revistas promocionadas por la Unión Patriótica de las Mujeres de Chile, *La Voz Femenina* y *Unión Patriótica de las Mujeres de Chile*, y la de Asociación Católica de Juventud Femenina titulada *Hacia lo Ideal*³⁰. De la misma manera, en Chile surgieron revistas próximas a otras corrientes ideológicas, como el feminismo obrero: *La Alborada* y *La Palanca*, editadas en Santiago y Valparaíso³¹. Como explican Montero y Robles, así como en Chile, México y otros países, la prensa política de mujeres se relacionaba con colectivos y proyectos que reflexionaban entorno a su rol, dándoles voz como «*sujetos sociales y con opinión*»³². Así, unas daban voz a mujeres que trataban sobre asuntos femeninos, como *Feminal*, de la que Monserdà era colaboradora, y otras les concedían un espacio para tratar asuntos relacionados con la cabecera, como era el caso de la sección *Crónica del movimiento católico femenino* que María de Echarri tenía en la *Revista católica de cuestiones sociales*.

Tal era la importancia de la implicación de las mujeres en la prensa que, tras aprobación de la Ley de Asociaciones de 1906, en 1908 se funda la *Asociación de Damas de la Buena Prensa*³³, con la que Echarri mantendría una estrecha relación. Será en la *Revista católica de cuestiones sociales*, que se convertiría en el organismo oficial de la Asociación, donde se animará a las mujeres católicas para que aprovechen el altavoz que suponía la prensa para la difusión de sus ideas, fundando la mencionada organización. En el número de febrero de 1908 se publican las conclusiones de la conferencia impartida por el Obispo de Jaca, D. Antolín López Peláez el 3 de diciembre de 1907, titulada "*La mujer y la prensa*". En ese discurso animaba a las mujeres cristianas a tomar la palabra en las publicaciones de la Iglesia a modo de misión salvadora frente a las revistas que calificaba como

³⁰ Claudia Montero y Andrea Robles, (2017). *Voz para las mujeres. La prensa política de mujeres en Chile (1900-1929)*. (Transhumante. Revista Americana de Historia Social, 9, 2017) 128-129.

³¹ Consuelo Montecinos y Tania Ponce, *Sindicalismo, género y prensa de mujeres a principios de siglo XX: comparativo entre la organización de mujeres costureras en Chile y Cataluña (pp.167-188)* (En María Jesús Espuny y Elisabet Velo (coords.), *Historia, Derecho y Sociedad con perspectiva de género*, Madrid: Dykinson 2020) 173.

³² Montero y Robles (n.26) 127.

³³ Inmaculada Blasco, *¿Católicas a la calle?: género y religión en el movimiento católico (1890-1913)* (En A. Bosch e I. Sanz (eds.). *Izquierdas y derechas ante el Espejo: culturas políticas en conflicto*, Valencia: Tirant Humanidades 2016) 271.

«anticlericales». A su parecer, las mujeres cristianas debían tomar partido en la contienda social. Un año más tarde tendría lugar la Semana Trágica, durante la cual numerosos conventos fueron quemados. En palabras del Obispo de Jaca:

Pero la lucha se coloca cada día más en el terreno religioso, y puede decirse que a la hora presente sólo hay dos campos: el de Dios y el de Satanás. En medio de la batalla preciso se hace emplear todas las fuerzas, y no es de esperar que falte el auxilio de la mujer para una lucha en que se juegan también los destinos de la Patria³⁴.

Pone como ejemplo el caso de Francia, donde el convencimiento sobre la participación de las mujeres en la prensa católica ya estaba extendido. El Obispo de Jaca pone énfasis en su deber de implicarse en dicha empresa:

No hay rotativo anticlerical donde no colaboren mujeres; que hagan lo mismo en nuestros periódicos las señoras cristianas a quienes Dios haya distinguido con la preciosa dádiva del bien escribir. No es posible, no es posible diario de gran circulación sin una crónica o sección especial dedicada a asuntos femeninos y escrita por una mujer³⁵.

Se plantea la presencia de las mujeres en la prensa en contraposición a las mujeres que firmaban en los «rotativos anticlericales», pensando seguramente en la *Revista Blanca*, de ideología anarquista y en la que participaba, entre otras, Teresa Mañé bajo el pseudónimo Soledad Gustavo. Además, su afirmación sobre la presencia de mujeres en diarios de gran circulación da lugar a la implicación de María de Echarri a la *Revista católica de cuestiones sociales*. Será en el número de octubre de 1908 de esa publicación en el que se publicará la carta de aprobación y bendición apostólica del Papa Padre Pío X a la *Asociación General de Damas de la Buena Prensa*. En esa misiva, dirigida a la presidenta de la Asociación, la Condesa del Val, la felicitaba en su tarea para contraponer la doctrina de la fe a las «doctrinas perniciosas» y bendecía a sus socias, animándolas para que su tarea diera sus frutos.

Las obreras fueron el centro de preocupación y producción ensayística de Echarri y Monserdà. Ese colectivo ya era objeto de debate en el catolicismo social de finales del XIX a raíz de la Encíclica *Rerum Novarum* y de la aprobación de la Ley de 13 de marzo de 1900,

³⁴ Antonio López Peláez, *La mujer y la prensa* (Revista católica de cuestiones sociales, núm. 158, febrero 1908) 66.

³⁵ López Peláez (n.30) 67.

fijando las condiciones de trabajo de mujeres y niños³⁶ ³⁷. Esa norma fue una de las llamadas "leyes Dato", que significaron muchos cambios en el ámbito de las relaciones laborales. A la obrera se la percibía, principalmente, como cuidadora de la familia por ser esa su tarea principal y se la vinculaba inexcusablemente a su sexo y esta institución: será el complemento del hombre obrero en el trabajo y la encargada principal del cuidado del hogar. A la vez, será mano de obra más barata, para provecho de los patronos.

La obrera debía recibir instrucción para ser una buena esposa, comprensiva con su marido obrero y debía atender a sus necesidades materiales y espirituales para que éste no cayera en la tentación de la taberna y el ateísmo. Además, debía cuidar en los mismos parámetros a sus hijos, quienes también podían caer en la tentación en el momento que empezaran a trabajar en la fábrica. La madre obrera debía «*infundir bienestar, alegría y felicidad en el ámbito doméstico, para conservar la tradición, y transmitir a sus hijos valores y virtudes cristianas*»³⁸. A la obrera se la designará «ángel del hogar», concepto acuñado entre los siglos XVII y XVIII, cuando las mujeres quedan excluidas de ser sujeto de los derechos civiles reconocidos a los hombres³⁹.

Es así como se elabora una numerosa producción literaria entorno al ideal de mujer y su comportamiento con arreglo a su misión en el espacio privado: ejercer de esposa y madre. Obras como *Emilio* de Jean-Jaques Rousseau, *La perfecta casada* de Fray Luis de León, *La familia regulada* de Antonio Arbirol, *El ama de casa* de Federico Climent Terrer y *La obrera* de Víctor Van Tricht, construyen el imaginario de cómo debe ser una buena ama de casa y, en el último caso, se dirige a una obrera que también tiene la misión de apartar al marido obrero de los peligros que le tientan: los vicios de la taberna y el ateísmo⁴⁰. Sobre la obra de Fray Luis de León, es relevante su defensa de la exclusión de la mujer de la vida pública, por ser incapaz, tener naturaleza débil y por ser un estorbo potencial para el hombre. Por todo ello debía permanecer callada y en casa, aunque serán mujeres

³⁶ Inmaculada Blasco, *Mujeres y «cuestión social» en el catolicismo social español: los significados de la «obrero»* (ARENAL: Revista de historia de mujeres, Vol. 15, núm. 2, 2008) 238.

³⁷ El análisis de la situación vital, higiénica, laboral, social y moral de las obreras también fue objeto de preocupación en otros países europeos desde la Revolución Industrial. Por ejemplo, en Francia eran objeto de discusión de los economistas, quién las llamaban «*femmes*» o «*filles isolées*». Joan Wallach Scott, *Género e historia* (Sección Obras de Historia, Serie Clásicos y Vanguardistas de Estudios de Género. México: Universidad Autónoma Universidad de México, edición de 2008, 1999) 181.

³⁸ Inmaculada Blasco, *Mujeres y «cuestión social» en el catolicismo social español: los significados de la «obrero»*, 247.

³⁹ Elisabet Velo, *Gènere i Treball al Poble Sec (Barcelona) 1960-1975* (Tesis doctoral, Bellaterra, Universitat Autònoma de Barcelona 2014) 131.

⁴⁰ Blasco, *Mujeres y «cuestión social» en el catolicismo social español: los significados de la «obrero»*, 244.

como Concepción Arenal y Emilia Pardo Bazán, quienes de manera pionera lucharan porque mujeres y niñas reciban la misma educación que los niños y hombres⁴¹. Otras, como las protagonistas de este trabajo, también defenderán la necesidad de que las obreras reciban instrucción y no se queden en casa, sino que tengan vida pública.

Las obreras serán el objeto predilecto de esa literatura y su propaganda ejercida, entre otras personalidades, por las protagonistas de este trabajo. Una literatura y una propaganda paternalista que no contaba con la voz de las mismas obreras: se hablaba sobre ellas sin ellas, desde una perspectiva próxima a la burguesía textil catalana (Monserdà) o de la nobleza y la clase eclesiástica y política española (Echarri). Serán las publicaciones anarquistas las que sí darán voz a las obreras, como por ejemplo la *Revista Blanca* de Teresa Mañé, quién escribía bajo el pseudónimo Soledad Gustavo y donde colaboró Teresa Claramunt, obrera textil catalana.

Uno de los puntos en común más evidentes entre Monserdà y Echarri es su reacción ante la participación de obreras en la Semana Trágica de 1909. Dicha huelga, convocada como resultado de años de malestar de la clase obrera durante el siglo XIX, debido a la carestía de vida, los abusos de los poderosos y las «*quintas*», los llamamientos a filas para las guerras en Cuba y Puerto Rico que se podían eludir con el pago de una tasa. Ese conflicto, iniciado en diciembre de 1901 en pequeños talleres de Barcelona, era la reacción a la reducción de costes por parte de los patronos, la contratación de mujeres y niños en detrimento de los hombres y de la prolongación de la jornada laboral. Lo que se pretendía con esa huelga era la reducción de la jornada laboral a nueve horas diarias para reducir la tasa de paro y se extendió a diferentes poblaciones catalanas⁴². Estos antecedentes, sumados al creciente odio a la Iglesia y al Estado, además de la represión sufrida por los obreros que se sumaban a las protestas previas, dieron lugar a un verano de 1909 en el que se quemaron iglesias y conventos, con la participación de obreras que también luchaban por aquello que consideraban justo.

Las reacciones de Echarri y Monserdà ante la participación de obreras en la Semana Trágica fue muy parecida, rechazando el comportamiento mostrado por este colectivo en las calles y en la protesta. En el caso de la catalana, en su artículo *Com deu ésser la nostra protesta*⁴³ del mismo año 1909, consideraba que la esencia de la mujer había sido corrompida:

⁴¹ M.^a Ángeles Cantero, *De "perfecta casada" a "ángel del hogar" o la construcción del arquetipo femenino en el XIX* (TONOS: Revista Electrónica de Estudios Filosóficos, 14, 2007).

⁴² Lourdes Plans, *Terrassa, 1902-1909: de la Vaga General a la Setmana Tràgica* (Terme, 20, 2005) 134.

⁴³ Cómo debe ser nuestra protesta (Traducción de la autora).

Còm és possible que la dòna, creada per a l'amor i per a totes les delicadeses i abnegacions, hagi descendit fins a ésser esgarrifosa fera que ha encès el foc arrunador dels temples del Senyor i dels Monestirs de frares i religioses que no han fet altre delictes que mostrar el seu amor a Déu, acollint i consolant les tristesses de la dolor humana?⁴⁴

Monserdà argumenta su rechazo de los hechos protagonizados por las obreras por ser mujeres, creadas para el amor y la delicadeza, remitiendo a la construcción esencialista de como «debía ser» la mujer. En su turno, el escrito de Echarri publicado en el número de agosto de ese año en la *Revista Católica de Cuestiones Sociales*. Sus palabras fueron más duras que las de Monserdà:

[...] ignorábamos que hubiera en España hombres peores que fieras, mujeres aún peor que hombres, que pagasen el pedazo de pan y la instrucción y el cariño que recibían sus pequeños en los asilos y en los colegios religiosos, con la tea incendiaria, con el puñal homicida, con la profanación llevada a un exceso que subleva y que pide un castigo igual, por lo menos, al execrable delito cometido. [...]

El hecho que hayan sido mujeres quienes más ferozmente han demostrado en los sucesos de Barcelona, nos mueve doblemente a protestar; y después de la protesta, después de la pena con que hemos sabido los actos de vandalismo realizados por los anarquistas catalanes, nos queda otra cosa que hacer: averiguar la causa de estos hechos. ¿Qué excita los ánimos? ¿Quién falsea los entendimientos y arranca de los corazones la fe cristiana y la reemplaza con el más espantoso odio, con el más horrendo afán de venganza? A no dudarlo, una parte inmensa del daño que en las imaginaciones de los obreros se produce, la tiene esa prensa indigna, mala, cobarde, que organiza el crimen sin exponerse jamás⁴⁵.

El texto de Echarri plantea diferentes cuestiones: la primera, vincular a la obrera de su maternidad y su deber de agradecer a la Iglesia lo que hacer por ella (instrucción, pan y cuidado de los hijos en internados). La segunda idea es la calificación de las mujeres como peores que los hombres, cuando ambos colectivos participan de las protestas... ¿Por qué son peores las mujeres que los hombres? Por su vinculación con la maternidad y la construcción dulce de su imaginario, como apuntaba Monserdà en su escrito. La tercera, la relación entre la participación de mujeres y la prensa que califica como «indigna», entre otros adjetivos similares. Apunta a la prensa no católica como causa de esos males, como si, de una parte, esas publicaciones no fueran ya el altavoz del malestar de las obreras y como si ese colectivo no tuviera la capacidad de decidir de forma autónoma. Esa visión paternalista de

⁴⁴ Dolors Monserdà, *Com deu ésser la nostra protesta* (1909 en D. Monserdà (1916), *Tasques socials*) 53 «¿Cómo es posible que la mujer, creada para el amor y para todas las delicadeses y abnegaciones, haya descendido hasta ser una horrible fiera que ha encendido el fuego arrollador de los templos del Señor y de los Monasterios de frailes y religiosas que no han cometido otro delito que mostrar su amor por Dios, acogiendo y consolando las tristezas del dolor humano?» (Traducción de la autora).

⁴⁵ María de Echarri, *Crónica del movimiento católico social feminista* (Revista católica de cuestiones sociales, núm. 176, agosto 1909). 106-107.

la obrera pueril les impide percibir-la como sujeto de decisiones propias y de una formación alejada de su adoctrinamiento católico. Como se puede comprobar, el vocabulario empleado por Echarri en su artículo es más duro que el de Monserdà, usando palabras como «vandalismo», «fieras» y «feroz» para referirse a la protesta y a las mujeres que participan de ella, situándolas en un estadio de mayor pecado que los hombres. Mientras Monserdà muestra un tono más sorpresivo y triste, Echarri es abiertamente crítica y dura con las obreras manifestantes.

Otro tema de preocupación de Monserdà fue el de la mujer rural. En el texto *El treball de la dona rural*⁴⁶ de 1912, Monserdà reivindicaba una instrucción a medida para las jóvenes de entornos rurales, quienes recibían una formación parecida a las jóvenes urbanas en lengua, matemáticas y moral, por poner algunos ejemplos. La escritora consideraba que se debía volver a las enseñanzas propias del mundo rural, la *pagesia* (los campesinos), para alejar a las chicas de la admiración para la máquina de coser, pues las que se empleaban en el trabajo a domicilio como cosedoras como las chicas de ciudad, además de empeñarse para comprar la máquina, descuidaban el cuidado del hogar:

Com hem dit al començament d'aquestes ratlles, la dòna ha d'ajudar amb el seu guany de l'home; però cal que pensi que moltes vegades, afanyada pel guany d'un ral, perd dos o tres dels que no se'n dona compte, però que al cap de l'any minven a la meitat del que s'ha cregut guanyar, perjudicant el bon ordre de la casa i la pau i fins i tot la salut de la família⁴⁷.

La mujer rural debía retomar las tradiciones y se la debía enseñar desde la escuela:

[...] s'hauria de donar la preferència a tot el que constitueix l'ensenyança de les escoles menagères. Fer prendre a la noia, des de petita, gust i art per les feines de la casa pobre, per una economia pràctica, per la cria d'animals domèstics, del rusc d'abelles, confecció de formatges, conservació de fruites, etc., etc., li fóra de gran profit, ja que a l'estranger constitueixen una bona font de rendiments, que la dòna rural catalana antiga ja practicava molt millor que la d'avui, qui enlluernada per la màquina de cosir, ho ha deixat de banda en perjudici del verdader guany i fins la seva salut.⁴⁸

⁴⁶ El trabajo de la mujer rural (Traducción de la autora).

⁴⁷ Dolores Monserdà, D. *El treball en la dona rural* (1912, en Dolores Monserdà (1916) *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera) 126. «Como hemos dicho al principio de estas líneas, la mujer tiene que ayudar con su ganancia del hombre; pero es necesario que piense que muchas veces, animada por la ganancia de un real, pierde dos o tres de los que no se da cuenta, pero que al final del año restan a la mitad de lo que se ha creído ganar, perjudicando el buen orden de la casa y la paz y hasta la salud de la familia.» (Traducción de la autora).

⁴⁸ Dolores Monserdà, *El treball de la dona rural*, 126. «[...] se debería dar la preferencia a todo lo que constituye la enseñanza en las escuelas *menagères*. Hacer tomar a la chica, desde pequeña, el gusto y el parte para los trabajos de la casa pobre, para una economía práctica, para la cría de animales domésticos, del rusco de abejas, confección de quesos, conservación de frutas, etc., etc., le sería de gran

Cabe observar el determinismo de esas afirmaciones, pues para Monserdà el destino de la mujer rural debía ser la dedicación al campo sin más aspiraciones. En este sentido, aunque Echarri se centró en la obrera fabril que vivía en núcleos urbanos, algunos de los problemas eran comunes con la mujer rural, como la cuestión de la maternidad, el cuidado del hogar y el marido y la formación. Para ambas, la idea de mejora o ascenso social no era posible, pues su preocupación y obras caritativas no querían subvertir el orden social, sino pacificar las masas obreras sin que la sociedad ni los intereses económicos de la clase alta sufriera cambio alguno. La obrera como madre es una constante para ambas autoras, preocupadas por su dedicación al hogar, el marido y los hijos y la dejadez que para sus obligaciones podía comportar el trabajo en la fábrica o con la máquina de coser⁴⁹.

En el artículo firmado por Echarri publicado el 2 de junio de 1933 en el periódico «*Acción. Diario de Teruel y su provincia*», se hacía eco de los trabajos que se iban a llevar a cabo en el Congreso de París sobre el trabajo de la obrera. A pesar de los doce años de diferencia entre este artículo y el de Monserdà, las preocupaciones eran semejantes. En el caso del artículo de Echarri, anunciaba la elaboración de trabajos para «*estudiar internacionalmente el problema importantísimo de la vuelta al hogar de la madre obrera*»⁵⁰. En la convocatoria del Congreso se calificaba el trabajo de la obrera como «*contra natura*», por lo que se debe poner remedio desde diferentes frentes: moral, económico y legislativo. Echarri hace una llamada a lograr ese objetivo: «*Si todos y cada uno hiciésemos el esfuerzo posible, podríamos esperar el librar poco a poco a la madre de tener que trabajar fuera de su casa, y llegar a conseguir que el hijo del obrero no sea el sólo el que pueda ser criado y cuidado por su madre.*»⁵¹.

En el orden moral, y como ya apuntaba Monserdà en 1912, la obrera se podría ocupar de la formación espiritual de los hijos, quienes

provecho, pues en el extranjero constituyen una buena fuente de rendimientos, que la mujer rural catalana antigua ya practicaba mucho mejor que la de hoy, quién iluminada por la máquina de coser, lo ha dejado todo de lado en perjuicio de la verdadera ganancia y hasta su salud.» (Traducción de la autora).

⁴⁹ La crítica a la utilización de la máquina de coser será una constante no sólo de estas autoras, sino también de la medicina. Por ejemplo, en la Francia de 1905 se publicó el «*Examen des dangers hygiéniques*», donde se concluía que el uso de la máquina de coser de pedales podía conllevar enfermedades como anemia, enfermedades abdominales, desviaciones en la matriz o, por otra parte, el peligro que conllevaba por su alto potencial erótico. Serán estos peligros para la mujer y la joven obrera que en España el Real Decreto de 25 de enero de 1908 en su artículo 7 prohibía el uso de las máquinas de coser de pedal a las obreras menores de 16 años. María Jesús Espuny, *La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada* (En Isabel Ramos (coord.). Derecho y trabajo en el siglo XIX, Madrid: Dykinson 2017).

⁵⁰ María de Echarri, *El Congreso de París* (Acción: diario de Teruel y su provincia, núm. 163, 2 de junio de 1933) 1.

⁵¹ Echarri, *El Congreso de París*, 1.

evitarían los peligros que los amenazan las horas que están solos en casa mientras la madre trabaja. En este sentido, cabe señalar que la diferencia salarial entre mujeres y hombres⁵² suponía que las obreras fueran mano de obra más económica, por lo que su expulsión del mercado de trabajo no interesaba a los patronos más allá de la observancia de cuestiones propias de la moral. Atendiendo a la división sexual del trabajo heredado de la época preindustrial, los trabajos para los que se contrataba a mujeres eran de un valor económico inferior y su flexibilidad e informalidad les permitía compaginarlo con sus obligaciones domésticas. El empresariado catalán rehusó las primeras normas laborales que impedían la contratación de mujeres con dos argumentos: la dificultad de supervivencia de la industria si se tenía que sustituir mano de obra femenina por masculina, más cara, y la necesidad de las familias de ingresar el mayor número de salarios posible⁵³.

Dentro del colectivo de las obreras existía un sector especialmente vulnerable: las aprendizas. En su escrito de enero de 1916 publicado en *Revista católica de cuestiones sociales*, Echarri califica su situación como «lamentable» y se fija en diversas cuestiones que afectan a las jóvenes que aprenden un oficio en talleres o casas particulares: atender tareas que no son propias del oficio objeto de aprendizaje, como por ejemplo las del hogar, baja remuneración, jornadas laborales extensas y exposición a comentarios de personas adultas que corrompen su moral. Según sus mismas palabras: «Este es un doble mal que exige un remedio enérgico, que pide á voces alguna defensa para esas pequeñas, que tan niñas aún, ya, no poseen ese candor que es la más preciada joya para un alma femenina»⁵⁴.

En su escrito, Echarri propone una solución a ese problema: formar a las aprendizas en el local del Sindicato de la Inmaculada con una modista sindicada de voluntaria. Según sus palabras, ese remedio permitiría formar profesionalmente a las chicas sin necesidad de salir del taller y exponerse a la inmoralidad: «Se las formará para Dios, y mañana serán, esperémoslo, buenas obreras y buenas cristianas»⁵⁵.

⁵² Como apunta Borderías en su trabajo «*El papel de las instituciones en la segmentación sexual del mercado de trabajo en España (1836-1936)*», esa diferencia salarial entre sexos hacía que hombres y mujeres comportó el apoyo de los obreros por dos hipótesis señaladas por Arbaiza, de un lado, y Nielfa por otro. Según Mercedes Arbaiza, ese apoyo se debía a los modelos de género (la mujer se debía quedar en casa) y, según Gloria Nielfa, fue debido a la competencia en el mercado de trabajo, en el que el trabajo de la mujer era más rentable para los patronos. Cristina Borderías, *El papel de las instituciones en la segmentación sexual del mercado de trabajo en España (1836-1936)*. (Revista del Trabajo, 4(6), 2008).

⁵³ Borderías (núm. 46) 25.

⁵⁴ María de Echarri, *Crónica del movimiento católico femenino* (Revista Católica de Cuestiones Sociales, núm. 253, enero 1916) 38.

⁵⁵ Echarri, *Crónica del movimiento católico femenino* (enero 1916) 39.

Las obreras no sólo debían ser buenas trabajadoras: la religiosidad devenía un elemento imprescindible.

Monserdà también escribe sobre la educación de las jóvenes, aunque no se centra en el caso concreto de las aprendizas. En su caso, hace extensivo el deber de educar a las menores y a las madres, especialmente en el mundo rural. En su artículo *L'educació de les noies*⁵⁶ de 1913, distingue entre instrucción, que se debe dar en la escuela, y la educación, propia de las madres. Reconoce la dificultad de las madres para instruir «*i més les del camp*» («y más las del campo») y es por eso que afirma que suyo es el deber de educar a la futura obrera:

Així, de des el néixer, la mare deu preocupar-se que la seva filla sigui una perfecta cristiana, segura de que aquesta ensenyança, a més de mostrar-li el camí per guanyar el cel, únic fi per a que ha sigut creada, li donarà el més ferm i segur escut contra els perills, les penes i les dificultats de la vida, al mateix temps que un millor acert en tots els seus actes. (...) De des petites, les hi haveu d'inculcar que el millar luxu és la netedat; el millar perfum, l'olor de bugada; la millar sort, la de saber complir amb més perfecció els seus deures amb Déu, amb la família i amb el pròxim⁵⁷.

La cuestión de la moralidad es una constante para ambas autoras, pues desde su posición católica entienden que las obreras jóvenes y las que ya son madres deben conservarla para no corromper su propia feminidad y, en el caso de las que tienen hijos, poderles transmitir esos valores. Esa carga recae totalmente en la mujer obrera. Por una parte, a ellas se les debe salvar de los oídos de los adultos que arremeten palabras inmorales, y de la otra, la carga de la transmisión de la moralidad es siempre de la madre y nunca del padre obrero, que bastante tiene en trabajar y ganar un jornal para mantener a la familia. En el caso de las aprendizas, deberán ser sus maestras las que las aparten de cualquier riesgo de inmoralidad mandándolas a la calle para sus recados.

⁵⁶ La educación de las mujeres (Traducción de la autora).

⁵⁷ Dolors Monserdà, *L'educació de les noies* (1913 en Dolors Monserdà (1916), *Tasques socials*) 131. «Así, desde el nacimiento, la madre debe preocuparse que su hija sea una perfecta cristiana, segura de que esta enseñanza, además de mostrarle el camino para ganar el cielo, el único fin para el que ha sido creada, le dará el más firme y seguro escudo contra los peligros, las penas y las dificultades de la vida. Al mismo tiempo que un mejor acierto en todos sus actos. (...) Desde pequeñas, les debéis de inculcar que el mejor lujo es la limpieza; el mejor perfume, el olor de la colada; la mejor suerte, la de saber cumplir sus deberes con Dios, con la familia y con el prójimo.» (Traducción de la autora).

4.- CONCLUSIONES

El diálogo entre Monserdà y Echarri, dos mujeres que se dedicaron a la propaganda, es un ejercicio de comparación interesante porque se inspiraron en las mismas corrientes ideológicas: el catolicismo social reformista y el feminismo conservador. Es desde allí que fijan su producción literaria y sus obras hacia un colectivo concreto: las obreras. Un colectivo que, a pesar de ser el objeto de preocupación del catolicismo social en general, y de las autoras protagonistas en particular, raramente tomaron por ellas mismas el altavoz de la prensa católica conservadora, siendo mujeres de la alta burguesía, o en su defecto aquellas que se dedicaban a su protección, las que escribían sobre su situación laboral y vital. En sentido contrario, en la prensa de carácter anarquista, las obreras sí tenían su espacio de expresión propio. Un ejemplo fue la *Revista Blanca* dirigida por Federico Urales y Soledad Gustavo (Joan Montseny y Teresa Mañé, padres de Frederica Montseny, quién sería la primera ministra mujer de la Segunda República durante la Guerra Civil).

La percepción de las obreras como concepto se inspira en las corrientes ideológicas anteriormente mencionadas, siendo muy parecido: tanto para Echarri como Monserdà el sitio de la mujer es el hogar, ocupándose del cuidado de la familia. Ambas consideraban que, si era necesario porque el salario del marido era insuficiente, la mujer podía ocuparse en el sector de la aguja, por ser un tipo de trabajo que no necesitaba que la obrera abandonara su hogar y era muy próximo a aquellas tareas de cuidados que acostumbraban a ocupar las mujeres, como era la elaboración de ropa.

La construcción de ese imaginario situaría a las obreras en la alteridad, en un segundo plano respecto al hombre obrero. A pesar de ello, las ideas sobre la dignidad en el trabajo y la necesidad que las jóvenes recibieran una educación que fuera útil para su vida, las sitúan en un plano más avanzado que los autores que teorizaron sobre la mística del «ángel del hogar». Poco a poco, las ideas conservadoras que ataban la mujer a la familia iban adquiriendo dimensiones que comportaban tímidos avances. En este sentido, ambas autoras defendieron la dignidad del trabajo de la obrera y la necesidad que las jóvenes recibieran formación útil para su vida.

Tanto Echarri como Monserdà fueron unas firmes defensoras de la Iglesia católica, siendo muy críticas contra aquellas obreras que participaron en la Semana Trágica de 1909. En este sentido, además de entender que la obrera debía ser agradecida con lo que esa institución le había brindado, comporta otro rasgo de la feminidad conservadora que compartían: la mujer debía ser dulce, devota cristiana y sumisa a la Iglesia, además de protectora de sus hijos y, en ningún caso, debía participar en confrontaciones violentas en las calles. Eso no cabía en el ideal de la perfecta obrera cristiana. Para ambas, la

obrero debía corresponder a la caridad patrocinada por la Iglesia y sus miembros.

Otra cuestión interesante es el análisis lingüístico de los textos. El estilo empleado por Echarri en el momento de ser crítica con acontecimientos que le desagradaron, como por ejemplo la Semana Trágica explicada anteriormente, fue mucho más duro que el de Monserdà, siendo la segunda una escritora con un estilo más misericordioso que la primera. En cambio, la madrileña era mucho más enérgica y directa en la defensa de sus postulados. En su turno, la catalana empleaba un lenguaje más propio de una escritora acostumbrada al papel, a pesar de haber pronunciado algunas conferencias, que se dirigía principalmente a sus congéneres burguesas de Barcelona, también católicas practicantes. El estilo de Monserdà era mucho más comedido que el de Echarri, quién participaba de manera más frecuente en conferencias públicas. Esta última, más directa, publicaba en todo tipo de periódicos y revistas y empleaba un lenguaje más directo y sencillo, susceptible de ser entendido por personas de toda clase que conocieran la lectura.

Las semejanzas entre las escritoras de Madrid y Barcelona son mayoritarias, lo que conecta a través de ellas ambas ciudades que, junto con otras autoras y mujeres de la alta sociedad de las dos capitales, realizaron una constante denuncia pública sobre las condiciones de vida de las mujeres obreras, así como aquello que las desviaba del camino de la moral cristiana. Determinismo social, religiosidad y esencialismo de género fueron pilares ideológicos para ambas autoras. Dos mujeres con tribuna e influencia, que fueron imprescindibles para la toma de conciencia de la situación de las obreras de la aguja y la evolución de un feminismo conservador, inspirado por un catolicismo social reformista interesado en mejorar las condiciones de vida de la clase obrera sin que ello implicara un cambio social profundo.

5.- BIBLIOGRAFÍA

5.1.- Libros y artículos de revistas

Arce, R., "De la mujer social a la mujer azul: la reconstrucción de la feminidad por las derechas españolas durante el primer tercio del siglo XX". [2005] *Ayer* 57 247, 272.

Artajo, A. M. y Cuervo, M., *Doctrina social católica de León XIII y Pío XI* (Biblioteca de Iniciación Cultural, Barcelona – Buenos Aires: Editorial Labor, S.A. 1933).

Blasco, I., *Paradojas de la ortodoxia: política de masas y militancia católica femenina en España (1919-1939)* (Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza 2003).

- Blasco, I., "Mujeres y «cuestión social» en el catolicismo social español: los significados de la «obrero»" [2008] *ARENAL: Revista de historia de mujeres* Vol. 15 núm. 2 237, 268.
- Blasco, I., "¿Católicas a la calle?: género y religión en el movimiento católico (1890-1913)" en Bosch, Aurora y Sanz, Ismael (eds.), *Izquierdas y derechas ante el Espejo: culturas políticas en conflicto*, (Valencia: Tirant Humanidades 2006).
- Borderías, C., "El papel de las instituciones en la segmentación sexual del mercado de trabajo en España (1836-1936)" [2008] *Revista de Trabajo* 4(6) 15, 35.
- Campo, C., "Eduardo Sanz y Escartín: el reformismo de un católico conservador" [2011] *Miscelánea Comillas* 134(69) 177, 205.
- Cantero, M. A., "De "perfecta casada" a "ángel del hogar" o la construcción del arquetipo femenino en el XIX" (2007), *TONOS: Revista Electrónica de Estudios Filosóficos* 14 <<https://www.um.es/tonosdigital/znum14/secciones/estudios-2-casada.htm>>
- Carbonell, N., "Feminisme, modernitat i narrativa en Dolores Monserdà" [1997] *Lectora: revista de dones i textualitat* 3 19, 26.
- Civera, J., *Lleó XIII i la qüestió social*. (Col·lecció Sant Jordi. Barcelona: Editorial Barcino 1927).
- Del Moral, M., "De rodillas para rezar, ¡De pie para combatir!: El enfrentamiento entre católicas y socialistas por asociar a las trabajadoras de Madrid (1906-1927)", en De la Cueva, J. y Montero, F. (eds.), *Izquierda obrera y religión en España (1900-1939)* (Madrid: Universidad de Alcalá de Henares, Servicio de Publicaciones 2012).
- Del Moral, M., "El Sindicato Obrero de la Inmaculada de Madrid: la construcción de un espacio de socialización política femenina", en Bosch, A. y Sanz, I. (eds.), *Izquierdas y derechas ante el Espejo: culturas políticas en conflicto*, (Valencia: Tirant Humanidades 2016).
- Espuny, M. J., "La primera legislación social protectora de la mujer: una perspectiva comparada", en Ramos, I. (coord.), *Derecho y trabajo en el siglo XIX* (Madrid: Dykinson 2017).
- García, A., "Identidad cultural y espacios de actuación: las propuestas del feminismo conservador catalán" [2008], *ARENAL: Revista de historia de mujeres*, 15 (2) 209, 235.
- García Basauri, M., "La «mujer social»: Beneficencia y caridad en la crisis de la Restauración" [1979] *Tiempo de Historia* 59 (V) 28, 43.
- Lendoiro, J., "Feminismo católico (solidario y reformista): sindicalismo femenino católico valenciano (1912-1936) y Manuel Pérez Arnal" [2018] *Aportes: Revista de Historia Contemporánea*, Vol. 33 núm. 97 45, 92.
- Marrades, I., "Feminismo, prensa y sociedad en España" [1978] *Papers: revista de sociologia*, 9 89, 134.

- Martínez, A., "La mujer desde el catolicismo social: el contenido socio-pedagógico de la revista *Mujer y Trabajo* (1912-1931)" [2009] *Indivisa: Boletín de Estudios e Investigación*, 10 169, 186.
- Monereo, J.L., "Cuestión social y catolicismo social conservador: El pensamiento reformista de Sanz y Escartín" [2011] *Revista española de Derecho del Trabajo*, 149, 5, 57.
- Montecinos, C. y Ponce, T., "Sindicalismo, género y prensa de mujeres a principios de siglo XX: comparativo entre la organización de mujeres costureras en Chile y Cataluña", en Espuny, M.J. y Velo, E. (coords.), *Historia, Derecho y Sociedad con perspectiva de género*, (Madrid: Dykinson 2020).
- Montero, C. y Robles, A., "Voz para las mujeres. La prensa política de mujeres en Chile (1900-1929)" [2017] *Transhumante. Revista Americana de Historia Social*, 9 122, 143.
- Montero, M., "El acceso de la mujer española a la universidad y su proyección en la vida pública (1910-1936): comparación de iniciativas de Pedro Poveda y de la Institución Libre de Enseñanza" [2009] *Anuario de historia de la Iglesia*, 18 311, 324.
- Moral, A.M., "Los orígenes del feminismo católico en España" (2019) *El Obrero: defensor de los trabajadores*. <<https://elobrero.es/cultura/historia/37659-los-origenes-del-feminismo-catolico-en-espanya.html>>
- Offen, K., *Feminismos europeos, 1700-1950. Una historia política*, (1ª edición, Madrid: Akal 2015).
- Pérez, J.S., *Historia del feminismo*. (Madrid: Libros de la Catarata 2011).
- Plans, L., Terrassa, 1902-1909: de la Vaga General a la Setmana Tràgica. [2005] *Terme* 20 131, 149.
- Scott, J.W., *Género e història*. (1ª edición en 1999. Sección Obras de Historia, Serie Clásicos y Vanguardistas de Estudios de Género. México: Universidad Autónoma Universidad de México, edición de 2008).
- Sánchez, J.M. y de Pedro, C. (2015). Tan modernas en la casa como en la calle: arquitectura, domesticidad y género a través de las revistas femeninas (1900-1936). [2015] *Matrices: 2nd Congress on Architecture and Gender*.
- Velo, E., *Gènere i Treball al Poble Sec (Barcelona) 1960-1975* [tesis doctoral] (Bellaterra: Universitat Autònoma de Barcelona 2014) <<http://hdl.handle.net/10803/285565>>

5.2.- Prensa

- De Echarri, M., "Crónica del movimiento católico social feminista" *Revista católica de cuestiones sociales* (Madrid, agosto 1909) núm. 176, 106, 109.
- De Echarri, M., "¡Así se trabaja!" *El Pueblo Manchego* (Albacete, 21 octubre 1911).

- De Echarri, M., "Crónica del movimiento católico femenino. El feminismo" *Revista Católica de Cuestiones Sociales* (Madrid, julio 1914) núm. 235.
- De Echarri, M., "Crónica del movimiento social femenino" *Revista católica de cuestiones sociales* (Madrid, enero 1916) núm. 253, 37-40.
- De Echarri, M., "Crónica del movimiento social femenino" *Revista católica de cuestiones sociales* (Madrid, enero 1917) núm. 265, 27-31.
- De Echarri, M., "Crónica del movimiento feminista" *Revista católica de cuestiones sociales* (Madrid julio 1917) núm. 271, 27, 31.
- De Echarri, M., "El Congreso de París" *Acción: Diario de Teruel y su provincia* (2 junio 1933).
- López Peláez, A., "La mujer y la prensa" *Revista católica de cuestiones sociales* (Madrid, febrero 1908) núm. 158, 1, 72.
- Monserdà, D., "El feminisme a Catalunya, en D. Monserdà" (Barcelona, 1907). Recogido en Monserdà, Dolors, *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera 1916, 83, 95.
- Monserdà, D., "Com deu ésser la nostra protesta" (Barcelona, 1909). Recogido en Monserdà, Dolors, *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera 1916, 53, 56.
- Monserdà, D., *Estudi feminista: orientacions per a la dona catalana* (1909. Edición facsímil, Barcelona: Generalitat de Catalunya, Institut Català de les Dones 2020).
- Monserdà, D., "El treball en la dona rural" (Barcelona, 1912). Recogido en Monserdà, *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera 1916, 123, 127.
- Monserdà, D., "L'educació de les noies" (Barcelona, 1913). Recogido en Monserdà, Dolors, *Tasques socials*, Barcelona: Miquel Parera 1916, 129, 133.

LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER A DEBATE Inconsistencias entre Libia y Bahrein

DEBATING THE RESPONSIBILITY TO PROTECT Inconsistencies between Libya and Bahrein

Serena Alonso García*

RESUMEN: En el presente trabajo me propongo analizar la doctrina de la responsabilidad de proteger, estudiando para ello sus características esenciales, así como las distintas dimensiones que la integran, y la utilidad de cada una de ellas. Además, llevo a cabo un análisis pormenorizado de su aplicación a partir de dos estudios de caso, en los que desgrano las flaquezas de la doctrina, tal y cómo se ha configurado hasta la actualidad, con el propósito de exponer aquellos puntos en los que cabe su mejora. Pese a tales propuestas de mejora, el presente trabajo está encaminado a fomentar el impulso y desarrollo de una doctrina que, de emplearse correctamente, puede contribuir a proteger a las poblaciones civiles de crímenes atroces.

ABSTRACT: *This paper analyzes the doctrine of the responsibility to protect, studying its essential characteristics, as well as the different dimensions that comprise it, and the usefulness of each one of them. In addition, it carries out a detailed analysis of its application based on two case studies, in which the weaknesses of the doctrine are analyzed, as it has been configured up to the present, with the purpose of exposing those points where it can be improved. Despite these proposals of improvement, this paper aims to encourage the promotion and development of a doctrine that, if used correctly, can help to protect civilian populations from heinous crimes.*

PALABRAS CLAVE: Conflicto libio, informe CIISE, intervenciones humanitarias, soberanía y derechos humanos, responsabilidad de proteger.

KEYWORDS: *Libyan conflict, ICISS report, humanitarian interventions, sovereignty and human rights, responsibility to protect.*

Fecha de recepción: 12/01/2021

Fecha de aceptación: 21/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6191>

* Graduada por el doble grado en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid. E-mail: serenaalonso@gmail.com
Investigación realizada en el marco del trabajo final del grado en Ciencias Políticas de la Universidad Carlos III de Madrid.

1.- INTRODUCCIÓN

Durante el periodo de la Guerra Fría, la actuación de la comunidad internacional se centró en tratar de asegurar el orden y la estabilidad, estando en todo momento guiada por los principios de soberanía y no intervención, que acaban por permear el panorama de las relaciones internacionales. Ya en la etapa posterior, habiendo cambiado el orden internacional, se abre un profundo debate sobre la aplicación de dichos principios en aquellos casos en los que están en juego vidas humanas. Como consecuencia, la política internacional experimenta un cambio, comenzando la soberanía a ser analizada en función de conceptos como el de seguridad humana.¹

De esta forma, la idea de que principios como el de soberanía o el de no injerencia, ambos heredados de la paz de Westfalia,² no pueden suponer un impedimento a la protección de vidas humanas, va tomando forma en el derecho internacional.³ A su vez, la salvaguarda de los derechos humanos comienza a concebirse como el factor esencial para lograr la paz y la estabilidad mundiales.

Posteriormente, con la caída del Muro de Berlín y la desaparición de los bloques en 1989, se debilita el deber de los Estados de abstenerse, en cualquier situación, de emplear la fuerza contra la independencia política de otro ente estatal.⁴ De esta forma, intervenciones que en años anteriores habrían constituido un ataque al bloque contrario, y por ende a la estabilidad y seguridad internacionales,⁵ comienzan a ser percibidas sobre la base de las tesis del solidarismo, entendiéndolas como un deber de aquellos Estados que pretenden ser "buenos ciudadanos internacionales", y que por ello

¹ Daniel Silander, 'R2P-Principle and Practice? The UNSC on Libya' (2013) 8 Journal of Applied Security Research 262.

²Real Instituto Elcano. (2016). Responsabilidad de proteger: la ONU en acción (Informe No. 2), 5. Disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357/DT2-2016-MenendezDelValle-Responsabilidad-de-proteger-ONU-en-accion.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357>> consultado: 15 de abril de 2021.

³ High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁴ Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. (1975). *Acta Final de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa*. Disponible en: <<https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵ Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. (2006). *Intervención Humanitaria (Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo)*. Disponible en: <<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131>> consultado: 15 de abril de 2021.

han de dejar de lado sus intereses comerciales y políticos cuando se trata de salvaguardar los derechos humanos.

Sin embargo, la ejecución de estas intervenciones, denominadas "humanitarias", será percibida como inconsistente y selectiva, acabando por identificarlas con las posiciones de la teoría realista sobre el humanitarismo. De acuerdo con esta doctrina, los Estados no llevan a cabo intervenciones por razones humanitarias si ello no les va a permitir promover sus intereses nacionales, por lo que el humanitarismo en general depende meramente de consideraciones económicas, geopolíticas y estratégicas, las cuales son volubles y están en constante cambio.⁶

Se genera así una profunda desconfianza entre muchos Estados que perciben estos mecanismos de supuesta protección como un arma de doble filo,⁷ quedando tales dudas confirmadas tras conflictos como el de Kosovo en 1999, en el que la Alianza Atlántica (OTAN) intervino sin contar con mandato de Naciones Unidas.⁸

A pesar de todo, voces como la de Kofi Annan, continúan identificando la salvaguarda de los derechos humanos como uno de los pilares sobre los que se establece la paz mundial.⁹

Esfuerzos como el del Secretario de Naciones Unidas acaban por desembocar en el desarrollo de una novedosa doctrina que se plantea, no como enemiga, sino como aliada de la soberanía de todo Estado. Emerge así la responsabilidad de proteger, la cual, en sus inicios, será capaz de recabar multitud de apoyos entre la comunidad internacional, llegando autores como Rachel VanLandingham a catalogarla como parte del Derecho Internacional Consuetudinario.¹⁰

Sin embargo, aunque esta doctrina nace con vocación de proteger a todos los seres humanos a través de infinidad de mecanismos, los cuales pueden llegar a resultar mucho más útiles y eficaces que las normalmente desastrosas intervenciones militares, su aplicación ha sido cuestionada por las mismas razones que en su día ya lo fue la intervención humanitaria, estando en la actualidad muy desprestigiada.

⁶ Nicholas Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society* (New York, Oxford University Press 2002), 24.

⁷ Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. (2006). *Intervención Humanitaria (Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo)*. Disponible en: <<http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁸ Nicholas Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society* (New York, Oxford University Press 2002), 24.

⁹ Puente Democrático. (2016). *Derechos Humanos Antes y Después de la Caída del Muro de Berlín* (Documento No. 59). Disponible en: <<https://www.puentedemocratico.org/documentos/DocumentoPD59.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

¹⁰ Rachel VanLandingham, 'Politics or Law: The Dual Nature of the Responsibility to Protect' (2012) 41 *Denver Journal of International Law and Policy* 63, 85.

Por ello, el objetivo del presente trabajo es mostrar cómo la aplicación de la responsabilidad de proteger ha sido de lo más inconsistente, al depender ésta en mayor medida de los intereses nacionales de determinadas potencias, que de la constatada comisión de crímenes atroces. Así, más allá de presentar la responsabilidad de proteger y sus características distintivas, llevo a cabo estudios de caso: Libia y Bahréin; los cuales permitirán observar la inconsistencia presente en las respuestas de la comunidad internacional. A su vez, esta selección permite observar el papel que jugó la OTAN en relación con la responsabilidad de proteger y también de la vital importancia que encierra la responsabilidad de reconstruir, tercera dimensión de la doctrina.

2.- LA DOCTRINA DE LA RESPONSABILIDAD DE PROTEGER

El término responsabilidad de proteger adquiere preeminencia en las esferas internacionales tras el fracaso de la comunidad internacional a la hora de prevenir genocidios masivos como el de Ruanda en 1994, o el de Srebrenica en 1995. El desmesurado nivel de crudeza y gravedad de estos episodios cataliza la idea de que, sobre la comunidad internacional, pesa el deber de proteger a aquellas poblaciones que se encuentran bajo extremo riesgo a causa de las acciones u omisiones de sus propios aparatos estatales.¹¹ A su vez, comienza a reconocerse que, el fallo a la hora de prevenir crímenes como el genocidio o la limpieza étnica es capaz de socavar la paz y seguridad internacionales.¹²

No obstante, no será hasta la creación, por parte del gobierno canadiense, de la Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados (CIISE), y la publicación en diciembre de 2001 de su informe final, titulado "La responsabilidad de proteger", cuando la doctrina quede propiamente enunciada.¹³

2.1.- Nacimiento de la responsabilidad de proteger

El informe de la CIISE parte de una revisión del concepto de soberanía, afirmando que ésta no implica solo derechos, sino también responsabilidades.¹⁴ Así, los Estados deben proteger la seguridad y la

¹¹ Daniel Silander, 'R2P-Principle and Practice? The UNSC on Libya' (2013) 8 *Journal of Applied Security Research* 262.

¹² High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

¹³ Nicholas Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society* (New York, Oxford University Press 2002), 24.

¹⁴ Real Instituto Elcano. (2016). *Responsabilidad de proteger: la ONU en acción* (Informe No. 2), 8. Disponible en:

vida de sus ciudadanos, siendo responsables ante los mismos y ante la comunidad internacional, representada a través de las Naciones Unidas, y debiendo sus agentes, eventualmente, rendir cuentas de sus actos u omisiones.¹⁵ De darse el supuesto en el que un Estado sea incapaz, o se niegue a cumplir con su responsabilidad, ésta es transferida a la comunidad internacional, de forma subsidiaria, al ser la relación entre intervención pro-derechos humanos y soberanía, complementaria.¹⁶ A su vez, el informe plantea que la responsabilidad de proteger lleva aparejadas tres categorías distintas de responsabilidad: la de prevenir, la de reaccionar, y la de reconstruir.

2.1.1.- Responsabilidad de prevenir

El objetivo principal de esta dimensión es reducir, de no ser posible eliminar, la necesidad de intervenir. La efectividad de la prevención depende de tres elementos: (I) los mecanismos de alerta temprana, imprescindibles a la hora de conocer la fragilidad de la situación y los riesgos que entraña; (II) la disposición de medidas preventivas, tales como el aislamiento diplomático; (III) la existencia de voluntad política a la hora de aplicar tales medidas. A los ojos de la Comisión, resulta imprescindible que la comunidad internacional modifique su mentalidad, pasando de la tradicional cultura de reacción, a una basada en la prevención. Y es que, de acuerdo con el Informe, la prevención de los conflictos no se trata de un asunto de alcance estrictamente nacional, dado que cualquier conflicto puede llegar a suponer terribles consecuencias para la seguridad en el plano internacional.¹⁷

2.1.2.- Responsabilidad de reaccionar

<<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357/DT2-2016-MenendezDelValle-Responsabilidad-de-proteger-ONU-en-accion.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357>> consultado: 15 de abril de 2021.

¹⁵ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La Responsabilidad de Proteger* (Informe No. 1). Disponible en: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

¹⁶ Real Instituto Elcano. (2016). *Responsabilidad de proteger: la ONU en acción* (Informe No. 2), 8. Disponible en: <<http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357/DT2-2016-MenendezDelValle-Responsabilidad-de-proteger-ONU-en-accion.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357>> consultado: 15 de abril de 2021.

¹⁷ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La Responsabilidad de Proteger* (Informe No. 1). Disponible en: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

Sobre la base de esta responsabilidad, en aquellas situaciones en las que las medidas preventivas no logren atajar el problema y la necesidad de proteger vidas humanas persista, resulta preciso aplicar medidas coercitivas, siendo la acción militar el último recurso, y existiendo una serie de principios precautorios, que han de respetarse para que la eventual intervención resulte legítima.

De esta forma, antes de plantear actuación militar alguna, han de aplicarse las denominadas "medidas previas", que pueden ser de corte militar (ej.: embargo de armas), económico (ej.: imposición de sanciones comerciales) o político (ej.: expulsión del país de órganos internacionales). En casos extremos y excepcionales en los que las medidas expuestas resulten ineficaces, será necesario recurrir a la acción militar, la cual, al suponer una excepción al principio de no intervención, debe siempre justificarse. La injerencia en los asuntos internos de un Estado tiende a ser perjudicial, ya que puede desestabilizar el territorio y avivar las luchas étnicas o civiles. Aun así, en circunstancias excepcionales que pongan en riesgo la estabilidad del orden internacional, o aquellos casos en los que la población esté siendo víctima de una violenta represión, se impone la necesidad de acudir a este recurso. En todo caso, y con el fin de precisar al detalle lo que se entiende por "circunstancias excepcionales", son seis los requisitos establecidos por la Comisión para proceder a la intervención militar.

Primero. Autoridad competente. Tal como recoge el artículo 42 de la Carta de Naciones Unidas, cuando el uso de medidas no militares se haya demostrado inadecuado, el Consejo de Seguridad está autorizado para emprender las acciones militares necesarias a fin de mantener o restablecer la paz y seguridad internacionales. En caso de inacción, la Asamblea General está capacitada para alentar a este órgano, pero nunca para autorizar acciones militares por su propia cuenta.

Segundo. Causa justa. La intervención ha de estar motivada por una causa justa, como lo es la pérdida de vidas humanas, reales o previsibles, a consecuencia de la acción deliberada de un Estado, de su incapacidad de actuar, o el resultado de una "depuración étnica". Esta definición incluye los crímenes de lesa humanidad, tal como se definen en los Convenios de Ginebra y sus Protocolos adicionales, al tiempo que exige que los actos justificativos de la intervención militar se cometan, o se prevea su comisión, a gran escala.¹⁸

Tercero. Intención correcta. El propósito de la intervención debe ser atajar o evitar el sufrimiento humano, no pudiendo en ningún caso pretender una modificación fronteriza o el derrocamiento del régimen imperante en el territorio.

¹⁸ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La Responsabilidad de Proteger* (Informe No. 1). Disponible en: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

Cuarto. Último recurso. La intervención militar solo puede justificarse cuando las opciones pacíficas hayan fracasado. Así, aunque no se exige la aplicación de todas y cada una de estas opciones, deben existir motivos razonables para creer que aquellas que han quedado inaplicadas, no habrían surtido efecto alguno.

En los supuestos en los que la crisis obedezca al conflicto entre un Estado y un grupo insurgente, el objetivo principal es instar a las partes a una cesación del fuego, a través de la mediación ejercida por la comunidad internacional. En estos casos, tan solo podrá considerarse el emprendimiento de acciones militares cuando tales intentos fracasasen debido a la intransigencia de una de las partes o a la comisión de actos de violencia generalizados.

Quinto. Medios proporcionales. En los supuestos de intervención militar, la escala, duración e intensidad de ésta deben tener el mínimo nivel necesario para lograr el objetivo de protección. A su vez, la repercusión en el sistema político del país debe ser la mínima imprescindible que permita el propósito protector.

Sexto. Posibilidades razonables de éxito. La acción militar sólo está justificada si cuenta con posibilidades de atajar o evitar las atrocidades o el sufrimiento que la han provocado, resultando injustificable si durante su transcurso se desencadenase un conflicto mayor que aquel que se pretendía evitarse.

2.1.3.- Responsabilidad de reconstruir

Esta tercera y última dimensión de la doctrina determina que, si se decide intervenir militarmente, debe existir una voluntad real de ayudar a consolidar una paz duradera y promover una gobernanza estable en el territorio intervenido.¹⁹

2.2.- Adopción de la responsabilidad de proteger

Hechos como la guerra de Irak de 2003, de nuevo contraria al derecho internacional, vuelven a desatar las dudas de aquellos países que ven en el informe de la CIISE una puerta a eventuales intervenciones de las grandes potencias en sus territorios. Kofi Annan, lejos de darse por vencido, escribe el informe "Un concepto más amplio de libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos", en el que reafirma, con pequeñas matizaciones, lo expuesto en el informe del CIISE, y que presentará ante la Asamblea General en la primavera de 2005.²⁰ De esta forma, consigue incluir la cuestión de la

¹⁹ Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La Responsabilidad de Proteger* (Informe No. 1). Disponible en: <http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

²⁰ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

responsabilidad de proteger en la Agenda de la "Cumbre del Milenio", celebrada en septiembre de ese mismo año.²¹

La responsabilidad de proteger pasa finalmente a formar parte del Documento Final de la Cumbre Mundial (ASEAN-HLAP, 2014),²² el cual es posteriormente adoptado como Resolución de la Asamblea General, asentando en sus párrafos 138, 139 y 140, la responsabilidad de proteger (Asamblea General de la ONU, 2005). En el compromiso logrado, la novedosa doctrina se asienta sobre tres pilares que no están secuenciados, contando todos ellos con equivalente importancia.

Primer pilar: "La responsabilidad de proteger que incumbe al Estado". Establece que el ente estatal cuenta con la responsabilidad primordial y permanente de proteger a su población del genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad, así como de su incitación. Esta responsabilidad dimana, tanto de la naturaleza de la soberanía del Estado, como de sus obligaciones jurídicas internacionales.

Segundo pilar: "Asistencia internacional y formación de capacidad". De acuerdo con este pilar, la comunidad internacional se compromete a alentar y ayudar a los Estados a cumplir con su responsabilidad de proteger. Esta tarea pasa por contribuir a determinar y resolver las causas raíz que eventualmente podrían desencadenar la comisión de los crímenes que la doctrina pretende evitar, construyendo las capacidades necesarias para prevenirlos y prestando asistencia a aquellos Estados que se encuentren en situaciones de tensión, evitando así el estallido de las crisis.

Tercer pilar: "Respuesta oportuna y decisiva". Los Estados Miembros adoptan, en función de este pilar, la responsabilidad de actuar de forma colectiva, oportuna y decisiva cuando resulte evidente que un Estado no protege a su población. La actuación se materializa en el empleo de instrumentos diplomáticos y otros mecanismos pacíficos,²³ tales como la imposición de sanciones económicas, o la remisión del caso a la Corte Penal Internacional,²⁴ de conformidad con los Capítulos VI y VIII de la Carta de Naciones Unidas. No obstante, también es posible recurrir a las medidas que implican el uso de la fuerza armada, presentes en el Capítulo VII de dicha Carta, habiendo para ello de cumplirse dos condiciones: 1) los medios pacíficos resultan inadecuados y 2) la falta de protección del Estado hacia su población

²¹ Nicholas Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society* (New York, Oxford University Press 2002), 24.

²² High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

²³ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

²⁴ Greogor Hofmann, 'R2P Ten Years on' (2015) 7 Peace Research Institute Frankfurt 275.

es manifiesta. Estas medidas están previstas como último recurso, pudiendo ser aprobadas únicamente en el nivel intergubernamental y siempre mediando autorización del Consejo de Seguridad.²⁵ Nace así, una nueva excepción al uso de la fuerza que pretende evitar la comisión de crímenes atroces.²⁶

1.2.1.- Características de la doctrina adoptada

Queda claro que la aplicación de la responsabilidad de proteger no se encuentra exclusivamente basada en la intervención militar, habiendo querido sus propulsores distanciar ambos conceptos en todo momento.²⁷ La estrategia insiste en el valor de la prevención y, solo cuando ésta falla, plantea una respuesta pronta y flexible que se ajuste a las circunstancias concretas de cada caso. Los tres pilares deben estar listos para ser utilizados en cualquier momento, no existiendo secuencia alguna para su utilización, dado que lo que se pretende es el desarrollo de una estrategia capaz de salvar vidas humanas, no de un procedimiento secuenciado en el que se prime el proceso sobre los resultados.²⁸

La responsabilidad de proteger recae primeramente sobre el Estado en cuestión,²⁹ dado que la protección de su población frente al genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad es una de las responsabilidades fundamentales que derivan de su soberanía. Por ende, en un principio, el papel de la comunidad internacional y las organizaciones regionales se limita a alentar y ayudar al Estado para que cumpla con responsabilidad.

A su vez, la responsabilidad a la que se comprometen los Estados en esta Resolución es de carácter permanente, es decir, se aplica en todo momento y lugar. Así, la pregunta nunca debe ser si la doctrina ha de emplearse o no, sino cuál es la mejor manera de aplicarla en la concreta situación, a fin de alcanzar el objetivo de protección. A todo esto, se suma que el derecho a la protección contra el genocidio, los crímenes de guerra, la limpieza étnica y los crímenes de lesa humanidad es universal, no estando condicionado a la ciudadanía de la

²⁵ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

²⁶ Isabel García, 'El principio de la responsabilidad de proteger ¿Supone una nueva excepción al uso de la fuerza?' (2017) 27 *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública* 173, 192.

²⁷ Aider Hehir, 'Bahrain: An R2P blind spot?' (2015) 19 *The International Journal of Human Rights* 1129.

²⁸ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

²⁹ Carsten Stahn, 'Responsibility to protect: Political rhetoric or emerging legal norm' (2007) 101 *The American Journal of International Law* 99, 118.

persona.³⁰ Para muchos, esta doctrina supone la culminación de la evolución del pensamiento relativo a seguridad humana.³¹

Los Estados miembros se comprometen también a fortalecer los mecanismos de alerta temprana y evaluación de las Naciones Unidas, resaltando la importancia de los de tipo regional. Es por ello por lo que declaran su apoyo al mandato del Asesor Especial para la Prevención del Genocidio, constituido en 2004, entre cuyas funciones se encuentra la de recopilar la información relativa a transgresiones de derechos humanos y la posterior formulación de recomendaciones al Consejo de Seguridad, a través del Secretario General, acerca de las medidas más idóneas para prevenir o detener las mismas.³² Tanto la Asamblea General como el Consejo de Derechos Humanos están a su vez capacitados para organizar misiones de constatación, con el fin de investigar situaciones en las que pueda estar transgiriéndose el derecho internacional.

En conclusión, el enfoque que adopta esta doctrina es estrecho, al centrarse tan solo en la prevención de cuatro crímenes concretos, pero al mismo tiempo muy profundo, al habilitar el empleo de todos los instrumentos posibles para cumplir su objetivo, ya sean los disponibles para el sistema de Naciones Unidas, las organizaciones regionales, los Estados Miembros, o la sociedad civil.³³

2.3.- Diferenciación respecto de la intervención humanitaria

Desde su nacimiento, tanto la responsabilidad de proteger como su aplicación, resultan elementos controvertidos, dada su intrínseca semejanza con el fenómeno de la intervención humanitaria. Autores como Carlo Focarelli describen ambas doctrinas como análogas,³⁴ incluir ambos conceptos dentro de una misma definición resulta, cuanto menos, simplista. Así, mientras la intervención con fines humanitarios entraña el supuesto derecho de los Estados a actuar coercitivamente contra otros Estados con el fin de frenar la comisión

³⁰ High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

³¹ Gary Wilson, 'Applying the Responsibility to Protect to the 'Arab Spring' (2014) 35 *Liverpool Law Rev* 157.

³² High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

³³ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

³⁴ Carlo Focarelli, 'The responsibility to protect doctrine and humanitarian intervention: too many ambiguities for a working doctrine.' (2008) 13 *Journal of conflict and security law* 191, 210.

de atrocidades; la responsabilidad de proteger establece la responsabilidad de proteger a las poblaciones civiles de graves violaciones de derechos humanos. A su vez, esta responsabilidad recae primeramente en el propio Estado en el que la violación está siendo cometida y, tan solo de faltar éste a su deber de protección, podrá la comunidad internacional tomar medidas, siendo en todo caso las de tipo militar el último recurso.³⁵

Más allá de sus diferentes aplicaciones en la práctica, también existen divergencias entre los valores que fundamentan ambas doctrinas. Así, mientras la responsabilidad de proteger trata de prevenir el conflicto, estableciendo para ello una amplia variedad de medios e implicando a multitud de actores, la intervención humanitaria se basa exclusivamente en reaccionar al conflicto ya existente, contemplando solo la intervención militar y aquellos actores capaces de aplicarla.³⁶

De este modo, el controvertido debate sobre la intervención humanitaria se ve sustituido por el consenso entre los diversos actores en torno a la responsabilidad de proteger, entendiéndose el deber de proteger a la población como un componente integral y un requisito previo de la soberanía nacional.³⁷ La novedosa doctrina se convierte así en aliado de la soberanía, alentando conductas que ayudan a los Estados a cumplir sus deberes, en vez de limitarse a reaccionar cuando fracasan.³⁸ Y es que, si la comunidad internacional actúa con la antelación y cordura, la difícil decisión entre no hacer nada o usar la fuerza, deja de existir.

2.4.- El papel de la OTAN en la responsabilidad de proteger

La cooperación entre esta Alianza y las Naciones Unidas es el resultado de la delegación de funciones que desde hace tiempo lleva a cabo la sobrecargada organización internacional en organizaciones regionales.³⁹ Y es que, si bien la ONU está hoy día ampliamente reconocida como la institución más apropiada para autorizar intervenciones militares, es claro que carece de las capacidades para intervenir por sí misma en conflictos de gran intensidad.⁴⁰ Ello quedó

³⁵ Kassim Razali, *The Geopolitics of Intervention. Asia and the Responsibility to Protect* (Singapore, Springer 2014).

³⁶ Kassim Razali, *The Geopolitics of Intervention. Asia and the Responsibility to Protect* (Singapore, Springer 2014).

³⁷ Gregor Hofmann, 'R2P Ten Years on' (2015) 7 *Peace Research Institute Frankfurt* 275.

³⁸ UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677.

³⁹ Ettore Greco, 'UN-NATO interaction: Lessons from the Yugoslav experience' (2008) 32 *The International Spectator* 121, 135.

⁴⁰ Andrea Carati, 'Responsibility to protect, NATO and the problem of who should intervene: reassessing the intervention in Libya' (2017) 29 *Global Change, Peace & Security* 293.

constatado en la guerra de Yugoslavia, en la que la Organización Internacional se limitó a dar el mandato, siendo la Alianza Atlántica la encargada de desarrollar la operación.⁴¹

Por las relatadas razones, la OTAN ha pasado a convertirse en una suerte de "brazo ejecutor", al presentarse como el único actor capaz de llevar a cabo la responsabilidad de responder oportuna y decisivamente, adquirida por la comunidad internacional en virtud del tercer pilar de la responsabilidad de proteger.⁴²

Aunque esta delegación pueda parecer práctica y coherente, el hecho de que el delegado, la OTAN, sea mucho más poderoso que el delegante, la ONU, resulta de lo más problemático. Ello quedó constatado en la intervención en Yugoslavia, donde la Alianza, lejos de actuar como mero delegante, se reservó el derecho de definir por sí misma el alcance y los límites de sus compromisos.⁴³

Cuando la Alianza Atlántica interviene en un conflicto, no actúa como un mero ejecutor de decisiones, sino que pasa a ser la verdadera autoridad de las operaciones, decidiendo soberanamente sobre cuestiones tan trascendentales como "cuándo", o "de qué manera", intervenir. De este modo, no reconoce poder superior, no estando obligada a rendir cuentas y no pudiendo ser sancionada. A su vez, el Consejo de Seguridad carece de capacidad para retirar el mandato, o para fijar al detalle su contenido.

Ya en un plano menos pragmático, ha de entenderse también que, al ser la OTAN una alianza militar, sus objetivos son particulares y estratégicos, por lo que resulta difícil que verdaderamente lleguen a coincidir con los de tipo universal y normativo que permean la responsabilidad de proteger. Estas características generan controversia respecto a la idea de que la Alianza sea concebida como un elemento facilitador de un proyecto universalista por antonomasia como es la responsabilidad de proteger.

Así, aunque ha participado en intervenciones semejantes en el pasado, pudiendo hacerlo en un futuro, la idea de que la OTAN pueda ser la respuesta a la pregunta de quién debería intervenir cuando se trata de operaciones basadas en esta Doctrina, resulta, cuanto menos, discutible.⁴⁴

⁴¹ Ettore Greco, 'UN-NATO interaction: Lessons from the Yugoslav experience' (2008) 32 *The International Spectator* 121, 128.

⁴² Andrea Carati, 'Responsibility to protect, NATO and the problem of who should intervene: reassessing the intervention in Libya' (2017) 29 *Global Change, Peace & Security* 293.

⁴³ Ettore Greco, 'UN-NATO interaction: Lessons from the Yugoslav experience' (2008) 32 *The International Spectator* 121, 135.

⁴⁴ Andrea Carati, 'Responsibility to protect, NATO and the problem of who should intervene: reassessing the intervention in Libya' (2017) 29 *Global Change, Peace & Security* 293.

2.5.- Prevención como esencia de la responsabilidad de proteger

De acuerdo con Lawrence Woocher, el objetivo principal de la responsabilidad de proteger no es otro que prevenir la pérdida de vidas humanas que ocasiona la comisión de crímenes atroces. De esta forma, la dimensión preventiva se convierte en el elemento esencial de esta doctrina, habiendo ello atraído a aquellos que temen un empleo injusto de la fuerza en su territorio, pero también a quienes no desean invertir recursos propios en proteger militarmente la vida de civiles atacados.

Los mecanismos que plantean la responsabilidad de proteger pueden adoptar la forma de prevención directa, cuando tratan de disuadir a actores específicos de su idea de cometer crímenes atroces; o de prevención estructural, cuando atacan las causas raíces que influyen en la probabilidad de que se cometan dichos crímenes. Ejemplos de la primera serían la imposición de sanciones económicas o el envío de misiones de investigación, mientras que en la segunda encontraríamos el apoyo al Estado de derecho y a la rendición de cuentas a nivel nacional.⁴⁵

A su vez, como sostén de las estrategias de prevención, la Oficina para la Prevención del Genocidio (OSAPG) elabora en 2014 un marco de análisis que sirve como herramienta a la hora de evaluar la probabilidad de que se cometan crímenes atroces en un determinado lugar, permitiendo, de esta forma, identificar aquellos países en los que existe un mayor riesgo para la población.⁴⁶

3.- ESTUDIOS DE CASO

3.1.- Bahreín

Bahreín es una de las seis monarquías del Golfo Pérsico, habiendo ocupado el poder la dinastía Al Khalifa desde 1873 hasta la actualidad.⁴⁷ La Constitución del país, adoptada el 14 de febrero de 2002, define Bahreín como una monarquía constitucional hereditaria⁴⁸

⁴⁵ Lawrence Woocher, 'The Responsibility to Prevent. Toward a strategy' in Andy Knight and Frazer Egerton (eds), *The Routledge Handbook of the Responsibility to Protect* (pp. 22-35). (Londres, Routledge 2012).

⁴⁶ United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. (2014). *Framework of Analysis for Atrocity Crimes*. (Documento N° 2). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-English.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁴⁷ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 *Latin American Journal of International Affairs* 37.

⁴⁸ Bahrain Independent Commission of Inquiry. (2011). *Report of the Bahrain Independent Commission of Inquiry (Informe No. 1)*, 13. Disponible en: <<http://www.bici.org.bh/BICIreportEN.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

y la sharía como su fuente de derecho principal.⁴⁹ El Rey es el jefe del Estado, contando con amplios poderes ejecutivos, siendo quien nombra los miembros del Consejo de Ministros y de la Cámara alta de la Asamblea Nacional. Sumado a ello, es el comandante supremo de las fuerzas armadas y preside el Consejo Superior de Justicia.⁵⁰

Al ser la única de las monarquías del Golfo cuya población es mayoritariamente chiíta, el régimen ha desarrollado diversas políticas orientadas a impedir el acceso de los seguidores de esta corriente del islam a puestos públicos, lo que sin duda ha generado resentimiento entre la comunidad chií, llegando sus integrantes a considerarse "ciudadanos de segunda clase".⁵¹

3.1.1.- Desarrollo del conflicto

En febrero de 2011 comienza en este país un movimiento pacífico de protesta que busca reformas políticas inmediatas, estando inspirado en el fenómeno de la Primavera Árabe y los levantamientos populares que sacuden otros países de Oriente Medio y África del Norte. La protesta se organiza a través de la red social Facebook y el foro "BahrainOnline" y culmina el 14 de febrero, "Día de la Ira", con la convocatoria de manifestaciones Manama, capital del país.

Así, a las 3 a.m. del 17 de febrero, mientras los manifestantes, entre ellos mujeres y niños, duermen en un campamento improvisado, las fuerzas del orden público, asistidas por un helicóptero, rodean y atacan la plaza, armadas con gas lacrimógeno, perdigones y porras. La operación se salda con 5 manifestantes muertos y más de 100 heridos. Desde este momento la Armada Real Bahreiní toma el control de la capital y, al día siguiente, cuando los manifestantes marchan de nuevo hacia la plaza, les recibe con munición real, existiendo grabaciones de video y fotografías que muestran cómo los militares no realizan disparo alguno de advertencia y apuntan directamente a órganos vitales de los manifestantes.⁵²

⁴⁹ Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 22. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵⁰ Bahrain Independent Commission of Inquiry. (2011). Report of the Bahrain Independent Commission of Inquiry (Informe No. 1), 15. Disponible en: <<http://www.bici.org.bh/BICIreportEN.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵¹ Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 21. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵² Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 25-32. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

Tras lo ocurrido, las peticiones de los manifestantes, que inicialmente no iban más allá de una cierta democratización del poder político y del fin de la discriminación por motivos religiosos,⁵³ pasan a exigir la abdicación del Rey. El cambio en las demandas no se traduce en un cambio en la forma de protesta, manteniendo ésta su carácter pacífico y no-sectario.⁵⁴

No será hasta el 14 de marzo, con la llegada de las tropas de apoyo de la Fuerza del Escudo de la Península (Peninsula Shield Force), brazo militar del Consejo de Cooperación para los Estados Árabes del Golfo (CCG), cuando el régimen bahreiní consiga verdaderamente disolver a los manifestantes.⁵⁵ Este apoyo militar está compuesto principalmente por tropas provenientes de Arabia Saudita y Emiratos Árabes Unidos, contando, a su vez, con el apoyo de la marina kuwaití. Cabe resaltar la ilegalidad de esta intervención, al estar únicamente previsto el uso de esta fuerza militar por parte de los miembros del Consejo para la defensa contra amenazas externas, nunca para acabar con levantamientos internos.⁵⁶

En línea con esta política represiva, el 15 de marzo el Rey declara el Estado de Emergencia en el país y promulga la Ley de Seguridad Nacional (Ley Marcial), otorgando con ello amplios poderes a las fuerzas de seguridad para acabar con las protestas.⁵⁷ Ello se traduce en arrestos nocturnos, toques de queda, encarcelamientos, torturas, expulsiones de estudiantes, y despidos, llegando incluso a ser demolida la Plaza de la Perla.⁵⁸ Comienza así una exhaustiva operación de seguridad basada en el castigo colectivo e indiscriminado, que afectará a un amplio espectro de la población bahreiní.

El informe de la Comisión Independiente de Investigación de Bahreín, establecida el 1 de julio de 2011 por el propio Rey, revela la

content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵³ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37, 42.

⁵⁴ Bahrain Independent Commission of Inquiry. (2011). Report of the Bahrain Independent Commission of Inquiry (Informe No. 1), 90. Disponible en: <<http://www.bici.org.bh/BICIreportEN.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵⁵ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37, 45.

⁵⁶ Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 25-27. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁵⁷ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37, 42.

⁵⁸ Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 27. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

existencia y sistematicidad de prácticas de tortura, entre las que se encuentran descargas eléctricas, exposición a temperaturas extremas, privación de sueño y amenazas de violación. También queda corroborada la cultura de absoluta impunidad que permea las instituciones bahreiní, no habiendo tenido consecuencia alguna para los perpetradores de los crímenes relatados.⁵⁹

Ya en el mes de septiembre, tribunales militares especiales sentencian a 208 civiles a cerca de 2.500 años de prisión, incluyendo 20 médicos que habían ofrecido tratamiento a los manifestantes. A su vez, existen indicios sólidos de la perpetración de ejecuciones extrajudiciales por parte de las fuerzas del régimen, no habiendo sido ninguna de estas muertes seriamente investigada.

En conclusión, tras 45 muertes, 1.500 casos de arresto arbitrario y 1.866 de tortura,⁶⁰ habiendo sido estas actuaciones calificadas como crímenes contra la humanidad por organizaciones como en Centro Europeo por los Derechos Constitucionales y Humanos,⁶¹ ni un solo militar o miembro de las fuerzas de seguridad es procesado o encarcelado. A todo lo referido se suma el reclutamiento y uso de mercenarios por parte del Gobierno bahreiní, en clara violación del Convención Internacional de la Organización de Naciones Unidas contra el reclutamiento, la utilización, la financiación y el entrenamiento de mercenarios.⁶²

3.1.2.- Respuesta de los actores regionales e internacionales

Desde su inicio, la dinastía reinante de los al-Khalifa descalifica las protestas populares y sus demandas, tachándolas de complot pan-chiíta y pro-iraní. No obstante, la represión ejercida sobre los chiítas genera simpatía entre otras comunidades del Golfo Pérsico seguidoras de esta corriente. Ello despierta el miedo de regímenes como el de Arabia Saudita, que teme que sus propias poblaciones chiítas, especialmente aquellas de la provincia de Hasa, muy rica en recursos petrolíferos, comiencen a exigir derechos civiles y el fin de la

⁵⁹ Bahrain Independent Commission of Inquiry. (2011). Report of the Bahrain Independent Commission of Inquiry (Informe No. 1), 299. Disponible en: <<http://www.bici.org.bh/BICIreportEN.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁶⁰ Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 5-11 Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

⁶¹ Aider Hehir, Bahrain: An R2P blind spot? (2015) 19 The International Journal of Human Rights 1129.

⁶² Bahrain Centre for Human Rights. (2011). Bahrain, the human price for freedom and justice (Informe No. 2), 6-16. Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> consultado: 15 de abril de 2021.

discriminación a la que se encuentran sometidos. De ahí el interés de este país en mantener a los chiítas de Bahreín a raya.

Pese a lo extremo de la represión de la dinastía Al-Khalifa, ninguna cancillería occidental reacciona de forma significativa ante la situación de brutal represión que está viviendo la población Bahreíní, habiéndose limitado las autoridades estadounidenses a exhortar al diálogo y la reconciliación. El propio Barak Obama resta legitimidad a las protestas, siguiendo la línea del gobierno bahreíní y enmarcándolas dentro de una conspiración pan-chiíta-iraní. Por su parte, el asesor de política exterior de la Unión Europea, quita importancia a la violencia contra los manifestantes, aduciendo que "los accidentes ocurren".

Sumado a su propia incapacidad de contener las protestas, esta complaciente actitud por parte de las potencias occidentales alienta al régimen bahreíní a acudir a sus aliados del Consejo de Cooperación del Golfo (CCG) para solicitar una intervención de apoyo en su territorio. Hilary Clinton, la entonces Secretaria de Estado de los Estados Unidos, afirma que es derecho soberano del gobierno de Bahreín el invitar a las fuerzas del Consejo para que le asistan en el control de las revueltas populares.⁶³ La respuesta del Consejo no se hace esperar, habiendo convocado sus miembros una reunión de emergencia la noche del 16 de febrero de 2011, en la que se comprometen a auxiliar a la Dinastía Al Khalifa. Ello resulta lógico dado que, de producirse transformaciones políticas trascendentales en Bahreín, podría generarse un efecto contagio en las demás monarquías de la región, alentando a sus ciudadanos a rebelarse y exigir más derechos.

A su vez, Bahreín es el único de los Estados miembros del Consejo cuya población es mayoritariamente chií, por lo que cualquier transformación política que otorgue a este grupo mayor presencia política, podría tener implicaciones inmediatas en los Estados vecinos. De este modo, la situación resulta problemática para todas las monarquías del Golfo, especialmente para Arabia Saudita⁶⁴ que, como ya se ha dicho, alberga multitud de poblaciones chiítas en provincias ricas en recursos petrolíferos.⁶⁵

Las monarquías del Consejo entran así en una dualidad de actuación en lo que respecta a su política exterior, asumiendo una posición activamente contraria respecto de los levantamientos que tienen lugar en países del Golfo, al tiempo que alientan aquellos que se producen en otros como Libia. La justificación que dan a esta bipolaridad es que las revueltas que tienen lugar en Bahreín son una conspiración pan-chiíta-iraní, fruto de la influencia de Irán, mientras

⁶³ Sergio Moya, 'Libia, Bahreín y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 Escenarios XXI 47, 48-61.

⁶⁴ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37.

⁶⁵ Sergio Moya, 'Libia, Bahreín y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 Escenarios XXI 47, 59.

que las que tienen lugar en países como Libia representan exigencias legítimas de pueblos oprimidos.⁶⁶

Por su parte, el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas no menciona la crisis de Bahreín en ninguna de sus resoluciones o declaraciones presidenciales. El Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-Moon, aunque emite 15 declaraciones sobre la situación del país, llamando a la resolución pacífica de la crisis, en ninguna de ellas menciona la responsabilidad de proteger, como tampoco lo hace en sus informes anuales sobre la doctrina. En lo que respecta a la Oficina del Asesor Especial sobre la Prevención del Genocidio y la responsabilidad de proteger, éste no se involucra en absoluto con la crisis bahreiní, dado que, ni visita el país, ni tampoco hace mención al mismo en sus declaraciones oficiales o en su página web. Las ONG especialistas en la doctrina de la RdP y su aplicación, tales como "Centro Global para la RdP", "Coalición Internacional para la RdP" y "Centro Asia-Pacífico para la RdP", tampoco se implican en absoluto con Bahreín, no hablando del país en ninguno de sus artículos, informes o declaraciones y mencionándolo en tan solo dos ocasiones en sus redes sociales.⁶⁷

Por el contrario, otras ONGs de renombre, tales como "Human Rights Watch" o "Amnistía Internacional", así como periódicos de la talla del "New York Times", "The Guardian" y "Le Monde", denuncian sistemáticamente la situación vivida en Bahreín, dándola a conocer al mundo, tal como muestran los títulos recogidos a pie de página.

3.1.3.- Intereses estratégicos de la región

Bahreín cuenta con una ubicación privilegiada, que ha sido ampliamente aprovechada por las potencias occidentales. Así, Reino Unido en el pasado, y Estados Unidos en la actualidad, hacen uso de este pequeño territorio, que resulta estratégico para la defensa de sus intereses.

Desde 1958 la Quinta Flota de la Marina estadounidense está asentada en este país, permitiendo así a la potencia occidental controlar la parte media del Golfo Pérsico, proteger los acueductos petrolíferos, y contar con acceso inmediato a las principales vías marítimas de la región. A su vez, el territorio bahreiní cobró especial importancia durante la Guerra de Iraq de 1991, cuando el gobierno del país permitió al Pentágono llevar a cabo misiones de combate aéreo desde su territorio.⁶⁸

⁶⁶ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37.

⁶⁷ Aider Hehir, Bahrain: An R2P blind spot? (2015) 19 The International Journal of Human Rights 1129.

⁶⁸ Sergio Moya, 'Libia, Bahreín y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 Escenarios XXI 47, 59.

De esta forma, al ignorar las protestas que tienen lugar en el país y su violenta represión, Estados Unidos asegura su presencia en el territorio, al tiempo que afianza sus vínculos con Arabia Saudita y apoya a su aliado Israel, al evitar un eventual incremento del poderío iraní en la región.⁶⁹

Sumado a todo ello está la venta de armamento occidental a este país, que en el caso de Estados Unidos alcanza un volumen de negocio de \$280.373.829 en 2011, año en el que tienen lugar las revueltas en el territorio. Ello supone un incremento en más de \$80.000.000 respecto del año anterior; aquí, cabe resaltar la ironía de la situación, ya que muchas de estas armas serán utilizadas para reprimir las protestas de la población.⁷⁰

3.2.- Libia

Libia es el cuarto país más grande de África y el decimoséptimo del mundo.⁷¹ En este territorio la organización tribal sigue teniendo presencia, existiendo más de 140 tribus, distribuidas a lo largo y ancho del territorio y contando cada una con sus propias aspiraciones e intereses.⁷²

Desde 1969, y hasta su muerte, el país estuvo dirigido por Muamar el Gadafi, un coronel que llegó al poder gracias a un golpe de Estado.⁷³

3.2.1.- Desarrollo del conflicto

3.2.1.1.- Primera fase: inicio de las protestas

La detención el 15 de febrero de 2011 de Fathi Terbil, un conocido abogado y defensor de los derechos humanos, por parte de las fuerzas de seguridad interna libias, desencadena una ola de masivas protestas en la ciudad de Bengasi, a lo que las autoridades responden con el uso de la fuerza, sirviéndose, entre otros instrumentos, de porras y gas lacrimógeno. Lejos de dispersarse, el 17

⁶⁹ Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 Latin American Journal of International Affairs 37.

⁷⁰ Sergio Moya, 'Libia, Bahrein y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 Escenarios XXI 47, 59.

⁷¹ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44.

⁷² Pedro Sánchez-Herráez, 'Libia: ¿El Modelo de Conflicto del Siglo XXI?' (2019) Instituto Español de Estudios Estratégicos Documento de Análisis, 1 <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2019/DIEEEA21_2019PEDSAN_Libia.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁷³ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44.

de febrero, denominado "Día de la Ira", las manifestaciones se intensifican, respondiendo las fuerzas de seguridad con munición real en varios lugares.

En los días sucesivos, a medida que las noticias sobre los altercados se van difundiendo, las protestas se multiplican, comenzando los manifestantes a tomar acciones más *ofensivas*, entre las que se encuentran la toma de instalaciones oficiales y del aeropuerto de Bengasi.

El 20 de febrero el empleo de la fuerza ya es significativo por ambas partes y los enfrentamientos se intensifican en la capital Trípoli, al tiempo que los combates activos comienzan a sucederse en otras regiones del país.

El 22 de febrero, el Consejo de Seguridad de la ONU publica un comunicado, haciendo un llamamiento al gobierno libio para que cumpla con su responsabilidad de proteger a la ciudadanía.⁷⁴ La institución internacional está así reaccionando a la violencia vivida en el territorio durante el mes anterior.⁷⁵

3.2.1.2.- Segunda fase: inicio del conflicto armado

A finales de febrero, la situación ya ha desembocado en un conflicto armado entre las fuerzas de la oposición y las del Gobierno, centrándose los combates en ciudades concretas, tales como Mistrata.⁷⁶

El 26 de febrero, se aprueba la Resolución 1970, de nuevo condenando el comportamiento de Libia como Estado, y ordenando la inmediata terminación de los ataques a población civil cometidos por las fuerzas de Muamar el Gadafi, quien gobierna el territorio. Esta exigencia resulta por completo ignorada, y los subsiguientes debates de la ONU confirman que, de no adoptarse decisión más contundente, la ya grave situación que la población civil está sufriendo, se recrudecerá.⁷⁷

El 2 de marzo en Bengasi, se establece el Consejo Nacional Transitorio, dirigido por Mustafá Abdul Jalil (ex Ministro de Justicia), auto declarándose seguidamente como "único representante de Libia".⁷⁸ Al día siguiente, apenas dos semanas después del inicio de la

⁷⁴ Andrew Garwood-Gowers, 'The Responsibility to Protect and the Arab Spring: Libya as the exception, Syria as the norm?' (2013) 36 UNSW Law Journal 594.

⁷⁵ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 International Security 105.

⁷⁶ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44, 24.

⁷⁷ Daniel Silander, 'R2P-Principle and Practice? The UNSC on Libya' (2013) 8 Journal of Applied Security Research 262.

⁷⁸ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44, 25.

violencia, Gadafi acepta la oferta de mediación de Venezuela, pero Jalil rechaza por completo el camino del diálogo.

Del 5 al 15 de marzo, las fuerzas del gobierno libio retoman todas las principales ciudades controladas por los rebeldes, excepto una. El 17 del mismo mes, Gadafi se dirige directamente a los rebeldes de Bengasi, alentándoles a que entreguen las armas y asegurando que, de hacerlo, estarán a salvo de cualquier tipo de represalia.⁷⁹

3.2.1.3.- Tercera fase: intervención de la Alianza Atlántica (OTAN)

El 17 de marzo, el Consejo de Seguridad aprueba la Resolución 1973, autorizando el uso de la fuerza contra el Estado Libio⁸⁰ a fin de proteger a los civiles y las áreas habitadas que se encuentran bajo amenaza de ataque.⁸¹ Dos días después, la Organización del Tratado del Atlántico Norte (OTAN), inicia la intervención.

El 11 de abril, Gadafi acepta la "hoja de ruta para la paz", una propuesta de resolución pacífica presentada por la Unión Africana (UA), la cual contempla un inmediato alto el fuego, la promoción de un diálogo nacional y una ampliación de la asistencia humanitaria.⁸² Pese a los esfuerzos diplomáticos de la UA, los rebeldes se niegan a considerar cualquier propuesta hasta que el líder libio deje el poder.

El 26 de mayo, el gobierno libio propone un alto el fuego, negociaciones para un gobierno constitucional y una compensación a las víctimas, pero los rebeldes vuelven a dar su negativa a la proposición.⁸³

En octubre de 2011, gracias al apoyo militar recibido por parte de la Alianza Atlántica,⁸⁴ las fuerzas rebeldes ya han conseguido conquistar el país y acabar con la vida del mandatario, Muamar el Gadafi.⁸⁵

3.2.2.- Aplicación de la responsabilidad de proteger en Libia

3.2.2.1.- Resoluciones de la Organización de Naciones Unidas

⁷⁹ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105, 113-115.

⁸⁰ Andrew Garwood-Gowers, 'The Responsibility to Protect and the Arab Spring: Libya as the exception, Syria as the norm?' (2013) 36 *UNSW Law Journal* 594

⁸¹ Gary Wilson, 'Applying the Responsibility to Protect to the 'Arab Spring' (2014) 35 *Liverpool Law Rev* 157.

⁸² Alex de Waal, 'African Roles in the Libyan Conflict of 2011' (2013) 89 *International Affairs* 365, 367.

⁸³ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105, 115.

⁸⁴ Gary Wilson, 'Applying the Responsibility to Protect to the 'Arab Spring' (2014) 35 *Liverpool Law Rev* 157.

⁸⁵ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105.

El 25 de febrero de 2011, el Consejo de Derechos Humanos adopta la Resolución S-15/1, en la cual dispone el envío urgente de una comisión internacional independiente de investigación, a fin de que averigüe las presuntas violaciones de las normas internacionales de derechos humanos acaecidas en el territorio libio.⁸⁶

Un día después, el Consejo de Seguridad adopta la *Resolución 1970*, la cual comienza recordando a las autoridades libias la responsabilidad de proteger a su población. Posteriormente, pasa a establecer un embargo de armas sobre el país y hace recaer sobre Gadafi, su familia y altos cargos del régimen, dos medidas adicionales, la prohibición de viajar y la congelación de activos.

Menos de un mes después, el 17 de marzo de 2011, el Consejo de Seguridad adopta la Resolución 1973, en la que exige la inmediata cesación del fuego, reiterando la responsabilidad de proteger que recae sobre las autoridades libias y llamando a una solución pacífica del conflicto. Posteriormente, en virtud del Capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas, el Consejo procede a autorizar a los Estados Miembros para que, a título nacional o por conducto de organizaciones o acuerdos regionales y en cooperación con el Secretario General, adopten todas las medidas necesarias para proteger a los civiles y las zonas pobladas por civiles que estén bajo amenaza de ataque en Libia. No obstante, queda por completo excluida la posibilidad de ocupar por la vía terrestre cualquier parte del territorio libio.⁸⁷

3.2.2.2.- Intervención de la Alianza Atlántica (OTAN)

El inicio de la intervención está protagonizado por Francia, Gran Bretaña y Estados Unidos, que lanzan una serie de bombardeos en el territorio libio, decidiendo posteriormente delegar en la OTAN. Así, el 24 de marzo, la Alianza Atlántica anuncia que estará al frente de las operaciones militares que derivan de la implementación de la Resolución 1973. El 31 de marzo, da comienzo la Operación Protector Unificado (OPU), cuyo fin primordial es asegurar la protección de los civiles, así como el embargo de armas y la zona de exclusión aérea.⁸⁸

Cabe decir que, la OPU no se trata propiamente de una operación de la OTAN, al ser fruto de una delegación por parte de una serie de países que se comprometen a ejecutar la Resolución 1973. Ello implica que las decisiones concernientes a las operaciones no son tomadas por altas esferas del Consejo Atlántico, sino por un Comité Militar, al tiempo que no existen órganos de refuerzo como el Comité de

⁸⁶ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44.

⁸⁷ UNSC Res (1973) UN Doc S/RES/1973 (17 de marzo de 2011).

⁸⁸ Florence Gaub, 'The North Atlantic Treaty Organization and Libya: Reviewing Operation Unified Protector' (2013) Strategic Studies Institute, US Army War College 1.

Contribuyentes. El resultado es la falta de una adecuada dirección estratégica y la falta de visibilidad de las autoridades políticas al cargo.

A ello se suma que, tan solo 14 de los 28 miembros de la Alianza participan en esta operación, por lo que, más que una alianza político-militar, en Libia la OTAN se convierte en una especie de "caja de herramientas" a la que sus miembros acuden para desarrollar las actuaciones militares que entienden pertinentes.⁸⁹

Más allá, aunque de acuerdo con la Resolución 1973, el único propósito que legitima la intervención en territorio libio es la salvaguarda de la población civil, la actuación de la OTAN excede las líneas de este concreto mandato.⁹⁰ Durante el transcurso de la operación, aviones de la OTAN atacaron fuerzas del régimen libio que estaban en retirada y no constituían amenaza alguna para los civiles. A su vez, la Alianza bombardeó lugares como Sirte, ciudad natal de Gadafi, donde tampoco existía amenaza para los civiles, dado que los residentes apoyaban masivamente al régimen.

Al tiempo, los rebeldes estaban siendo en todo momento entrenados por operativos de Francia, Italia y Reino Unido, con la finalidad de establecer una estructura de mando organizada y desarrollar métodos de combate eficientes, tal y como estos países reconocerán más tarde ante un panel de Naciones Unidas.

Más allá del mero entrenamiento, los aviones franceses llegaron a lanzar cargamentos de armas a los rebeldes desde el aire, saltándose así el embargo impuesto por la Resolución 1970; al tiempo que Qatar, aliado de la OTAN, les proporcionaba misiles "antitanque" y enviaba tropas por tierra, convirtiéndose en un "compañero fundamental de batalla".⁹¹

3.2.2.3.- Realidad vivida en Libia tras la intervención de la Alianza Atlántica (OTAN)

En julio de 2012 se celebran elecciones democráticas en el país, a partir de las cuales se constituye un gobierno de coalición moderado y laico. No obstante, el Primer Ministro no tarda un mes en ser destituido de su cargo debido a las rivalidades regionales. El nuevo gobierno no consigue desarmar ni controlar las docenas de milicias que habían surgido durante las revueltas, por lo que el país acaba por convertirse en un entresijo de facciones enfrentadas, sumidas en un contexto de total vacío de autoridad.

⁸⁹ Félix Arteaga, 'La OTAN en Libia' (2011) 110 Real Instituto el Cano 1.

⁹⁰ High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: <https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁹¹ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105, 113-126.

En el año 2014, comienza una nueva guerra civil, que dura hasta la actualidad y que acaba por transformar Libia en un territorio sin ley en el que las más de 1.500 milicias armadas luchan a favor del mejor postor o en alguno de los bandos principales.⁹² Libia degenera así en un Estado fallido, convirtiéndose en un auténtico caldo de cultivo para el radicalismo islámico y la proliferación del tráfico ilegal de armas.

De esta forma, la intervención militar de la OTAN no solo prolonga la duración del conflicto, también incrementa la pérdida de vidas humanas, empeora los abusos de los derechos humanos, y el sufrimiento de la población en general.⁹³

3.2.3.- Respuesta de los actores regionales e internacionales

En este caso las respuestas de la comunidad internacional no se hacen esperar, estando los discursos en todo momento ligados a la salvaguarda de vidas humanas a través de la aplicación de la responsabilidad de proteger.

Así, desde el amanecer del conflicto, Francia, Inglaterra y Estados Unidos promueven la imposición de sanciones al régimen de Gaddafi, lo que conduce a la adopción de la Resolución 1970, en la cual se contienen exclusivamente medidas de presión. Una vez las fuerzas del régimen retoman el control de gran parte del territorio libio, Francia, Inglaterra y Estados Unidos apuestan ya por la intervención militar, lo que los lleva a promover la adopción de la Resolución 1973. De esta forma, es sin duda la determinación de estos tres países y su diplomacia,⁹⁴ lo que promueve la aplicación del tercer pilar de la responsabilidad de proteger en Libia.

Por su parte, Turquía, la Alianza Bolivariana de los Pueblos (ALBA) y la Unión Africana abogan por propuestas pacíficas y diplomáticas para solucionar el conflicto, las cuales, aun siendo aceptadas por el dirigente libio, quedan por completo inexploradas.⁹⁵

⁹² Pedro Sánchez-Herráez, 'Libia: ¿El Modelo de Conflicto del Siglo XXI?' (2019) Instituto Español de Estudios Estratégicos Documento de Análisis, 1, 7 <http://www.ieee.es/Galerias/fichero/docs_analisis/2019/DIEEEA21_2019PEDSAN_Libia.pdf> consultado: 15 de abril de 2021.

⁹³ Mediel Hove, 'Post-Gaddafi Libya and the African Union: Challenges and the Road to Sustainable Peace' (2017) 52 Journal of Asian and African Studies 271.

⁹⁴ Félix Arteaga, 'La OTAN en Libia' (2011) 110 Real Instituto el Cano 1.

⁹⁵ Sergio Moya, 'Libia, Bahreín y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 Escenarios XXI 47, 59.

3.2.4.- Intereses estratégicos de los miembros permanentes del Consejo de Seguridad que impulsaron la intervención en la región

La importancia de Libia en el plano internacional radica en su posición geográfica y en el hecho de que es el país con la mayor reserva probada de petróleo de la tierra (Human Rights Council, 2011).⁹⁶

Así, a pesar de que los tres Estados que propician la intervención, haciendo para ello uso de su posición privilegiada como miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, afirman hacerlo en nombre de los derechos humanos y la seguridad internacional, resulta francamente fácil vislumbrar los intereses económicos que subyacen en los actos de estas grandes potencias.

3.2.4.1.- Estados Unidos

Siguiendo a Chossudovsky, el objetivo más evidente de Estados Unidos en Libia no es otro que tomar posesión de las copiosas reservas de petróleo del país, transfiriendo posteriormente su control a manos extranjeras. De esta forma, de acuerdo con el autor, la actuación estadounidense en Libia forma parte de una agenda militar más amplia, prevista para el Medio Oriente y Asia Central, a partir de la cual Estados Unidos pretende obtener el control y la propiedad corporativa de más del 60% de las reservas mundiales de petróleo y gas natural. Y es que, a ojos de los gigantes petroleros, Libia era vista como una auténtica panacea, al no superar el dólar el coste de producción del barril, siendo el valor de mercado del crudo superior a los \$100 por barril.⁹⁷

3.2.4.2.- Francia

Alrededor de un 10% de los recursos petrolíferos de Francia se importan desde el territorio libio, siendo estos intereses económicos y geoestratégicos los que llevan Francia a desoír por completo las recomendaciones de la Comunidad Económica de Estados de África Occidental (CEDEAO) y de la UA, encaminadas a la solución pacífica del conflicto.⁹⁸

⁹⁶ UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44, 24.

⁹⁷ Michel Chossudovsky, 'Operation Libya' and the Battle for Oil: Redrawing the Map of Africa' (2011) Centre for Research on Globalization 1.

⁹⁸ Mbuyi Kabunda, 'La Política Africana de Francia: Rupturas y Continuidades del Neocolonialismo' (2012) 9 *Astrolabio* 87, 99.

El interés de esta nación en los recursos petrolíferos libios queda a su vez demostrado en los e-mails de Hilary Clinton que salen a la luz en 2015, los cuales revela el plan del gobierno francés de destinar hasta un 35% del petróleo libio a la empresa TOTAL S.A.⁹⁹

3.2.4.3.- Reino Unido

A pesar de que Londres no resulta tan vociferante como Francia en lo relativo a la intervención de Libia, sigue estando al frente de la coalición. Para este país, el componente político interno no es tan fuerte como sus intereses energéticos.¹⁰⁰

De esta forma, el apoyo británico a los rebeldes otorga a esta potencia una posición privilegiada en el reparto de los recursos energéticos del territorio que tiene lugar en la etapa posterior al conflicto, al haber afirmado públicamente sus representantes que darían preferencia a los países que hubiesen apoyado a los rebeldes durante la intervención.¹⁰¹

4.- RESULTADOS

4.1.- Pertinencia de la aplicación de la responsabilidad de proteger en Bahréin

Del relato de los hechos se extrae que el Estado bahreiní falta sistemáticamente a su responsabilidad de proteger a la ciudadanía del país, incumpliendo de esta manera el deber que le impone el primer pilar de la responsabilidad de proteger. De este modo, los manifestantes primero y, posteriormente, el conjunto de la población bahreiní, son víctimas de genocidio y crímenes de lesa humanidad, en forma de torturas sistemáticas, así como de conductas que se acercan a la limpieza étnica.

⁹⁹ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105, 126.

¹⁰⁰ Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105, 126.

¹⁰¹ Jason Davidson, 'France, Britain and the intervention in Libya: an integrated analysis' (2013) 26 *Cambridge Review of International Affairs* 310.

Tabla 1. Cuadro resumen de los factores de riesgo establecidos por la OSAPG que estuvieron presentes en Bahréin durante el periodo estudiado.

RIESGOS		Presencia	
n° 1	Situaciones de conflicto armado u otras formas de inestabilidad	SI	
n° 2	Registro de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos	SI	
n° 3	Debilidad de las estructuras del Estado	SI	
n° 4	Motivos o incentivos	SI	
n° 5	Capacidad para cometer crímenes atroces	SI	
n° 6	Ausencia de factores de mitigación		NO
n° 7	Circunstancias propicias o acciones preparatorias	SI	
n° 8	Factores desencadenantes		NO
n° 9	Tensiones intergrupales o patrones de discriminación contra grupos protegidos	SI	
n° 10	Indicios de intención de destruir total o parcialmente a un grupo protegido	SI	
n° 11	Indicios de ataque generalizado o sistemático contra una población civil	SI	
n° 12	Indicios de un plan o política de ataque contra una población civil	SI	
n° 13	Graves amenazas contra las personas protegidas en virtud del derecho humanitario		NO
n° 14	Graves amenazas contra las operaciones humanitarias		NO

Fuente: Framework of Analysis for Atrocity Crimes (OSAPG, 2014: 9).

(Elaboración propia)

Tal como se observa en la tabla, realizada a partir de los hechos relatados, la situación en Bahréin presenta 10 de los 14 factores de riesgo contenidos en el marco de análisis que elabora la OSAPG, resultando por ello innegable que, durante el periodo que duran las revueltas, en el país se vive una situación de extremo riesgo para la población.

En función de la responsabilidad adquirida sobre la base del segundo pilar de la doctrina estudiada, la comunidad internacional debería haber alentado a Bahréin a que cesara de forma inmediata la comisión de crímenes atroces. Para ello, el Asesor Especial para la Prevención del Genocidio y las Atrocidades Masivas podría haber jugado un papel importante, exponiendo al mundo la realidad que se estaba viviendo en el país. La retirada de inversiones del país, o el boicot a su turismo también habrían sido medidas muy útiles, dado que habrían generado un "coste de oportunidad" para las autoridades bahreiníes, impulsando así el cese de la violencia, y con ello, la protección de la población.

Debido a que ninguna de estas medidas se aplicó, resulta imposible determinar si hubiese sido necesario recurrir a la respuesta colectiva, oportuna y decisiva que prescribe el tercer pilar, o si, por el

contrario, las autoridades bahreiní, presionadas por la comunidad internacional, habrían cesado en su atroz empresa.

Así pues, a pesar de que la responsabilidad que establece la doctrina estudiada es de carácter permanente y universal, los intereses geopolíticos y estratégicos presentes en el territorio de Bahreín resultaron ser más fuertes que el ánimo de proteger los derechos humanos de la población.

De esta manera, aunque en el territorio estaban teniendo lugar ejecuciones sumarias, y torturas utilizando electroshocks, al tiempo que demolían bienes culturales y religiosos; los organismos internacionales como la ONU y las Organizaciones no Gubernamentales de prestigio, tales como "Human Rights Watch" o "Amnistía Internacional", aunque expusieron lo que estaba ocurriendo en el país, en ningún momento plantearon éste como un supuesto en el que resultase pertinente aplicar ninguno de los mecanismos previstos en la responsabilidad de proteger.

4.2.- Inadecuación de la aplicación de la responsabilidad de proteger en Libia

Del relato de los hechos se desprende que, sin lugar a duda, el Estado libio estaba faltando a su responsabilidad de proteger a su población, dada la violenta represión que sufrieron los manifestantes.

La primera actuación prevista en la responsabilidad de proteger que lleva a cabo la comunidad internacional en el país es el envío, por parte del Consejo de Derechos Humanos, de una comisión de investigación independiente y de carácter internacional, capaz de determinar lo que estaba ocurriendo en el territorio. Un día después de la implementación de este mecanismo de "alerta temprana", el Consejo de Seguridad adopta la Resolución 1970, que comprende medidas previas de corte militar, económico y político, a partir de las cuales la comunidad internacional pretende "asistir" al Estado libio, generando un "coste de oportunidad" para los más altos círculos del régimen, al objeto de que cumplan con su responsabilidad y cesen el ataque a su pueblo.

De esta manera, la comunidad internacional actuó de forma acorde al segundo pilar de la doctrina, al cumplir con su responsabilidad de asistir al Estado libio, tratando de conseguir que retomase sus responsabilidades para con su pueblo, evitando así cualquier injerencia en su soberanía.

Al no haber dado las medidas previas resultado alguno, la adopción de la Resolución 1973 resulta coherente con la responsabilidad de responder de forma colectiva, oportuna y decisiva, establecida por el tercer pilar de la doctrina. En el documento, el Consejo de Seguridad fija un mandato absolutamente claro: promover el cese inmediato de la violencia y encontrar una solución pacífica al

conflicto armado. Con el fin de cumplirlo, a los pocos días se pone en marcha una intervención militar.

Hasta este punto la comunidad internacional actúa de forma acorde con las premisas de la responsabilidad de proteger, cumpliendo todas y cada una de sus responsabilidades. No obstante, dados los acontecimientos que tienen lugar durante y después de la intervención militar, resulta preciso determinar si ésta resulta legítima a los ojos de la doctrina estudiada, a partir del análisis de las seis exigencias establecidas en el Informe de la CIISE.

Tabla 2. Cuadro resumen del cumplimiento en la misión de la OTAN de los requisitos establecidos por la CIISE para proceder a la intervención militar.

Requisitos para proceder a la intervención militar		
Autoridad competente	Sí	
Causa justa	Sí	
Intención correcta		No
Último recurso		No
Medios proporcionales		No
Posibilidades razonables éxito		No

Fuente: La responsabilidad de proteger (CIISE, 2001: 36 – 39)
(Elaboración propia)

Tal como se observa en la tabla, si bien los elementos de autoridad competente y causa justa están presentes, dado que la intervención militar se lleva a cabo por mandato del Consejo de Seguridad y como consecuencia de la amenaza para la población que supone la brutal represión que ejerce el Estado libio, las otras cuatro exigencias brillan por su ausencia.

El requisito de intención correcta no se cumple, ya que, aunque no es posible determinar si, en sus inicios, el objetivo de la intervención militar era proteger a la población libia, durante el transcurso de los acontecimientos se percibe claramente que el verdadero propósito de la OPU no es aquel prescrito por la Resolución 1973. Ello queda constatado a partir de dos hechos: el primero, las declaraciones que hacen los tres mandatarios de los países promotores y mentores de la Operación, Estados Unidos, Reino Unido y Francia, en un artículo de opinión publicado por el "New York Times", donde dejan claras sus intenciones de derrocar el régimen de Gadafi antes de retirarse del territorio; el segundo, el ininterrumpido apoyo militar y organizativo que reciben los rebeldes libios durante todo el periodo, a pesar de sus reiteradas negativas al diálogo y a la solución pacífica del conflicto.

Respecto del requisito de último recurso, éste tampoco está presente, pues, al tratarse el de Libia de un conflicto entre el Estado y un grupo insurgente, el objetivo único y primordial que contempla la

doctrina es el establecimiento de un alto el fuego a través de mecanismos de mediación internacional. Así, aun cuando el inicio de acciones militares pudo resultar concebible en un primer momento, éstas deberían haber cesado cuando comenzaron a plantearse resoluciones pacíficas al conflicto, las cuales eran aceptadas por el régimen. De esta forma, el hecho de que propuestas como las de la UA o Venezuela, todas ellas aceptadas por el régimen de Gadafi, quedasen por completo inexploradas, hizo que la intervención militar perdiese por completo su carácter de último recurso.

La exigencia de medios proporcionales también se incumple; tanto la escala, como la duración de la intervención habrían sido menores de haberse perseguido, tal y como exigía la Resolución 1973, el diálogo y el cese de la violencia cuando se presentó la posibilidad.

Por último, en lo que respecta al requisito de posibilidades razonables de éxito, tampoco se cumple, puesto que la intervención acabó por desencadenar una crisis mucho mayor que aquella que pretendía evitar. Así, el conflicto armado podría haber terminado en dos ocasiones; bien a mediados de marzo con la reconquista por parte de las fuerzas de Gadafi de los últimos territorios controlados por los rebeldes, bien a principios de abril a través de la negociación de un alto el fuego. Por el contrario, los intereses que latían tras la obstinada actuación de las potencias occidentales fueron los que permitieron a los rebeldes proseguir con su lucha, acabando por desencadenar una prolongada y cruenta guerra civil, seguida de una de las mayores crisis humanitarias del siglo, la cual se dilata hasta el día de hoy.

De este modo, la intervención militar que tuvo lugar en Libia de ninguna manera se corresponde con la aplicación del tercer pilar de la responsabilidad de proteger, y el hecho de que esta desastrosa, irresponsable e inadecuada actuación se hiciera en nombre de ésta valiosísima doctrina, ha dañado inmensa e irremediabilmente su credibilidad.¹⁰² Tanto es así que, actualmente, la responsabilidad de proteger es por muchos concebida como un mero instrumento del que determinados países tratan de hacer uso para injerir en la soberanía de otros.

4.3.- La OTAN y la responsabilidad de proteger

Resulta claro que la OTAN excedió el mandato del Consejo de Seguridad en la intervención que llevó a cabo en Libia. Así pues, el objetivo de dar protección a la población civil quedó por completo transfigurado, viéndose reducido a un mero pretexto para lograr el cambio de régimen (Carati, 2017).

Esta unilateral reinterpretación de la Resolución 1973 deja patentes diferencias insalvables entre los objetivos de la Alianza y

¹⁰² Nicole Deitelhoff, 'Is the R2P Failing? The Controversy about Norm Justification and Norm Application of the Responsibility to Protect' (2019) 11 *Global responsibility to protect* 149, 170.

aquellos que persigue la responsabilidad de proteger. Tal disociación se agrava al no existir mecanismo alguno de rendición de cuentas, capaz de reorientar las actuaciones de la OTAN de resultar necesario.

Otra de las terribles consecuencias de la ausencia de control sobre la Alianza, fue la decisión de poner fin a la OPU inmediatamente después del asesinato de Gadafi, sin tan siquiera considerar el desarrollo de una estrategia post-conflictual, que resultaba extremadamente necesaria, dada la situación de total inestabilidad.

Por ello, la forma de actuar de la OTAN resulta totalmente incompatible con la responsabilidad de proteger y sus objetivos, por lo que, antes de prestarse a ejecutar ninguna otra Resolución del Consejo de Seguridad, la Alianza habría de ser sometida a una profunda remodelación, capaz de tornarla más transparente, a la par que controlable, una vez entra en acción.

4.4.- Relevancia de la responsabilidad de reconstruir

Al hilo del análisis del papel de la OTAN, cabe hacer mención a la responsabilidad de reconstruir, la cual, aunque no fue adoptada por la Asamblea General en su día, adquiere un papel vital si lo que se persigue es la estabilidad y seguridad internacionales.

Así, otro de los grandes fallos de la intervención militar en Libia, es que se lleva a cabo sin desarrollar previamente una estrategia que facilite la seguridad del país en la etapa posterior al conflicto. Ello resulta particularmente chocante al tratarse Libia de un Estado que cuenta tradicionalmente con multitud de grupos tribales, característica que dificulta la estabilidad de la gobernanza, y que se agrava aún más cuando éstas están militarizadas, tal como ocurre en Libia.

De esta forma, de haberse diseñado una estrategia sólida para reconstruir las instituciones y la organización del país, capaz de dar estabilidad a los gobiernos democráticamente elegidos, y de promover la efectiva desmilitarización de las distintas tribus, tanto el sufrimiento de la población, como la grave amenaza que supuso la crisis libia para la seguridad internacional, habrían sido ciertamente menores.

5.- REFLEXIONES FINALES

En este trabajo he llevado a cabo un recorrido por las dinámicas internacionales que promovieron la creación de la responsabilidad de proteger, así como por las distintas etapas que atravesó esta doctrina hasta convertirse en lo que es en la actualidad: un instrumento con enorme potencial a la hora de proteger vidas humanas de crímenes atroces que se han cometido y se siguen cometiendo.

También traté de resaltar la dimensión preventiva de la doctrina, por encima de todas las demás, al ser la que verdaderamente marca la diferencia respecto de otros mecanismos de protección humanitaria. Así, al contemplar la responsabilidad de proteger numerosas opciones

de respuesta, de aplicarse, ni la comunidad internacional, ni sus integrantes, tienen por qué verse en la tesitura de elegir entre intervenir militarmente un Estado que está incumpliendo la responsabilidad de proteger a su población civil, o no reaccionar en absoluto, abriendo en ese caso la puerta a la perpetración de crímenes brutales.

No obstante, del estudio de los casos de Libia y Bahréin se deriva que la puesta en práctica de la responsabilidad de proteger flaquea en los mismos puntos que lo hacía la intervención humanitaria. Así, su aplicación resulta inconsistente y selectiva, dado que, aunque las situaciones acaecidas en ambos Estados durante el año 2011 resultaban de lo más parejas, los intereses de tres grandes potencias (Estados Unidos, Inglaterra y Francia) promovieron en Libia la puesta en marcha de todos los resortes de respuesta presentes en la doctrina; al tiempo que no contemplaron aplicación alguna de la misma en Bahréin.

A su vez, aunque la intervención de la Alianza Atlántica en Libia, de nuevo promovida y capitaneada por los tres países señalados, se lleva a cabo con el beneplácito, y sobre la base de la Resolución 1973 de la ONU, su ejecución resulta contraria, no solo a los objetivos de dicha Resolución, también a los requisitos estipulados por la responsabilidad de proteger, y en general a sus aspiraciones de protección. Ello cuestiona si es verdaderamente la OTAN, en su forma actual, una institución adecuada cuando se trata de poner en práctica la responsabilidad de proteger.

La aplicación de la doctrina acaba así por acercarse a los postulados del Realismo que definen las consideraciones económicas, geopolíticas y estratégicas como la antesala del humanitarismo. Ello ha decepcionado a todos aquellos que vieron en la responsabilidad de proteger una bien intencionada y eficaz respuesta a la conculcación de los derechos del ser humano.

Queda claro que, si los promotores de la responsabilidad de proteger aspiran a revitalizar la doctrina en la esfera internacional, una serie de cambios han de llevarse a cabo. Debe darse prevalencia a los mecanismos de prevención, especialmente a los de tipo estructural, fomentando el apoyo a dinámicas como la rendición de cuentas, o el sostén del Estado de derecho en países donde existan tensiones sociales. No obstante, en caso de darse una situación en la que estén presentes los riesgos establecidos por la OSAPG, la comunidad internacional ha de aplicar medidas efectivas de prevención directa, no debiendo basar su decisión de actuar o no en función de los intereses en juego, tal como ocurrió en el caso bahreiní.

De continuar el Estado sin atender a su responsabilidad de proteger, y por ello resultar preciso, sobre la base del tercer pilar de la doctrina, intervenir militarmente en el territorio, el objetivo de la operación debe ser exclusivamente la protección de las vidas civiles. A su vez, han de implementarse mecanismos de control y rendición de

cuentas que permitan a la ONU, en tanto que organismo legitimador de la operación, controlar la ejecución de sus mandatos, evitando cualquier desviación en los objetivos establecidos. Tales mecanismos de control han de ser especialmente rigurosos cuando el ejecutor de la operación es una alianza estratégico-militar que estructuralmente conlleva la defensa de los intereses de sus Estados miembros, los cuales poco tienen que ver con los propósitos de la responsabilidad de proteger.

También debe recogerse y potenciarse la dimensión reconstructiva que plantea la CIISE en su informe, dado que, de tomarse la decisión de intervenir militarmente, ha de trazarse, previa o simultáneamente, una estrategia de reconstrucción para la etapa posterior. De lo contrario, una vez las operaciones militares terminan, la estabilidad del país corre peligro, pudiendo desencadenarse crisis humanitarias aún más graves que aquellas que se pretendían evitar, tal como ocurrió en el caso libio.

Actualmente, actores como la Unión Europea están intentando revivir y potenciar la responsabilidad de proteger como mecanismo idóneo para lidiar con incipientes conflictos internacionales, a partir, por ejemplo, de la publicación del "kit de herramientas para la prevención de atrocidades" del Servicio Europeo de Acción Exterior.¹⁰³ No obstante, tan solo a partir de la implementación de las mejoras descritas resultaría posible presentar de nuevo la doctrina estudiada como un mecanismo legítimo y efectivo, tras el que no se esconde interés espurio alguno. Ello permitiría volver a recabar apoyos entre otros miembros de la comunidad internacional, a fin de impulsar el desarrollo y la aplicación efectiva de esta doctrina, lo que sin duda resultaría muy beneficioso para la seguridad internacional. Tal como explicó en su día Eugenia López-Jacoiste, tan solo si se garantizan y respetan los requisitos y circunstancias extremas que justifican la toma de decisiones extraordinarias tendrá la responsabilidad de proteger un futuro,¹⁰⁴ siendo así posible prevenir enconados conflictos, cuyas consecuencias pueden resultar fatales, tanto para el Estado directamente afectado, como al resto de la comunidad internacional.

¹⁰³ Edward Newman, and Cristina Stefan, 'Normative Power Europe? The EU's Embrace of the Responsibility to Protect in a Transitional International Order' (2020) 58 *Journal of common market studies* 472, 485.

¹⁰⁴ Eugenia López-Lacoiste Díaz, 'La responsabilidad de proteger: Reflexiones sobre su fundamento y articulación' (2006) 22 *Anuario de derecho internacional* 285, 314.

6.- REFERENCIAS

6.1.- Bibliografía

- Aider Hehir, 'Bahrain: An R2P blind spot?' (2015) 19 *The International Journal of Human Rights* 1129
- Aider Hehir, 'Assessing the influence of the Responsibility to Protect on the UN Security Council during the Arab Spring' (2016) 51 *Cooperation and Conflict* 166
- Alan Kuperman, 'A Model Humanitarian Intervention? Reassessing NATO's Libya Campaign' (2013) 38 *International Security* 105
- Andrea Carati, 'Responsibility to protect, NATO and the problem of who should intervene: reassessing the intervention in Libya' (2017) 29 *Global Change, Peace & Security* 293
- Andrew Garwood-Gowers, 'The Responsibility to Protect and the Arab Spring: Libya as the exception, Syria as the norm?' (2013) 36 *UNSW Law Journal* 594
- Carlo Focarelli, 'The responsibility to protect doctrine and humanitarian intervention: too many ambiguities for a working doctrine.' (2008) 13 *Journal of conflict and security law* 191
- Carsten Stahn, 'Responsibility to protect: Political rhetoric or emerging legal norm' (2007) 101 *The American Journal of International Law* 99
- Daniel Silander, 'R2P-Principle and Practice? The UNSC on Libya' (2013) 8 *Journal of Applied Security Research* 262
- Edward Newman, and Cristina Stefan, 'Normative Power Europe? The EU's Embrace of the Responsibility to Protect in a Transitional International Order' (2020) 58 *Journal of common market studies* 472
- Ettore Greco, 'UN-NATO interaction: Lessons from the Yugoslav experience' (2008) 32 *The International Spectator* 121
- Eugenia López-Lacoiste Díaz, 'La responsabilidad de proteger: Reflexiones sobre su fundamento y articulación' (2006) 22 *Anuario de derecho internacional* 285
- Fabiani Ornela, 'Gulf Cooperation Council monarchies and the protests in Bahrein' (2013) 5 *Latin American Journal of International Affairs* 37
- Francisco Pérez-Muinelo, 'El Gasto en Defensa de la OTAN' (2013) 69 *Instituto Español de Estudios Estratégicos* 1
- Félix Arteaga, 'La OTAN en Libia' (2011) 110 *Real Instituto el Cano* 1
- Florence Gaub, 'The North Atlantic Treaty Organization and Libya: Reviewing Operation Unified Protector' (2013) *Strategic Studies Institute, US Army War College* 1
- Gary Wilson, 'Applying the Responsibility to Protect to the 'Arab Spring'' (2014) 35 *Liverpool Law Rev* 157
- Gregor Hofmann, 'R2P Ten Years on' (2015) 7 *Peace Research Institute Frankfurt* 275

- Isabel Garcia, 'El principio de la responsabilidad de proteger ¿Supone una nueva excepción al uso de la fuerza?' (2017) 27 *Revista Enfoques: Ciencia Política y Administración Pública* 173
- Jason Davidson, 'France, Britain and the intervention in Libya: an integrated analysis' (2013) 26 *Cambridge Review of International Affairs* 310
- Kassim Razali, *The Geopolitics of Intervention. Asia and the Responsibility to Protect* (Singapore, Springer 2014).
- Lawrence Wocher, 'The Responsibility to Prevent. Toward a strategy' in Andy Knight and Frazer Egerton (eds), *The Routledge Handbook of the Responsibility to Protect* (pp. 22-35). (Londres, Routledge 2012).
- Mbuyi Kabunda, 'La Política Africana de Francia: Rupturas y Continuidades del Neocolonialismo' (2012) 9 *Astrolabio* 87
- Mediel Hove, 'Post-Gaddafi Libya and the African Union: Challenges and the Road to Sustainable Peace' (2017) 52 *Journal of Asian and African Studies* 271
- Michel Chossudovsky, 'Operation Libya' and the Battle for Oil: Redrawing the Map of Africa' (2011) *Centre for Research on Globalization* 1
- Nicholas Wheeler, *Saving Strangers: Humanitarian Intervention in International Society* (New York, Oxford University Press 2002)
- Nicole Deitelhoff, 'Is the R2P Failing? The Controversy about Norm Justification and Norm Application of the Responsibility to Protect' (2019) 11 *Global responsibility to protect* 149
- Pedro Sánchez-Herráez, 'Libia: ¿El Modelo de Conflicto del Siglo XXI?' (2019) *Instituto Español de Estudios Estratégicos Documento de Análisis* 1
- Rachel VanLandingham, 'Politics or Law: The Dual Nature of the Responsibility to Protect' (2012) 41 *Denver Journal of International Law and Policy* 63
- Sergio Moya, 'Libia, Bahréin y Yemen: intervencionismo humanitario y dobles raseros' (2011) 1 *Escenarios XXI* 47

6.2.- Informes de Organismos Oficiales

- Bahrain Independent Commission of Inquiry. (2011). *Report of the Bahrain Independent Commission of Inquiry* (Informe No. 1). Disponible en: <<http://www.bici.org.bh/BICIreportEN.pdf>> último acceso: 15 de abril de 2021
- Bahrain Centre for Human Rights. (2011). *Bahrain, the human price for freedom and justice* (Informe No. 2). Disponible en: <<http://www.bahrainrights.org/BCHR/wp-content/uploads/2011/11/BahrainTheHumanPrice.pdf>> último acceso: 15 de abril de 2021
- Comisión Internacional sobre Intervención y Soberanía de los Estados. (2001). *La Responsabilidad de Proteger* (Informe No. 1).

- Disponible en: http://www.ceipaz.org/images/contenido/La%20responsabilidad%20de%20proteger_ESP.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021
- Conferencia sobre la Seguridad y la Cooperación en Europa. (1975). *Acta Final de la Conferencia de Seguridad y Cooperación en Europa*. Disponible en: <https://www.osce.org/es/mc/39506?download=true> > último acceso: 15 de abril de 2021
- High-level Advisory Panel on the Responsibility to Protect in Southeast Asia. (2014). *Mainstreaming the Responsibility to Protect in Southeast Asia. Pathway Towards a Caring ASEAN Community* (Informe No. 1). Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/responsibility-to-protect/HLAP%20Report_FINAL.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021
- Instituto de Estudios sobre Desarrollo y Cooperación Internacional. (2006). *Intervención Humanitaria* (Diccionario de Acción Humanitaria y Cooperación al Desarrollo). Disponible en: <http://www.dicc.hegoa.ehu.es/listar/mostrar/131> > último acceso: 15 de abril de 2021
- Naciones Unidas. (1945). *Carta de las Naciones Unidas*. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Carta_NU.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021
- Peace and Research Institute Frankfurt. (2015). *Ten years R2P – What Doesn't Kill a Norm Only Makes It Stronger* (Informe No. 133). Recuperado de: https://www.hsfk.de/fileadmin/HSFK/hsfk_downloads/prif133.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021
- Puente Democrático. (2016). *Derechos Humanos Antes y Después de la Caída del Muro de Berlín* (Documento No. 59). Disponible en: https://www.puentedemocratico.org/documentos/Documento_PD59.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021
- Real Instituto Elcano. (2016). *Responsabilidad de proteger: la ONU en acción* (Informe No. 2). Disponible en: <http://www.realinstitutoelcano.org/wps/wcm/connect/efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357/DT2-2016-MenendezDelValle-Responsabilidad-de-proteger-ONU-en-accion.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=efd134004bb105749fbfbf6e9c1af357> > último acceso: 15 de abril de 2021
- United Nations Office on Genocide Prevention and the Responsibility to Protect. (2014). *Framework of Analysis for Atrocity Crimes*. (Documento N° 2). Disponible en: https://www.un.org/en/genocideprevention/documents/publications-and-resources/Genocide_Framework%20of%20Analysis-English.pdf > último acceso: 15 de abril de 2021

6.3.- Documentos de Naciones Unidas

- UNGA Res (60/1) UN Doc A/RES/60/1 (24 de octubre de 2005).
UNHRC Res (S-15/1) UN Doc A/HRC/RES/S-15/1 (25 de febrero de 2011)
UNSC Res (1970) UN Doc S/RES/1970 (26 de febrero de 2011)
UNSC Res (1973) UN Doc S/RES/1973 (17 de marzo de 2011)
UNGA, 'Un concepto más amplio de la libertad: desarrollo, seguridad y derechos humanos para todos: Informe del Secretario General' A/59/2005 (2005) UN Doc A/59/2005
UNGA, 'Implementing the responsibility to protect: Report of the Secretary-General' (12 January 2009) UN Doc A/63/677
UNHRC, 'Report of the International Commission of Inquiry to investigate all alleged violations of international human rights law in the Libyan Arab Jamahiriya' (1 Jun 2011) UN Doc A/HRC/17/44

AVANCES Y RETROCESOS EN EL RECONOCIMIENTO DEL TERRITORIO DE LOS AYOREOS BOLIVIANOS

ADVANCES AND SETBACKS IN THE RECOGNITION OF THE TERRITORY OF THE BOLIVIAN AYOREOS

Yaneth Katia Apaza Huanca*

RESUMEN: Los *ayoreos* bolivianos enfrentan una lucha por el reconocimiento de su territorio, su demanda jurídica se inicia al final de los ochenta; en 1999 a través de la Ley N° 1715 logran que cuatro de sus comunidades sean reconocidas como Tierras Comunitarias de Origen (TCO). El año 2009, la nueva Constitución cambiará el nombre de TCO al de Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) esta nueva denominación trae conflictos en su reconocimiento territorial y avasallamiento. Aproximadamente hace 20 años que no logran ningún tipo de reconocimiento territorial, aunque la Constitución les reconoce como "nación" y el dominio ancestral sobre sus territorios.

ABSTRACT: *The Bolivian ayoreos face a struggle for the recognition of their territory, their legal demand began at the end of the eighties; in 1999 through Law No. 1715 they achieved the recognition of four of their communities as Community Lands of Origin (TCO). In 2009, the new Constitution would change the name of the TCO to the Indigenous Territory of Origin Peasant (TIOC). It has been approximately 20 years since they achieved any kind of territorial recognition, although the Constitution recognizes them as a "nation" and the ancestral domain over their territories.*

PALABRAS CLAVE: Ayoreos bolivianos, territorio, Tierras Comunitarias de Origen (TCO), Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC).

KEYWORDS: *Bolivian ayoreos, territory, Communal Lands of Origin (TCO), Indigenous Territory of Origin Peasant (TIOC).*

Fecha de recepción: 04/06/2021

Fecha de aceptación: 29/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6192>

* Doctora en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, abogada e investigadora independiente. E-mail: vivanka333@gmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

Los *ayoreos* o *ayoreode* (plural masculino) es la autodenominación bajo la que se reconocen, significa “hombre o gente verdadera¹”, ellos son una de las 36 culturas ancestrales que el Estado plurinacional de Bolivia ha reconocido como “nación” a través de su idioma el zamuco conforme al art. 2 de la Constitución Política del Estado del año 2009, esto es, se reconoce su identidad y su territorio; sin embargo, pese a esta afirmación jurídica, el mismo no es tangible en la realidad pues su territorio continua siendo avasallado por campesinos, ganaderos, madereros, agropecuarios y migrantes interculturales; por otra, este reconocimiento es parcial porque no tienen el dominio sobre los recursos no renovables, debido a las restricciones constitucionales y limitaciones normativas específicas.

A lo largo de los años se ha observado que su reivindicación territorial tiene dos perspectivas: la histórica y la jurídica; la histórica se inicia a fines de la década de los años ochenta del siglo anterior, a través de la creación de organizaciones que los representen en sus demandas de reconocimiento territorial y las que han tenido representación importante, también han acudido a otra forma notoria de manifestación para sus reivindicaciones: las “marchas indígenas” desde sus lugares de orígenes hasta las ciudades metrópolis; hasta el momento se han compatibilizado ocho marchas desde la década de los años noventa, la última en 2011, estas marchas no solamente la realizaron los *ayoreos* sino todo el conjunto de naciones ancestrales que habitan el oriente boliviano. Sin embargo, la más importante fue la “II Marcha por el territorio, los derechos de participación política y el desarrollo” (1996), en la que lograron que cuatro de sus comunidades sean reconocidas posteriormente, como Tierras Comunitarias de Origen (TCO) en 1999.

Por otra parte, la perspectiva jurídica para la demanda territorial, ha tenido fases el cual ha abarcado distintas legislaciones agrarias y constitucionales; en un primer momento se inicia con una demanda denominada “Territorio Tradicional Ayoreo” al amparo de la Reforma Agraria de 1953 convertida en ley en 1956 (el cual no prosperó); posteriormente, en el marco de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria Ley N° 1715 de 1996, se logró beneficiar a esta “nación” con el reconocimiento de sus tierras ancestrales denominándolas como Tierras Comunitarias de Origen (TCO) en las comunidades de Zapocó, Guaye-Rincón del Tigre, Santa Teresita y Tobité II en el año 1999, permitiendo el reconocimiento de sus espacios geográficos, su hábitat

¹Mercedes Nostas, Carmen Elena Sanabria Salmón, *Detrás del cristal con que se mira: Mujeres ayoreas-ayoredie, órdenes normativos e interlegalidad* [1º ed., 2009] 13.

<http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/observatorio/archivos/publicaciones/libro_mujeres_ayoreasayoredie_ordenes_normativos_e_interlegalidadc_273.pdf> consultado el 31 mayo 2020.

a los cuales han tenido tradicionalmente acceso, y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, considerándose además, como inalienable, indivisible, irreversible, colectivo, inembargable e imprescriptible (art. 41 inc. 5, Ley N° 1715) todo esto bajo el amparo del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo convertida en Ley de la República de Bolivia en 1991 y bajo la presión de una reforma constitucional de 1994, en la que se reconocía que Bolivia era un Estado pluricultural y multiétnico.

Los años 2006-2007, Bolivia llevó adelante la Asamblea Constituyente, dando lugar a la refundación del Estado boliviano a través de una nueva Constitución Política del Estado el año 2009, en la que se dio prioridad a las mayorías poblacionales denominadas “indígenas²” dándose amplitud y reconocimiento a los derechos de las 36 naciones ancestrales reconocidas dentro de un Estado que se declaró plurinacional³, dentro de estas naciones reconocidas se encontraban los *ayoreos*; sin embargo, pese a todos los derechos otorgados en la nueva Constitución, considerándose además de adelantada, contradictoriamente su reconocimiento territorial se postergó nuevamente, y al contrario este se vio acelerada a favor de las medianas y grandes empresas, campesinos migrantes, interculturales, puesto que la norma fundamental reconoce y garantiza los derechos adquiridos por terceros propietarios con predios —en lo que denominará— como Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC), así esta forma de garantizar el derecho propietario de un tercero sobre la TIOC, trae dificultades jurídicas actuales que en los hechos se translucen en avasallamiento territorial hacia los *ayoreos*.

Por otra parte, el reconocimiento que se hizo como TCO en 1999 a las comunidades *ayoreas* sufre cierto menoscabo porque la nueva legislación constitucional solo reconoce a la TIOC a efectos de derechos autonómicos la cual va muy ligado a la libre determinación y al propio gobierno, es así que para este cambio de denominación de TCO a TIOC se debe ir a un proceso administrativo previo.

Así, el presente artículo se desarrolló en dos partes, en la primera parte, se dio a conocer la identidad de los *ayoreos* bolivianos, en ese contexto se mostró su ubicación geográfica, la densidad demográfica, y la historia de su reivindicación territorial desde las perspectivas mencionadas la: histórica y jurídica. La segunda parte, y de forma más puntual se hizo hincapié en algunas causas por las que se ven obstaculizadas sus demandas de reconocimiento territorial (causas de

² Aunque es el denominativo bajo el que se reconoce a los *ayoreos* y otras naciones ancestrales en Bolivia, este no es identificativo de su identidad, al contrario, es una denominación externa de la cual intentan salir.

³ El partido de gobierno desde el 2006 fue el movimiento al Socialismo-Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos (MAS-IPSP), el cual ha gobernado hasta la actualidad, con la única interrupción de la crisis política que ocurrió el año 2019 y que dio lugar al gobierno constitucional de Jeanine Añez hasta el 2020. Actualmente no existen cambios en la legislación en favor de los *ayoreos*.

hecho y de derecho) finalmente, se culminó con las conclusiones siendo una de las más importantes que cualquiera sea la forma de gobierno (neoliberal o plurinacional) no se permite el avance en sus demandas territoriales, debido a intereses privados muy ligado a la propiedad mercantil de la tierra. Es decir, que la tensión individualismo versus comunidad es real y muy latente.

1.1.- Los *ayoreos* en Bolivia, una constante lucha de existencia

En Bolivia los *ayoreos* son considerados una población minoritaria puesto que 2189 personas se han reconocido como tal⁴, sin embargo, según el Informe del Grupo Internacional de Trabajo para Asuntos Indígenas (IWGIA) el número total de integrantes serían 5600; de ellos 3000 se encontrarían en Bolivia y 2600 en Paraguay⁵, también existen *ayoreos* en aislamiento voluntario; es decir, sin contacto. El territorio tradicional *ayoreo* abarcaría una extensión cercana a los 33 millones de hectáreas entre Bolivia y Paraguay en el norte del Gran Chaco⁶

Los *ayoreos* en su mayoría han sido nómadas, aunque posteriormente fueron sedentarizados, ellos están conformados por siete clanes: *cikenoi*, *etakoíri*, *pikaneraé*, *dosapéi*, *kutamuahái*, *nurumíhi* y *posonhái*⁷. Su primer contacto fue con los españoles en 1537 en la región del Chaco, otros contactos no pacíficos fueron en 1546, 1547 y 1559 durante la época de la conquista.

Durante la época de la colonia, los jesuitas tomaron contacto intentando que fueran incorporados a la Misión Chiquitana entre 1691 y 1724, posteriormente entre 1711 y 1724 se logró agrupar a varios clanes zamuco y fundar la Misión de San Ignacio de los zamucos en el centro del Chaco Boreal (1724-1745); sin embargo, con la expulsión de los jesuitas en 1767 los *ayoreos* volvieron a sus patrones culturales tradicionales⁸.

⁴Estado Plurinacional de Bolivia, *Censo de población y vivienda 2012 Bolivia Características de la Población* [2015] 29 y 30 <<https://www.ine.gob.bo/index.php/publicaciones/censo-de-poblacion-y-vivienda-2012-caracteristicas-de-la-poblacion/>> consultado el 30 octubre 2019.

⁵ *Ibíd.*, 13.

⁶ Miguel Lovera y otros, *La situación de los ayoreos aislados en Bolivia y en las zonas transfronterizas con Paraguay* [Informe 2016, 2017] 5 <<https://www.iniciativa-amotocodie.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeAisladosZonaFronteraPY-BO.pdf>> consultado el 10 de abril de 2020.

⁷ José Zanardini, "Vida y misterio de los indios Moros Ayoreos" [1981] 16 *Suplemento antropológico*, 167-185 <<http://www.bibvirtual.ucb.edu.bo:8000/etnias/digital/106001469.pd>> consultado el 31 de mayo de 2020.

⁸ Guillermo Schmeda-Hirschmann, "Etnobotánica Ayoreo. Contribución al estudio de la flora y vegetación del Chaco" [1998] 53 *Candollea* 1-50 <https://www.researchgate.net/profile/Guillermo_Schmeda-Hirschmann/publication/277204260_Etnobotanica_Ayoreo_Contribucion_al_estudio_de_la_flora_y_vegetacion_del_Chaco/links/55b62a1808aed621de03169e/Etnobot>

Posteriormente con el nacimiento de los Estados, los *ayoreos* vivieron en territorios aislados en Bolivia y Paraguay, así mantuvieron su identidad y territorio hasta el descubrimiento del petróleo en su territorio, esto dio lugar a la guerra del Chaco entre Bolivia y Paraguay (1932-1935) entonces los *ayoreos* se encontraron en el centro de la contienda, obligándoles a abandonar su territorio. Schmeda Hirschmann menciona que los conflictos interétnicos, los choques con los militares y compañías petroleras les obligaron a tomar contacto nuevamente asentándose en misiones⁹. También la construcción del ferrocarril Santa Cruz-Corumba (1938-1953) posibilitó la penetración a su territorio¹⁰.

A comienzos de la década de 1940, se volvió a tomar contacto con ellos y en 1947 se produjo un contacto más permanente a través de las misiones norteamericanas *New Tribes* quienes fueron los primeros en establecer contacto con los *ayoreos* silvestres, intentando sedentarizarlos, este proceso fue complejo y largo hasta que se logró establecerlos¹¹, a partir de este se fundó Tobité el primer asentamiento *ayoreo* permanente. En 1950 la Misión Sudamericana creó Zapocó; en 1952 la Misión Bautista *Lettus* fundó Rincón del Tigre-Guayé. Una Misión Católica a cargo de Elmar Klingler fundó Santa Teresita en 1953¹². Estos asentamientos permanentes a través de las misiones serán reconocidos en 1999 como territorio de los *ayoreos* por el Estado boliviano; sin embargo, otras comunidades *ayoreas* tales como: Puesto Paz, Poza Verde, Urucú, Motacú Santiago, El Carmen Rivero, Guidai Ichai, aunque tienen el título a nombre de las misiones evangélicas y católicas no han logrado ser tituladas como territorio *ayoreo*¹³.

En Bolivia actualmente se ubican en el Chaco boliviano, el cual comprende los departamentos de Chuquisaca, Tarija y Santa Cruz, y

[anica-Ayoreo-Contribucion-al-estudio-de-la-flora-y-vegetacion-del-Chaco.pdf](#)>consultado el 31 de mayo de 2020.

⁹ *Ibíd.*, 2.

¹⁰ Administradora Boliviana de Carreteras, *Proyecto carretero del corredor conector de Santa Cruz-SCRCCP plan de pueblos indígenas (PPI) comunidades indígenas Chiquitanas y Ayoreo de del área de influencia del proyecto* [2015] 14 <<http://documents.worldbank.org/curated/en/418971468284660552/pdf/SFG1743-REVISED-IPP-SPANISH-P152281-Box396261B-PUBLIC-Disclosed-5-25-2016.pdf>>consultado el 20 de abril de 2020.

¹¹ Marcelo Bórmida, *Ergon y Mito: Una hermenéutica de la cultura material de los Ayoreo del Chaco Boreal* [CIAFIC 2005] 10 <http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Archivos_III_1_2005.pdf>consultado el 4 de abril de 2020.

¹² Leonardo Tamburini, *Atlas Sociopolítico sobre los territorios indígenas en las tierras bajas de Bolivia* [IWGIA, 2019] 246, 250 y 254 <<https://www.iwgia.org/images/documentos/Libros/ATLAS%202019.pdf>>consultado el 1 de junio de 2020.

¹³ Enrique Herrera y otros, *Identidades y territorios indígenas estrategias identitarias de los tacana y ayoreo frente a la ley INRA* [Ana María Lema, 2003] 62 <http://www.pieb.com.bo/2016/BPIEB/BPIEB_16_56_Identidades.pdf>consultado el 1 junio 2020.

en este último departamento ellos se encuentran en las provincias: Germán Busch, Ñuflo de Chávez, Chiquitos, Andrés Ibáñez y Cordillera, en estas provincias se hallan las cuatro comunidades reconocidas como Tierras Comunitarias de Origen (TCO): Zapocó, Guaye-Rincón del Tigre, Santa Teresita, Tobité II, todas en la subregión Chiquitana, además ellos viven en 27 comunidades, 16 son asentamientos en el área rural y 9 en ciudades intermedias del departamento de Santa Cruz¹⁴. A continuación, lo que se muestra son dos cuadros, el cuadro N° 1 nos muestra la fecha de fundación de los asentamientos *ayoreos* por las misiones evangélicas y católicas, las hectáreas y fechas de titulación de parte del Estado boliviano. En el cuadro N° 2 se muestra las comunidades *ayoreas* no reconocidas, aun cuando algunas tienen títulos.

Cuadro N° 1: Cronograma histórico de los asentamientos misioneros y reconocimientos del territorio de los *ayoreos* como Tierras Comunitarias de Origen (TCO)

Fecha aproximada de asentamiento misionero	Hectáreas Reconocidas por ley	Nombre de la Tierra Comunitaria de Origen (TCO) ubicación de provincia	Año de titulación
1940-1947, 1948 (<i>New Tribus</i>)	26.103.9	Tobité II (Chiquitos)	1999
1950 (Misión Sudamericana)	43.344.4	Zapocó (Ñuflo de Chávez y Velasco)	1999
1952 (Misión Bautista <i>Lettus</i>)	97.742.9	Guaye-Rincón del Tigre (Germán Busch)	1999
1957 (Misión católica)	77.545.2	Santa Teresita (Chiquitos y Cordillera)	1999

Fuente: Fundación Tierra, "Subregión Chiquitana: Territorios Indígena Originario Campesinos Titulados" <http://territorios.ftierra.org/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=61> consultado el 3 de junio de 2020; Álvaro Díez, *Compendio de etnias indígenas y ecoregiones: Amazonía, Oriente y Chaco* [1º ed., Plural, 2011] 407 <books.google.es/books?isbn=9995413833,9789995413835> consultado el 3 de junio de 2020; José A. Martínez, *Atlas territorios indígenas en Bolivia (situación de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO's))* [Plural, 2000] 115 <<https://www.bivica.org/files/territorios-indigenas-atlas.pdf>> consultado el 15 de mayo de 2021; Marcelo Bórmida, cit. 10; Leonardo Tamburini, cit. 246, 250 y 254.
Elaboración: propia.

¹⁴ Norma Casanova y otros, *Compendio de etnias indígenas y ecoregiones, Nunca nos fuimos: Diagnostico sobre la situación socioeconómica de la población ayorea, chiquitana, guaraní, guaraya, yuracaré y mojeña en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra* [1º ed., 2014] 130 <https://www.un.org/democracyfund/sites/www.un.org.democracyfund/files/bol-10-403_libro_nunca_nos_fuimos_0.pdf> consultado el 22 abril 2020

Cuadro N° 2: Comunidades ayoreas existentes (2017)

Nombre de las Comunidades ayoreas	
1.- Poza Verde (1962) *	13.- La Grama
2.- Urucú (1969) *	14.- Yacuces
3.- Guidai Ichai*	15.- Carmen*
4.- Motacú*	16.- Porvenir
5.- 27 de Noviembre (1969) *	17.- San José
6.- Tres cruces	18.- Fortín (1977) *
7.- Garay	19.- Barrio Bolívar
8.- Corechi	20.- Puesto Paz (1977)*
9.- Manantial	--
10.- Pilay	--
11.- Degui	--
12.- Jogasui	--

*Comunidades *ayoreas* levantadas por las misiones religiosas, en su mayoría tienen títulos.

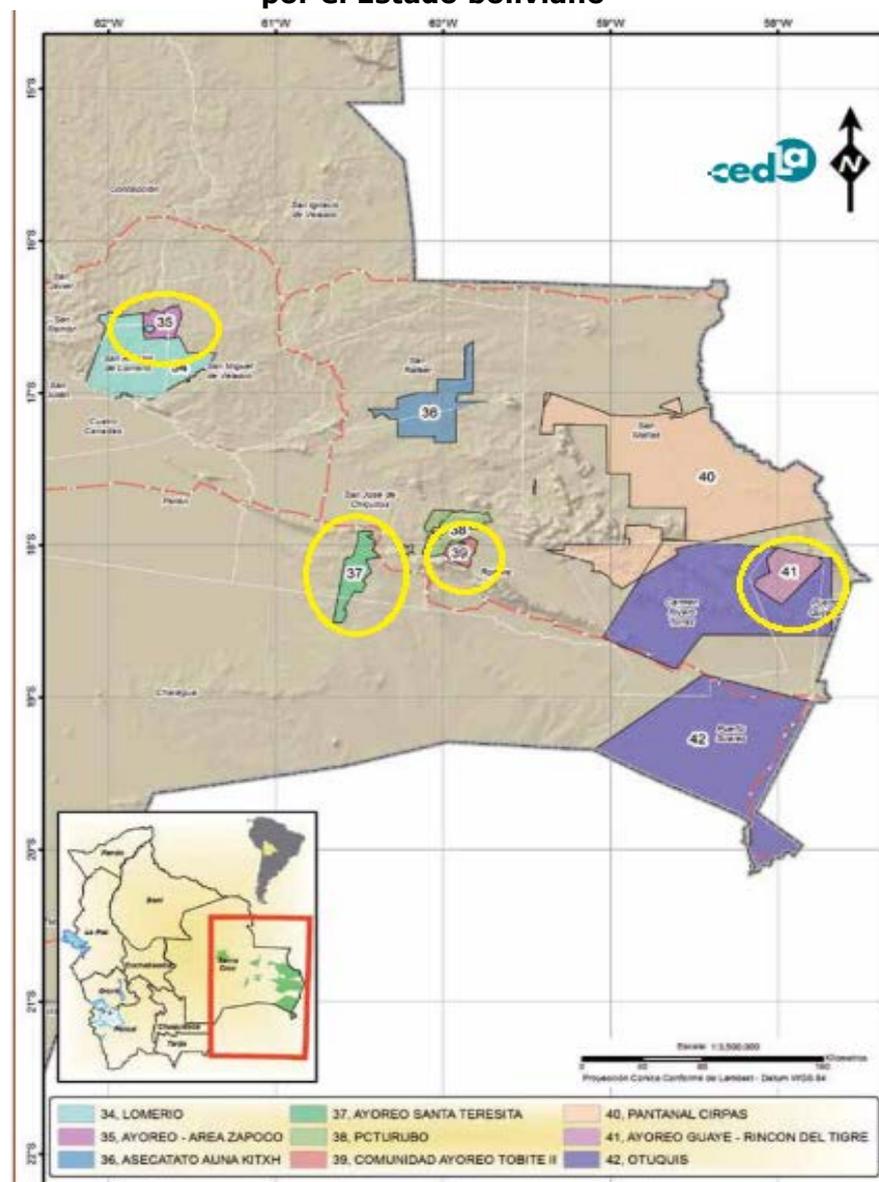
Fuente: Enrique Herrera y otros, cit. 62; Ministerio de Educación, Estado Plurinacional de Bolivia, *Currículo Regionalizado de la nación ayoreode* [2017] 23 <https://www.minedu.gob.bo/files/publicaciones/upiip/CR_AYOREO_2017.pdf> consultado el 3 de junio de 2020

Elaboración: Propia

Para graficar las comunidades *ayoreas* tituladas, observamos en la figura N° 1 lo siguiente:

- Las Tierras Comunitarias de Origen (TCO) tituladas de los *ayoreos* con el numeral 35 (Zapocó), 37 (Santa Teresita), 39 (Tobité II), 41 (Guaye-Rincón del Tigre).
- Estas TCO, se encuentran en el departamento de Santa Cruz-Bolivia en la subregión Chiquitana y fueron levantadas por las misiones evangélicas y católicas.

Figura N° 1: Ubicación geográfica de las TCO *ayoreas* reconocidas por el Estado boliviano



Fuente: Lizandra Paye y otros, *Compendio de espaciomas de TCO en tierras bajas, tenencia y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas* [Cedla, 2011] 125

<http://biblioteca.clacso.edu.ar/Bolivia/cedla/20171023044839/pdf_249.pdf>

consultado el 3 de junio de 2020

Elaboración: Propia

1.2.- Historia de un reconocimiento territorial inconcluso

Aunque los *ayoreos* fueron nómadas por tradición, ellos se fueron sedentarizando y ocuparon algunos territorios en el oriente boliviano con la ayuda de las misiones evangélicas y católicas, historia que comenzó en la década de los años cuarenta —como lo hemos visto anteriormente— este proceso de sedentarización comunitario logró

constituir un hábitat geográfico donde desarrollaron sus principales actividades, es en este lugar donde ellos reconocieron su “territorio ancestral y de acceso tradicional”.

Sin embargo, desde fines de la década de los setenta muchos de los líderes *ayoreos* expresaron la necesidad de tener en su poder los títulos de las comunidades, en especial de aquellos en los que estaban en manos de los misioneros; entonces los misioneros dudaron de entregarles ya sea de forma personal o comunitaria debido a los peligros que podría generar, excepto a la comunidad Tobité, donde la Misión *New Tribus* les entregó de forma comunal. Es decir, que si bien tenían un asentamiento consolidado este no estaba reconocido ante las autoridades bolivianas. Frente a esta situación los *ayoreos* empezaron a organizarse para consolidar y reivindicar su territorio.

Así, la década de los años ochenta fue un momento extraordinario de organización de los *ayoreos* porque en unidad con los chiquitanos, guarayos, guaraníes-izoceños, conformaron la Central de Pueblos y Comunidades Indígenas del Oriente Boliviano”. En 1982 esta pasará a denominarse como “Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia (CIDOB)”¹⁵, su objetivo: conseguir el reconocimiento de los derechos sobre su tierra y territorio.

En 1987, se consolidó una de las más importantes organizaciones: la Central Ayorea Nativa del Oriente Boliviano (CANOB) quien juntamente con la organización no gubernamental “Apoyo Para el Campesino-Indígena del Oriente Boliviano” (APCOB) y la CIDOB plantearon en 1989, la primera demanda territorial con representación legal de la CANOB, al amparo de la Ley de Reforma Agraria de 1956. Esta demanda pidió la titulación de 25.000 has., el lugar demandado fue Guidai Ichai; sin embargo, la Resolución jurídica del Juez expresó que solo se dotaba de 12,628 has. esto no fue aceptado por los *ayoreos* quienes cuestionaron el mismo, finalmente esta demanda no prosperó debido a diversas circunstancias y después de estar paralizado por algún tiempo se perdió¹⁶.

Otro momento importante para buscar amparo en sus demandas territoriales fue cuando a través del Banco Mundial se financió un Proyecto de Tierras Bajas del Este, donde se creó una instancia especial el Componente Indígena (C.I.) para mitigar el impacto ambiental; el compromiso contemplaba reiniciar los trámites agrarios para ampliar y garantizar los derechos propietarios en las áreas de Puesto Paz, Zapocó y Rincón del Tigre y enfrentar los problemas de Puesto Paz, Gidai Ichai; en cinco años del proyecto, los trámites agrarios no avanzaron y

¹⁵ Cámara de Senadores, “Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia-CIDOB, 37 años defendiendo y promoviendo los derechos de los pueblos indígenas” <<https://web.senado.gob.bo/prensa/noticias/confederaci%C3%B3n-de-pueblos-ind%C3%ADgenas-de-bolivia-cidob-37-a%C3%B1os-defendiendo-y>> consultado el 3 de junio de 2020.

¹⁶ Enrique Herrera, “*Identidades y territorios indígenas estrategias identitarias de los tacana y ayoreo frente a la ley INRA*”, cit., 62 y 63.

algunos *ayoreos* vendieron sus terrenos, así Gidai Ichai quedó con una superficie de 700 has.¹⁷

La década de los años noventa significó para los *ayoreos* y otras naciones—aunque para ese tiempo fueron reconocidos como etnias—momentos históricos importantes en cuanto a la lucha por su territorio; en 1995 se creó la Coordinadora de Pueblos Étnicos de Santa Cruz (CPESC) la cual agrupó a los *ayoreos*, *guarayos*, *chiquitanos* y *guaranís* en conjunto a sus organizaciones. También durante esta época se observa que otra forma de reivindicar su identidad y territorio fue a través de marchas, en esta década se realizaron dos muy importantes, la primera el año 1990, denominada “Marcha por el territorio y la dignidad de los pueblos nor-orientales de Bolivia” esta dio lugar a dos cambios importantes: a) la aprobación del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.) sobre pueblos indígenas y tribales, convertida en Ley N° 1257 en el Estado Boliviano el año 1991. Posteriormente, se impulsó las reformas de la Constitución Política del Estado el año 1994, declarándose Bolivia como “multiétnica y pluricultural” (art.1) dejando atrás el monoculturalismo, en esta Constitución se reconoció el derecho a las tierras comunitarias de origen (art. 171 inc. 1); sin embargo, la misma limitará el derecho a la propiedad de los recursos naturales renovables.

La segunda fue en 1996, la “Marcha por el territorio, el desarrollo y la participación política de los pueblos indígenas¹⁸” en la cual se exigió la aprobación de la Ley del Servicio Nacional de Reforma Agraria (INRA) N° 1715, misma que se logró. Ese mismo año, y antes de la promulgación de esta Ley presentaron una nueva demanda basada en una solicitud de ampliación de las cuatro áreas donde se encontraban los principales asentamientos *ayoreos*: Zapocó, Santa Teresita, Tobité y Rincón del Tigre, la observancia de presentar en estos lugares se debió a que no existía presión de particulares en las áreas solicitadas (tuvieron cuidado de no cometer los errores de la demanda de 1989) esta demanda es una de las más sustentadas técnicamente utilizando las nuevas normas promulgadas a favor de ellos (Ley N° 1257, el art. 171 de la Constitución de 1994 y los Decretos Supremos que reconocieron los nueve territorio indígenas en 1991¹⁹).

Finalmente, la Ley INRA fue promulgada en octubre de 1996; sin embargo, al igual que la Constitución de 1994, se tuvo cuidado de no mencionar el concepto de “territorio indígena”, sino que este fue englobado en la denominación de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) el cual se define como:

¹⁷ Ibid., 60-67.

¹⁸ A partir de esta marcha se logró el reconocimiento de 33 Tierras Comunitarias de Origen (TCO) y la admisión de las primeras 16 demandas.

¹⁹ Enrique Herrera, “La nueva legislación agraria boliviana y la construcción identitaria indígena” [2006] 1441-1442 <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00104295>> consultado el 2 de junio de 2020.

"...los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles... (Art. 41 inc. 5)".

La definición precedente tuvo influencia del Convenio N° 169 de la O.I.T (art. 13, inc. II y 14) como lo reconoce esta misma Ley en su art. 3 párrafo III; la Ley INRA si bien les da el derecho de participar del uso y aprovechamiento sostenible de los recursos naturales renovables existentes en su territorio, también limita esa potestad de acuerdo con lo establecido por la Constitución de 1994. Así, el año 1999 y en el marco de esta Ley las tierras solicitadas en 1996: Tobité II, Zapocó, Guaye-Rincón del Tigre, Santa Teresita fueron reconocidas como Tierras Comunitarias de Origen (TCO) un gran logro para todos ellos.

El avance en la reivindicación de su territorio continuo en la década de los dos mil —pues aún faltaba más territorios para ser reconocidos— en esta década se realizó la "Macha por la tierra el territorio y los recursos naturales (2000)" esta fue la tercera marcha en la que participaron; el año 2002 se realizó la cuarta "Marcha por la soberanía popular, el territorio y los recursos naturales" en la cual se propuso ir a la Asamblea Constituyente para pasar de ser un Estado excluyente desde 1825, a otro radicalmente distinto donde participarían los "excluidos" en la refundación del mismo.

La misma se llevó adelante los años 2006-2007, y culminó con la promulgación de la nueva Constitución Política del Estado el año 2009, esta Constitución declaró que Bolivia se reconocía como "plurinacional"; es decir, conformada por varias naciones, así se reconoció que Bolivia estaba conformada por 36 naciones las cuales eran preexistentes a la colonia—entre ellas la de los *ayoreos* — además, este reconocimiento constitucional garantizó la libre determinación y el dominio ancestral sobre sus territorios²⁰.

Sin embargo, pese a esta nueva forma de reconocimiento y hasta la actualidad, se observó que el avance en cuanto al reconocimiento del territorio de los *ayoreos* se vio menguada debido a cuatro factores:

- 1.- La nueva denominación ampliada a los *ayoreos* y otros como: "pueblos indígenas originario campesino".
- 2.- Cambio de nombre de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) por Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC).
- 3.- Aprovechamiento de la ampliación del denominativo en los hechos de parte de los "campesinos" para avasallar territorio y buscar reconocimiento individual a su propiedad dentro de las TIOC de los *ayoreos*.

²⁰ Constitución Política del Estado de Bolivia de 2009 (CPE 2009) preámbulo, artículos 1 y 2.

4.- Garantía constitucional a propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de los TIOC.

Es decir, que la Constitución de 2009, aunque es un instrumento jurídico de adelantada para las “naciones ancestrales” reconocida a nivel nacional e internacional, muchas de sus normas internas se contraponen a las demandas no solo de los *ayoreos* sino también a la de otras naciones. Por otra parte, está claro que no ha habido avance en la demanda de reconocimiento de su territorio desde 1999 hacia la promulgación de la nueva Constitución (2009)²¹.

Por tanto, las marchas de reivindicación territorial, recursos naturales y autonomía de parte de los *ayoreos* y otras naciones ancestrales continuaron llevándose; hasta el año 2011 se compatibilizó ocho marchas en total desde el inicio en 1990²².

2.- ALGUNOS FACTORES DE HECHO Y DE DERECHO QUE PERMITEN EL AVASALLAMIENTO EN EL TERRITORIO AYOREOS Y DIFICULTADES EN EL AVANCE DEL RECONOCIMIENTO TERRITORIAL

A partir de la vigencia de la Ley N°1715 (INRA) en 1996, su posterior modificación a través de la Ley N° 3545 de Reconducción Comunitaria de Reforma Agraria de 2006, y su reglamentación con el Decreto Supremo 29.215 de 2007, no existió hasta ese tiempo ningún avance en cuanto a nuevas titulaciones de los territorios *ayoreos*. Posteriormente, la nueva Constitución Política del Estado del año 2009 realizó cambios en cuanto a la nueva forma de denominación de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO), por Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC), estos cambios originaron nuevas adversidades en el avance de la titulación del territorio de los *ayoreos*; por una parte, entraban administrativamente el cambio de TCO para TIOC, lo cual hasta la fecha no se logró consolidar.

Jurídicamente ser una TCO no es lo mismo que ser una TIOC la cual consolida otro tipo de derechos como la autonomía, es decir el propio gobierno y la libre determinación. Sin embargo, mientras se resuelve el tema administrativo de cambio de nombre el cual implica una burocracia amplia y necesaria. La ampliación denominativa de TIOC la cual incluye al “campesino” en esta forma de reconocimiento, acarreó dos problemas; por una, que las personas que se reconocen bajo este denominativo empiecen a migrar e invadan el territorio de los *ayoreos*. Esta invasión da como resultado el avasallamiento y la deforestación del hábitat de las comunidades *ayoreas*. A continuación,

²¹ El contexto del artículo se describe hasta el año 2021.

²² Pieb, “Marchas de los pueblos indígenas, un aprendizaje político para las nuevas generaciones” *Periódico digital de investigación sobre Bolivia* [La Paz, 2 de marzo de 2012] <https://www.pieb.com.bo/sipieb_notas.php?idn=6600>consultado el 2 de junio de 2020.

otros factores detectados para la no consolidación de los territorios de los *ayoreos*.

2.1.- La nueva denominación “ampliada” a los *ayoreos* como “naciones y pueblos indígenas originario campesino”

La Constitución del año 2009, reconoce a los *ayoreos* y a otras naciones ancestrales como “naciones y pueblos indígenas originarios campesino”, el cual es una sumatoria del proceso histórico que han vivido otras naciones en Bolivia, por ejemplo, los *aymaras* y *quechuas*. Al contrario, los *ayoreos* tienen otro tipo de trasfondo histórico que no necesariamente se adecua a las denominaciones mencionadas. Por ejemplo, durante la vigencia de la Ley de Reforma Agraria de 1953 y hasta antes de 1994 ellos fueron llamados “silvícolas”.

De todas estas formas de reconocimiento (amplio y anónimo), el que les ha traído más conflicto hasta ahora, es el denominativo “campesino” este reconocimiento a su identidad, no es parte de ellos, puesto que si bien se dedican a la producción de alimentos, el mismo es para autoabastecerse.

Hay una diferencia entre autoidentificarse como *ayoreo* o como indígena, pueblo indígena, originario; puesto que el primero da lugar a la libre determinación y a la propia autoidentificación, en cambio los denominativos más amplios llevan a los *ayoreos* a una anonimidad, a una identidad ajena y aun desconocimiento de quienes son ellos.

Siendo que la Constitución de 2009 les reconoce también como “nación” con derecho a la libre autodeterminación (art. 2), es correcto que se les reconozca de esta forma, aunque ni esta denominación les coadyuba en sus reivindicaciones puesta que se vuelve a caer en la identificación de parte de otro.

2.2.- Cambio de nombre de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) a Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC)

Su lucha histórica para el reconocimiento de cuatro de sus comunidades como Tierras Comunitarias de Origen (TCO) fue un largo proceso (como se ha descrito); sin embargo, con la nueva nomenclatura constitucional ese avance se ve menguado puesto que ahora se pide que las mismas puedan pasar por un proceso administrativo, como lo describe el D.S. 0727 para ser denominadas Territorios Indígenas Originarios Campesinos (TIOC).

No se tiene datos de que las TCO *ayoreas* hayan logrado el cambio de denominación a TIOC, debido a los diversos requisitos. Y aunque su derecho territorial está resguardado; para adelante se ve difícil cumplir con lo que la ley demanda. También cabe destacar que una TCO no es lo mismo que una TIOC ambos tienen diferencias y les resguardan diferentes tipos de derechos, en el caso de la TIOC da derecho a un gobierno autónomo, muy relacionado a lo que sería la libre determinación; es decir, convertirse en una Autonomía Indígena

Originaria Campesina (AIOC), sin embargo, existe aún la limitación en el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en las condiciones que determina la ley, lo cual significa que no se está avanzando hacia una real determinación. A continuación, en el Cuadro N° 3, se muestra ambos conceptos de TCO y TIOC, en el cual se observará las diferencias.

Cuadro N° 3 Definiciones TCO y TIOC

Definición de TCO de acuerdo con la Ley N° 1715 (INRA)	Definición de TIOC de acuerdo con la Ley N° 031 Marco de Autonomías y Descentralización
<p><i>"...los espacios geográficos que constituyen el hábitat de los pueblos y comunidades indígenas y originarias, a los cuales han tenido tradicionalmente acceso y donde mantienen y desarrollan sus propias formas de organización económica, social y cultural, de modo que aseguran su sobrevivencia y desarrollo. Son inalienables, indivisibles, irreversibles, colectivas, compuestas por comunidades o mancomunidades, inembargables e imprescriptibles</i></p>	<p><i>"...Es el territorio ancestral sobre el cual se constituyeron las tierras colectivas o comunitarias de origen, debidamente consolidadas conforme a ley, y que ha adquirido esta categoría mediante el procedimiento correspondiente ante la autoridad agraria...En aquellos casos en que el territorio indígena originario campesino cumpla los requisitos y procedimientos establecidos en la presente norma, se conformará en éste un gobierno autónomo indígena originario campesino. Este territorio será aprobado por ley como unidad territorial, adquiriendo así un doble carácter..."</i></p>

Fuente: Ley N° 1715 de 1996, Ley N° 031 de 2010.

Elaboración: propia

Por otra parte, esta ampliación de denominativos de TCO a TIOC en la cual se incluye a los "campesinos" abrió la puerta para estos se asienten sobre los territorios de los *ayoreos*; el Estado justifica la terminología respondiendo que solo se ha unificado visiones como la "campesina e indígena" sobre el territorio, como un espacio para la reproducción cultural y en el que también se ejerce la gobernabilidad sobre la tierra y los recursos naturales.

Esta es una interpretación equivocada porque la visión de los *ayoreos* es totalmente distinta a la "campesina", el primero tiene una visión más integral sobre el uso y aprovechamiento de su territorio, donde desarrollan actividades de cacería y producen agricultura de subsistencia de pequeña escala y recolección (por su estilo de vida). Esto hace pensar que sus territorios son espacios vacíos o tierras baldías, y propicia la ocupación de campesinos migrantes.

Mientras que los campesinos e interculturales tienen una visión que apunta al beneficio agrícola a través de la siembra y la comercialización en el mercado, para ello deben deforestar los bosques causando la degradación de los suelos, más cuando la producción de soya está en auge.

El efecto de este cambio de denominación a “Tierras Indígenas Originarias Campesinas” llegó a afectar a la TCO Zapocó en el cual se ha constatado que campesinos e interculturales migrantes de otras regiones en el proceso de su migración crean comunidad, posteriormente realizan desmontes ilegales, los cuales sirven para aprovechamiento y negocio de la madera de forma ilegal, también efectúan cultivos, venden la tierra a terceros y luego se trasladan a otro lugar; incluso han llegado a solicitar estas tierras al Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA)²³.

2.3.- Garantía constitucional a propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de la TIOC

Las restricciones formales se ven ampliadas cuando “terceros”, es decir todos aquellos que no forman parte de la comunidad *ayorea*, tales como: ganaderos, comunidades no miembros de las TCO, propietarios de haciendas medianas y grandes, agropecuarios, forestales maderables, demandan la titularidad de las superficies, consolidando y ampliando sus posesiones en detrimento de los territorios de los *ayoreos*.

La importancia de estos terceros es que no son una población minoritaria, sino que van creciendo en el afán mercantilista además de que sus propiedades se van conformando en base a los territorios de los *ayoreos*, muchos de ellos se ven obligados a venderles su parcela por sus paupérrimos ingresos o entablan relaciones de trabajo en condiciones de dependencia y subordinación²⁴.

El art. 394 en el párrafo I de la Constitución de 2009 expresa: “...se garantizan los derechos legalmente adquiridos por propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de territorios indígena originario campesino...” la norma menciona que se resguarda la propiedad de los particulares, este precepto es aprovechado por los terceros para avanzar en sus intereses privados.

3.- CONCLUSIONES

Los *ayoreos* son una “nación” con derecho a la libre determinación y dominio ancestral sobre su territorio como lo ha

²³ Eduardo Franco, “Bolivia: pueblo ayoreo denuncia el ingreso de taladores ilegales a su territorio” *Mongabay Latam* [20 de abril de 2017] <<https://es.mongabay.com/2017/04/bolivia-pueblo-ayoreo-denuncia-ingreso-taladores-ilegales-territorio/>> consultado 20 de abril de 2020.

²⁴ Lizandra Paye y otros, *Compendio de espaciomas de TCO en tierras bajas tenencia y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas* [Cedla 2011] 12. <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Bolivia/cedla/20171023044839/pdf_249.pdf> consultado el 17 de mayo de 2021.

reconocido la Constitución del año 2009, como tal, es justo que se les otorgué todos los mecanismos para seguir en el reconocimiento y titulación de su territorio. Estos mecanismos deben ir desde facilitar los trámites que son simplemente administrativos (Ley N° 0727) a través del cambio de denominación de TCO a TIOC, y no como hasta ahora que se torna en un obstáculo. También se debe consolidar los territorios *ayoreos* que aún no han sido titulados debido a la interferencia de terceros, siendo que como reconoce la Constitución ellos tienen el dominio ancestral de su territorio.

El reconocimiento del territorio *ayoreo* debe conllevar el acceso y el reconocimiento al derecho del suelo, subsuelo y no como hasta ahora que solo se ha realizado un reconocimiento aparente ante la comunidad nacional e internacional, al reconocerse como un Estado plurinacional, pero que a la hora del reconocimiento en los hechos pone limitaciones jurídicas sectoriales, dejando de lado los principios bajo los que se fundó el Estado Boliviano en la Asamblea Constituyente uno de los cuales fue el principio de "pluralidad" el cual se transmuta en pluralismo político, económico, jurídico, cultural y lingüístico.

Las marchas de los *ayoreos* que en conjunto realizaron con otras naciones ancestrales que habitan en el oriente boliviano, fueron y son fundamentales para el avance en el reconocimiento de sus territorios, aunque la última década las mismas no han logrado sus objetivos, estas se constituyen como una forma para salir de la invisibilidad y pedir de forma más contundente sus derechos territoriales y autonomía. La marcha más importante para los *ayoreos* fue la "II Marcha por el territorio, los derechos de participación política y el desarrollo" (1996) la cual presiono para que se atendiesen sus demandas y posteriormente fueran reconocidas cuatro de sus comunidades como TCO.

La presencia de terceros: campesinos, interculturales migrantes, productores pequeños y medianos en Tierras Comunitarias de Origen de los *ayoreos* se ve incrementada por el cambio de denominación de Tierras Comunitarias de Origen (TCO) por Territorio Indígena Originario Campesino (TIOC) en la Constitución de 2009. A partir de esto se ha notado un avasallamiento en sus territorios, como lo ha denunciado la TCO Zapocó, además existe garantía constitucional a propietarios particulares cuyos predios se encuentren ubicados al interior de la TIOC, la cual es aprovechado por los terceros para ingresar ilegalmente a las TCO *ayoreas* y consolidan su derecho propietario por la inercia de las autoridades y la acción limitada que tienen los *ayoreos*.

Aún existen comunidades *ayoreas* generadas por la intervención de misiones religiosas que no han logrado ser tituladas aún, entre estas se encuentran Poza Verde (1962), 27 de Noviembre (1969), Urucú (1969), Puesto Paz (1977) y Fortín (1977), se presume que tienen los títulos; no se conoce exactamente las causas, sin embargo, la oposición de terceros que habitan en estas comunidades es un factor preponderante como ocurrió en su demanda de 1989 con Guidai Ichai.

Los *ayoreos* se encuentran en una situación adversa y controvertida en cuanto al avance de la titulación de sus territorios y se convierten en un estorbo en cuanto al avance de una economía extractiva en lo forestal para la obtención de recursos naturales. Aunque formalmente son reconocidos como “nación”, esta denominación se convierte en un obstáculo a la hora de reconocer sus derechos territoriales.

La denominación “nación” hacia los *ayoreos* dentro de un Estado que se reconoce como plurinacional no es real, los *ayoreos* y otras naciones ancestrales han pasado por diversas etapas en su reconocimiento desde ser denominados aborígenes, silvícolas, indios, indígenas, pueblos indígenas, campesinos, etnias, hasta convertirse en “nación” bajo el pensamiento occidental; sin embargo, esta nueva denominación no otorga los derechos plasmados en la Constitución de 2009. Así se convierte otra vez, en una nueva fase, donde cualquiera sea la política de gobierno que impere (corte “indígena” o no), no es posible avanzar un paso más hacia el verdadero reconocimiento de lo que esto implica; por tanto, hay un desfase entre lo escrito y lo real.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- Administradora Boliviana de Carreteras, *Proyecto carretero del corredor conector de Santa Cruz-SCRCCP plan de pueblos indígenas (PPI) comunidades indígenas Chiquitanas y Ayoreode del área de influencia del proyecto* [2015] 14 <<http://documents.worldbank.org/curated/en/418971468284660552/pdf/SFG1743-REVISED-IPP-SPANISH-P152281-Box396261B-PUBLIC-Disclosed-5-25-2016.pdf>> consultado el 20 de abril de 2020.
- Bórmida M, *Ergon y Mito. Una hermenéutica de la cultura material de los Ayoreo del Chaco Boreal* [CIAFIC 2005] 10 <<http://www.ciafic.edu.ar/documentos/Archivos III 1 2005.pdf>> consultado el 4 de abril de 2020.
- Casanova N, García I, Gutiérrez JC, Aeguzazu D, *Nunca nos fuimos: Diagnostico sobre la situación socioeconómica de la población ayorea, chiquitana, guaraní, guaraya, yuracaré y mojeña en la ciudad de Santa Cruz de la Sierra* [1º ed., 2014] 130 <https://www.un.org/democracyfund/sites/www.un.org.democracyfund/files/bol-10-403_libro_nunca_nos_fuimos_0.pdf> consultado el 22 abril 2020.
- Díez A, *Compendio de etnias indígenas y ecoregiones: Amazonía, Oriente y Chaco* [1º ed., Plural, 2011] 407 <books.google.es/books?isbn=9995413833,9789995413835> consultado el 3 de junio de 2020.
- Estado Plurinacional de Bolivia, *Censo de población y vivienda 2012 Bolivia Características de la Población* (2015) 29 y 30 <<https://www.ine.gob.bo/index.php/publicaciones/censo-de->

- [poblacion-y-vivienda-2012-caracteristicas-de-la-poblacion/](#)> consultado el 30 octubre 2019.
- Franco E, "Bolivia: pueblo ayoreo denuncia el ingreso de taladores ilegales a su territorio" *Mongabay Latam* [20 de abril de 2017] <<https://es.mongabay.com/2017/04/bolivia-pueblo-ayoreo-denuncia-ingreso-taladores-ilegales-territorio/>> consultado 20 de abril de 2020
- Fundación Tierra, "Subregión Chiquitana: Territorios Indígena Originario Campesinos Titulados" <http://territorios.ftierra.org/index.php?option=com_content&view=article&id=109&Itemid=61> consultado el 3 de junio de 2020.
- Herrera E, Cárdenas C, Terceros E, *Identidades y territorios indígenas estrategias identitarias de los tacana y ayoreo frente a la ley INRA* [Ana María Lema, 2003] 62 <http://www.pieb.com.bo/2016/BPIEB/BPIEB_16_56_Identidad_es.pdf> consultado el 1 junio 2020
- Herrera E, "La nueva legislación agraria boliviana y la construcción identitaria indígena" [2006] 1441-1442 <<https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-00104295>> consultado el 2 de junio de 2020.
- Nostas M, Sanabria C, *Detrás del cristal con que se mira: Mujeres ayoreas-ayoredie, órdenes normativos e interlegalidad* [1º ed., 2009] 13 <http://www.coordinadoradelamujer.org.bo/observatorio/archivos/publicaciones/libro_mujeres_ayoreasayoredie_ordenes_normativos_e_interlegalidadc_273.pdf> consultado el 31 mayo 2020.
- Lovera M, Kang J, Alarcón M y De la Cruz L, *La situación de los ayoreos aislados en Bolivia y en las zonas transfronterizas con Paraguay* [Informe 2016, 2017] 5 <<https://www.iniciativa-amotocodie.org/wp-content/uploads/2019/08/InformeAisladosZonaFronteraPY-BO.pdf>> consultado el 10 de abril de 2020.
- Martínez J, *Atlas territorios indígenas en Bolivia (situación de las Tierras Comunitarias de Origen (TCO's)* [Plural, 2000] 115 <<https://www.bivica.org/files/territorios-indigenas-atlas.pdf>> consultado el 15 de mayo de 2021.
- Ministerio de Educación, Estado Plurinacional de Bolivia, *Currículo Regionalizado de la nación ayoreode* [2017] 23 <https://www.minedu.gob.bo/files/publicaciones/upiip/CR_AYO_REO_2017.pdf> consultado el 3 de junio de 2020.
- Schmeda-Hirschmann G, "Etnobotánica Ayoreo. Contribución al estudio de 1a flora y vegetación del Chaco" [1998] 53 *Candollea* 1-50 <https://www.researchgate.net/profile/Guillermo_Schmeda-Hirschmann/publication/277204260_Etnobotanica_Ayoreo_Cont

- [ribucion al estudio de la flora y vegetacion del Chaco/links/55b62a1808aed621de03169e/Etnobotanica-Ayoreo-Contribucion-al-estudio-de-la-flora-y-vegetacion-del-Chaco.pdf](#)>consultado el 31 de mayo de 2020.
- Lizandra Paye L, Arteaga W, Ramírez N, Ormachea E, *Compendio de espaciomas de TCO en tierras bajas tenencia y aprovechamiento de recursos naturales en territorios indígenas* [Cedla 2011] 12 <http://biblioteca.clacso.edu.ar/Bolivia/cedla/20171023044839/pdf_249.pdf> consultado el 17 de mayo de 2021.
- Pieb, "Marchas de los pueblos indígenas, un aprendizaje político para las nuevas generaciones" *Periódico digital de investigación sobre Bolivia* [La Paz, 2 de marzo de 2012] <https://www.pieb.com.bo/sipieb_notas.php?idn=6600>consultado el 2 de junio de 2020.
- Cámara de Senadores, "Confederación de Pueblos Indígenas de Bolivia-CIDOB, 37 años defendiendo y promoviendo los derechos de los pueblos indígenas" <<https://web.senado.gob.bo/prensa/noticias/confederaci%C3%B3n-de-pueblos-ind%C3%ADgenas-de-bolivia-cidob-37-a%C3%B1os-defendiendo-y>> consultado el 3 de junio de 2020.
- Tamburini L, *Atlas Sociopolítico sobre los territorios indígenas en las tierras bajas de Bolivia* [IWGIA, 2019] 246, 250 y 254 <<https://www.iwgia.org/images/documentos/Libros/ATLAS%202019.pdf>> consultado el 1 de junio de 2020.
- Zanardini J, "Vida y misterio de los indios Moros Ayoreos" [1981] 16 Suplemento antropológico, 167-185 <<http://www.bibvirtual.ucb.edu.bo:8000/etnias/digital/106001469.pd>>consultado el 31 de mayo de 2020.

LOS LUGARES DE MEMORIA EN LA CIUDAD DE MADRID

THE SITES OF MEMORY IN THE CITY OF MADRID

Lucía Soledad Escalante*

RESUMEN: La investigación propuesta indagó las relaciones que existen entre el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad. Para ello se analizaron desde una teoría crítica de los derechos humanos y teniendo como punto de contacto entre ambos derechos las inscripciones espaciales que materializan la memoria colectiva en la ciudad de Madrid. Es así que se buscó comprobar, desde una dimensión jurídica basada en un enfoque de derechos y con perspectiva espacial, si aquellos lugares que materializan y garantizan la memoria pueden a su vez garantizar el acceso al derecho a la ciudad en virtud de que colaboran en la creación de una ciudad más democrática. La metodología empleada consistió en un análisis crítico de textos, relevamiento y estudio exhaustivo de las normas y estándares nacionales e internacionales, políticas públicas locales, observación y registro de los lugares y, por último, una entrevista en profundidad mediante la técnica de muestra de caso sumamente importante para el problema analizado.

ABSTRACT: *The proposed research inquired into the existent ties between the right to memory and the right to the city. For this purpose, those rights were analyzed from a critical theory of human rights and having, as a point of contact between both rights, the spatial inscriptions that materialize the collective memory in the city of Madrid. The investigation sought if those sites that materialize and guarantee memory could also guarantee the access to the right to the city. The methodology used consisted of a critical analysis of texts, an exhaustive survey and study of national and international norms and standards, local public policies, observation and registration of said sites and, finally, an in-depth interview using the case sample technique which is extremely important to the analyzed problem.*

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos, memoria, ciudad, lugares, espacio.

KEYWORDS: *Human rights, memory, city, sites, space.*

Fecha de recepción: 07/02/2021

Fecha de aceptación: 29/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6193>

* Abogada. Becaria de Doctorado del Consejo Interuniversitario Nacional, Programa PERHID. Docente de la asignatura de Derecho Político de la Facultad de Derecho e integrante del grupo de Investigación Pensamiento Crítico del Centro de Investigación en Docencia y Derechos Humanos (CIDDH) "Alicia Moreau" (Universidad Nacional de Mar de Plata). El presente trabajo se realizó en el marco de la estancia de investigación doctoral financiada con beca de Fundación Carolina- SEGIB, entre el 04 de noviembre de 2020 y el 29 de enero de 2021, en el Instituto de Derechos Humanos Gregorio Peces-Barba de la UC3M y bajo la dirección del Dr. Javier Dorado. E-mail: lucia_escalante@hotmail.com

1.- INTRODUCCIÓN

La investigación propuesta indagó, tomando a Madrid como caso de estudio, las relaciones que existen entre el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad mediante el análisis de las inscripciones territoriales de la memoria.

Para ello se analizaron el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad desde una teoría crítica de los derechos humanos. La teoría crítica, que surge con los aportes de la Escuela de Frankfurt y en la tradición del pensamiento de Marx, tiene como punto de partida la convicción de que es posible transformar las condiciones sociales de opresión y explotación de la realidad, en tanto son construcciones históricas y por ende también susceptibles de ser cambiadas¹.

En ese sentido, según Herrera Flores una teoría crítica en derechos humanos tiene como punto de partida el “convencimiento de que todo lo que social e individualmente somos está necesariamente sometido a la posibilidad de cambio y transformación”², por lo que desempeña un papel de concienciación que favorece la movilización y mantiene en alto los objetivos y metas trazados en la búsqueda de condiciones de vida digna³.

La teoría crítica de los derechos humanos adopta una perspectiva de las víctimas que trata de pensar los derechos humanos y vivirlos desde una opción por las víctimas, en contra de las dinámicas de victimización⁴. Desde esta posición, la memoria se ha convertido en un aspecto decisivo y catalizador para la noción de víctima contemporánea, rescatando una visibilidad de sentido y de interpretación de existencia de su sufrimiento, que permite contribuir a la fundamentación del proyecto y el discurso de los derechos humanos⁵.

Desde mediados del siglo pasado han proliferado los estudios en las ciencias sociales sobre la memoria social⁶, después del hito que

¹ Theodor Adorno, *Epistemología y Ciencias Sociales*, (Ediciones Cátedra 2001 [1972]; Horkheimer Max, *Teoría crítica* (Amarrotu 2003 [1974])).

² Joaquín Herrera Flores, *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto* (Catarata 2005) 179.

³ Joaquín Herrera Flores, *La reinención de los derechos humanos* (Atrapasueños 2008).

⁴ Enrique Dussel, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión* (Trotta 2006).

⁵ Ariel Arias Marín, ‘Teoría crítica y derechos humanos: hacia un concepto crítico de víctima’ [2012] 36 *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Jurídicas y Sociales* <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=18126450009>> acceso 29 Abril 2021.

⁶ Maurice Halbwachs fue el primero en acuñar el concepto de memoria colectiva. Su obra “*La mémoire collective*” se publicó en 1950, como obra póstuma; su idea central es que además del proceso de retención y la memoria individual vinculados con los procesos fisiológicos del cerebro de cada individuo, hay que suponer la existencia de una memoria social que preserva el saber sobre acontecimientos, valores y relaciones dentro de un grupo. Así, el concepto de memoria colectiva permite pensar la memoria y sus objetos en unidades sociales mayores.

marcara el Holocausto, inaugurando un periodo que ha estado signado por asesinatos masivos, masacres y genocidios. La memoria de la Shoah se ha transformado en el modelo de construcción de la memoria a seguir⁷ y funciona como metáfora o paradigma de otras historias traumáticas posteriores⁸. Estos procesos han dejado secuelas en aquellos países que se han visto sometidos por gobiernos autoritarios o que han sufrido períodos de violencia y restricción de las libertades fundamentales, como es el caso de España.

En el marco de la consolidación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario a partir de los años 90 del siglo pasado, la comunidad internacional instó a la creación de instrumentos para la lucha contra la impunidad bajo las premisas de verdad, justicia, reparación y memoria, definiendo a esta última como un derecho humano fundamental, y presupuesto para lograr la efectividad de los tres primeros.

Felipe Gómez Isa refiere al derecho a la memoria en su dimensión individual como el derecho a ser recordado a los que se les negó esa posibilidad, pero también como un derecho colectivo de la comunidad de demandar por ese recuerdo de los que ya no existen⁹.

Su importancia recae en una doble dimensión: actúa como reparación de las víctimas y sus familiares evitando el olvido que se traduce en impunidad, y como garantía de no repetición, ya que promueve la creación de una conciencia o memoria colectiva en aquellos países que transitan periodos de justicia transicional; es decir, de cambios políticos que surgen cuando se transita de situaciones de conflicto armado o de regímenes autoritarios hacia la democracia.

En este contexto, la inscripción del recuerdo colectivo en el paisaje urbano es una de las formas para dar cumplimiento al deber de garantizar la recuperación de la memoria que tiene el Estado conforme los estándares internacionales en derechos humanos.

De esta manera, "las marcas territoriales constituyen inscripciones del pasado en el paisaje de la ciudad, y contienen necesariamente cierta materialidad como soporte de memoria"¹⁰; se encuentran dentro de lo que Pierre Nora definió como 'lugares de memoria' que invitan a recordar lo allí sucedido, mediante un vínculo topográfico, histórico y social¹¹.

Nora ha concebido a los lugares de memoria, ante todo, como restos. Una forma extrema bajo la cual subsiste una conciencia conmemorativa de una historia que solicita a la memoria ante la

⁷ Annette Wieviorka, *L'ère du témoin* (Plon 1998).

⁸ Andreas Huyssen, *En busca del futuro perdido. Cultura y memoria en tiempos de globalización* (FCE 2001).

⁹ Felipe Gómez Isa (ed), *El Derecho a la memoria* (Giza Eskubideak 2006).

¹⁰ Cristina Bettanin, 'Territorio marcado: memorias sobre la dictadura en la ciudad de Avellaneda' [2017] *Revista de trabajo social* 41,43.

¹¹ Gabriele Dolff Bonekamper, 'Topografías del recuerdo y colectivos de memoria'. en Peter Birle y otros (eds.), *Memorias urbanas en diálogo: Berlín y Buenos Aires* (buenoslibros 2010).

desritualización del mundo actual, en el que se valoriza “lo nuevo frente a lo antiguo, lo joven frente a lo viejo y el futuro frente al pasado”¹².

La relación entre memoria y espacio fue advertida tempranamente por Halbwachs, para quien la mayor parte de los grupos dibujan de alguna manera su forma en el suelo y encuentran sus recuerdos colectivos en un marco espacial definido de esta manera¹³. El espacio es entonces uno de los marcos sociales de la memoria de la comunidad y al igual que el tiempo son construcciones y representaciones colectivas de la identidad de cada grupo.

Los espacios urbanos han sido objeto de estudio mediante las teorías que nacieron en las últimas décadas bajo el impulso de la obra de Henri Lefebvre y sus seguidores. Lefebvre fue quien por primera vez empleó el concepto de derecho a la ciudad, definiéndolo como el derecho de los habitantes urbanos a construir, decidir y crear la ciudad como un espacio privilegiado de lucha anticapitalista¹⁴. Las teorías urbanas que se enrolan en la tradición lefebvriana tratan de dar respuesta a ciudades cada vez más precarizadas a través de la búsqueda de espacios desde donde promover acciones colectivas de cambio.

El derecho a la ciudad es considerado en la actualidad como un derecho humano por distintos textos 'políticos', como la Carta Europea de Salvaguarda de los Derechos Humanos en la Ciudad (2000) y la Carta Mundial sobre el Derecho a la Ciudad (2004). Sin embargo, aún no ha logrado un reconocimiento jurídico expreso a través de normas internacionales, es así que se trata de un derecho humano emergente¹⁵ y su situación jurídica resulta similar al ya mencionado derecho a la memoria.

Si bien las dos corrientes académicas mencionadas anteriormente -investigaciones sobre las teorías del espacio y estudios de la memoria- han sido objeto de numerosos análisis, lo cierto es que son muy escasas las investigaciones que relacionan memoria y ciudad y menos aún a estos como derechos humanos. Los autores marxistas que han intentado desbrozar la desigualdad estructural que organiza las relaciones espaciales no han llegado a pensar en los alcances de la memoria colectiva en el espacio¹⁶. Borja al estudiar el espacio público

¹² Pierre Nora, *Les lieux de mémoire* (Trilce 2008) 24.

¹³ Maurice Halbwachs, *La memoria colectiva* (Prensas Universitarias de Zaragoza 1968).

¹⁴ Henri Lefebvre, *El derecho a la ciudad* (Capitán Swing Libros 2017 [1968]).

¹⁵ Pablo Slavin, 'El Derecho a la Ciudad y la escala internacional: la relación dialéctica entre lo global y lo local' en Mariana Calvento (Comp.), *Relaciones Internacionales y Actores Locales: dinámicas, estrategias y políticas en el interior de la Provincia de Buenos Aires* (CEIPIL 2020).

¹⁶ Estela Schindel, 'Memorias barriales y derecho a la ciudad: la recuperación de ex CCD como práctica de resistencia y reconstitución del tejido social' [2011] Actas del IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria, Ampliación del campo de los derechos humanos

destacó la importancia de la construcción de la memoria democrática en el espacio cotidiano de la ciudadanía, en tanto sirve como test sobre la democracia¹⁷.

Es así que se incursionó en las relaciones existentes entre el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad desde una dimensión jurídica, teniendo como punto de contacto entre ambos derechos las inscripciones espaciales que materializan la memoria colectiva en la ciudad de Madrid. El estudio de caso propuesto tiene como ventaja que permite un conocimiento dependiente del contexto y la experiencia¹⁸ y se inserta en la creciente importancia de los estudios locales -sin perder de vista la perspectiva global- que permiten un desarrollo dentro de las ciudades respetuoso de los derechos humanos.

De esta manera, se buscó comprobar, desde una dimensión jurídica basada en un enfoque de derechos y con perspectiva espacial, si aquellos lugares que materializan y garantizan la memoria pueden a su vez garantizar el acceso al derecho a la ciudad en virtud de que colaboran en la creación de una ciudad más democrática. La relación entre las políticas de memoria en los procesos de justicia transicional con la democracia sienta sus bases en el deber de memoria que ha sido ampliamente sostenido no sólo desde la sociedad civil sino también en las investigaciones académicas. Se debe recordar para no repetir, sólo recordando y teniendo una política activa en relación con el pasado dictatorial, se puede construir democracia en el presente y hacia un futuro¹⁹.

En ese sentido, Lefebvre señala que "...el carácter democrático de un régimen se mide por su actitud hacia la ciudad, las 'libertades' urbanas, la realidad urbana, y por consiguiente hacia la segregación"²⁰. El autor establece así un fuerte nexo entre democracia y derecho a la ciudad, siendo las inscripciones espaciales de la memoria colectiva un espacio favorable donde pueden concebirse alternativas de una sociedad más justa y equitativa en términos de Derechos Humanos.

2.- METODOLOGÍA EMPLEADA

A través del análisis crítico de textos se realizó un relevamiento y estudio exhaustivo de las normas y estándares nacionales e internacionales aplicables al objeto de estudio, así como de la bibliografía pertinente. También se efectuó un estudio de tipo cualitativo; la metodología cualitativa ha dado muestra de ser

<http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_17/schindel_mesa_17.pdf>
acceso 29 Abril 2021.

¹⁷ Jordi Borja, *Revolución urbana y derechos ciudadanos* (Café de las Ciudades 2014).

¹⁸ Bent Flyvbjerg, 'Cinco malentendidos acerca de la investigación mediante los estudios de caso' [2004] REIS 63.

¹⁹ Elizabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria* (IEP Instituto de Estudios Peruanos 2012); Elizabeth Jelin, *La lucha por el pasado: Cómo construimos la memoria social* (Siglo Veintiuno Editores 2017).

²⁰ Henri Lefebvre, *El derecho a la ciudad* (Capitán Swing Libros 2017 [1968]) 117.

apropiada para abordar la realidad social, pues permite reflejar lo que la gente cree, dice, siente y hace, como producto del modo en que interpreta su mundo²¹.

Se ha seleccionado un estudio de caso con el fin de lograr un acercamiento a los lugares de memoria de la ciudad de Madrid, a los procesos que configuran la producción espacial de la memoria y su rol en la construcción del derecho a la ciudad.

El estudio de caso se basa en un diseño de investigación orientado al análisis de las relaciones entre muchas propiedades concentradas en una sola unidad, son valiosos por su carácter de estudio denso y pueden constituirse en fuentes conceptuales, categoriales y de bases de datos inherentes a la construcción de una teoría, aunque no es lo que se pretende en principio²², sino más bien al recurrir a diseños que combinan diferentes metodologías con preeminencia de los métodos cualitativos tienen como objetivo “la construcción de teoría de diferente alcance y nivel, para interpretar y explicar la vida y organización social”²³.

En un primer momento se realizó una investigación histórica con la indagación y recopilación de material bibliográfico y normativo pertinente que permitió definir conceptos y parámetros mediante el análisis de textos. Se efectuó un análisis de los estándares internacionales y nacionales, como así también de las políticas públicas vigentes en relación a las inscripciones territoriales en la ciudad de Madrid. Para ello se tuvo en consideración la Ley española de Memoria Histórica nº 52/2007²⁴ que regula en los artículos 15 y 16 el temperamento que debiera adoptarse en cuanto a los símbolos y monumentos públicos franquistas y en particular el Valle de los Caídos y la labor realizada por el Comisionado de Memoria Histórica del Ayuntamiento de Madrid.

Posteriormente, se pasó a una fase de investigación específica con el relevamiento de casos representativos como lugares de memoria de Madrid, su investigación bibliográfica y registro fotográfico a los fines de corroborar el estado de su reconocimiento y difusión. También se realizó una entrevista en profundidad a una actora social involucrada con la temática y específicamente con uno de los casos representativos que más debates ha suscitado recientemente, el Cementerio del Este o Cementerio de La Almudena, ello con el fin de completar la información recolectada y considerando que es una estrategia para hacer que la gente hable sobre lo que sabe, piensa y cree, una situación

²¹ Robert Bogdan y Steven Taylor, *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación* (Paidós 1986).

²² Alberto Marradi, Nérida Archenti y Juan Ignacio Piovani, *Metodología de las ciencias sociales* (Emecé Editores 2007).

²³ Guillermo Neiman y German Quarante, ‘Los estudios de caso en la investigación sociológica’, en Irene Vasilachis De Gialdino (Coord.) *Estrategias de investigación cualitativa* (Editorial Gedisa 2006) 223.

²⁴ Boletín Oficial del Estado, núm. 310 de 27/12/2007 <<https://boe.es/eli/es/l/2007/12/26/52/com>> acceso 29 Abril 2021.

en la cual se obtiene información sobre la biografía, sentido de los hechos, sentimientos, opiniones y emociones, las normas o estándares de acción, y los valores o conductas ideales del entrevistado²⁵.

3.- DERECHO A LA MEMORIA Y DERECHO A LA CIUDAD

Tanto el derecho a la memoria como el derecho a la ciudad, las condiciones en las que estos surgen como así también sus objetivos, se enmarcan en la teoría crítica de los derechos humanos que se asume como postulado de esta investigación. Ambos surgen de luchas sociales en busca de la dignidad humana y con un gran potencial emancipador, el primero como reparación a las víctimas de la violación a sus derechos humanos y como garantía de no repetición a la sociedad en su conjunto de los hechos aberrantes del pasado y; el segundo que tiende a garantizar el uso y goce de una ciudad más democrática e inclusiva.

En primer lugar, cabe remarcar el carácter amplio e inclusivo del derecho a la ciudad de otros derechos humanos. En ese sentido, no se limita al derecho a las prestaciones básicas en materia de bienestar: vivienda, confort, calidad ambiental, servicios, uso del espacio público y la participación, sino que para Lefebvre es mucho más amplio, refiere al derecho a la vida urbana, a la centralidad renovada, a los lugares de encuentros y de intercambios, a los ritmos de vida y empleos del tiempo que permiten el uso pleno y entero de estos momentos y lugares²⁶.

Borja describe la amplitud de este derecho y refiere que integra derechos relativos tanto al entorno físico (vivienda, el espacio público, transporte, ambiente, etc.) pero también aquellos derechos políticos y sociales que a su vez condicionan la inserción en la ciudad de las minorías²⁷.

En este contexto es que encontramos la primera relación entre el derecho a la ciudad y el derecho a la memoria en la Carta Mundial del año 2004, el artículo punto 1 establece que "Todas las personas tienen derecho a la ciudad sin discriminaciones de género, edad, raza, etnia u orientación política y religiosa. Junto con esto, se debe preservar la memoria y la identidad cultural en conformidad con los principios y normas que se establecen en esta Carta"²⁸.

A lo largo del texto se le da contenido al derecho a la ciudad, sosteniendo en el punto 2 del artículo 1 que "es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente, e incluye, por tanto, todos los derechos

²⁵ Rosana Guber, *La etnografía. Método, campo y reflexividad* (Editorial Norma 2001).

²⁶ Henri Lefebvre, *El derecho a la ciudad* (Capitán Swing Libros 2017 [1968]).

²⁷ Jordi Borja, *Revolución urbana y derechos ciudadanos* (Editorial Café de las Ciudades 2014).

²⁸ Carta Mundial del Derecho a la Ciudad del año 2004 <https://www.right2city.org/wp-content/uploads/2019/09/A1.1_Carta-Mundial-de-Derecho-a-la-Ciudad.pdf> acceso 29 Abril 2021.

civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales que ya están reglamentados en los tratados internacionales de derechos humanos”.

Lo dispuesto destaca la relación entre el acceso al derecho a la ciudad de todas las personas y la importancia de preservar la memoria y la identidad del grupo en tanto constituyen derechos humanos, por lo que son interdependientes y es necesario concebirlas integralmente. Además, la relación que existe entre memoria e identidad y que surge en la Carta es de mutua constitución en la subjetividad de los individuos que viven en un determinado grupo y que cualquier construcción de esta última está ligado a un sentido de permanencia a lo largo del tiempo y el espacio, poder recordar algo es lo que sostiene a la identidad²⁹.

Ahora bien, Karen Till partiendo de los conceptos de Lefebvre y a través de estudios etnográficos realizados en diferentes comunidades argumenta sobre la necesaria relación que existe entre la memoria y el derecho a la ciudad. La autora a través de diferentes ejemplos describe cómo ciertos cuidados y atenciones del lugar y sus habitantes son prácticas éticas y políticas significativas que pueden funcionar para constituir reinos urbanos más democráticos.

En ese sentido argumenta que “llama la atención la importancia del arte, la memoria y la imaginación en la comprensión y creación de una ciudad más justa. El trabajo de memoria y las prácticas creativas de estos residentes desplazados ofrecen importantes lecciones sobre re-teorizar la ciudad y pensar de manera diferente las posibilidades de políticas urbanas”³⁰.

Till siguiendo al sociólogo francés entiende a la ciudad como una obra construida por sus habitantes que producen el espacio, pero las define como ‘heridas’ ya que han sido dañadas y estructuradas en contextos históricos de destrucción, desplazamiento y trauma tanto individual como social que fue resultado de la violencia ejercida por el Estado. Esta concepción de las ciudades impide que el espacio urbano sea entendido solo como propiedad, ya que si las ciudades y sus habitantes fueron heridos por el Estado y las prácticas sociopolíticas dominantes, estos tienen el derecho de repensar otros futuros posibles más justos a través de los trabajos de memoria que realizan en el lugar mediante diversos recursos históricos y actuales.

Este concepto de ‘ciudades heridas’ de la autora nos interesa especialmente porque hace evidente la necesaria recuperación de la memoria en la ciudad. Retomando el concepto acuñado por Lefebvre de derecho a la ciudad, se ha reconocido como los estados democráticos suelen negar a sus habitantes el acceso equitativo a los

²⁹ Elizabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria* (IEP Instituto de Estudios Peruanos 2012).

³⁰ La traducción de la cita del inglés al castellano es propia.

Karen Till, ‘Wounded cities: Memory-work and a place-based ethics of care’ [2012] 31 *Revista Political Geography* 1, 5.

recursos de la ciudad, incluyendo vivienda, espacio público, libertad de expresión, participación y, también el derecho a narrar el pasado a través de medios legales y materiales. Es así que, “este derecho a representar el pasado, puede considerarse entonces como parte del derecho a la ciudad y, por ende está íntimamente ligado a los procesos de democratización”³¹. La memoria del pasado en los entornos urbanos sostienen posibilidades de futuros diferentes³² y, es recordando mediante políticas activas en relación con el pasado dictatorial que se puede construir democracia en el presente y hacia un futuro³³.

El recuerdo se inscribe en el espacio público de las ciudades para su visibilización y accesibilidad por parte de todos. Lefebvre no desarrolló en profundidad el concepto de espacio público, probablemente porque este concepto tomó relevancia en el ámbito académico décadas después. En su obra ‘La producción del espacio’ lo distingue del espacio privado en tanto el primero -el espacio comunitario- es dominado, mientras que el segundo -el espacio interno de la vida familiar- es apropiado y, aunque se distinguen no llegan a su disociación, pueden ir juntos y sostiene que debería evitarse su separación absoluta para evitar su contradicción³⁴.

Borja -retomando las ideas de Lefebvre- estudió al espacio público tanto en su aspecto físico como también en su sentido político cultural y argumentó que este “puede servir de test sobre la democracia, su cualidad y sus déficits”³⁵, o bien su negación, como en el caso de los regímenes autoritarios. De esta manera, realza la importancia de la construcción de la memoria democrática³⁶ en el espacio público.

La ciudad democrática por regla está constituido por espacio público que engloba el conjunto de la vida social e institucional, contiene la historia, condensa el pasado y la memoria, produciendo proyectos de futuro que dan sentido al presente a través de un patrimonio colectivo que combina lugares físicos con recuerdos, sentimientos y momentos comunitarios³⁷. En ese sentido, Kuri Pineda encuentra como elementos comunes entre el espacio público y la memoria que ambos se definen por la heterogeneidad social, cultural

³¹ La traducción de la cita del inglés al castellano es propia.

Karen Till, ‘Wounded cities: Memory-work and a place-based ethics of care’ [2012] 31 Revista Political Geography 1, 8.

³² David Harvey, *Justicia, naturaleza y geografía de la diferencia* (Traficantes de sueños 2018 [1996]).

³³ Elizabeth Jelin, *Los trabajos de la memoria* (IEP Instituto de Estudios Peruanos 2012); Elizabeth Jelin, *La lucha por el pasado: Cómo construimos la memoria social* (Siglo Veintiuno Editores 2017).

³⁴ Henri Lefebvre, *La producción del espacio* (Capitán Swing Libros 2013 [1974]).

³⁵ Jordi Borja, *Revolución urbana y derechos ciudadanos* (Editorial Café de las Ciudades 2014) 180.

³⁶ Borja define a la memoria democrática como aquella que significa el reconocimiento y la difusión de las múltiples formas de resistencia social y cultural, la lucha democrática y de rechazo de la dictadura -haciendo referencia al franquismo- que fueron determinantes para evitar su continuidad durante la transición.

³⁷ Jordi Borja, *Espacio público, ciudad y ciudadanía* (Electa 2001).

y política, son objeto de disputa, cuentan con un claro revestimiento simbólico y un nexo estrecho con la identidad, siendo arena de lucha política y social en aras de edificar hegemonía y legitimidad³⁸.

En las épocas de transición, las políticas públicas de memoria en relación al espacio público se basan no sólo en suprimir la exaltación de símbolos relacionados con el terrorismo de Estado sino también en reconocimientos de la responsabilidad estatal, homenaje a las víctimas y todas aquellas relacionadas con el sustento de valores democráticos y de respeto a los derechos humanos.

4.- LA MEMORIA Y SUS LUGARES EN LA CIUDAD DE MADRID

Ante la amplitud del concepto 'lugares de memoria' de Pierre Nora que refiere tanto a unidades significativas de orden material o simbólico, dejando de lado conceptualmente una perspectiva exclusivamente espacial, es que se prefiere hacer referencia a las marcas en la superficie urbana que a su vez, están contenidas en la categoría más amplia que desarrollara el historiador francés, como 'inscripciones espaciales de la memoria' en términos de Schindel³⁹. Desde una geografía de la memoria no sólo se estudian los sitios materiales sino también expresiones ceremoniales y prácticas performativas⁴⁰, por lo que las 'inscripciones espaciales de la memoria' engloban un amplio espectro de casos.

Desde este nuevo enfoque en que *Les lieux de mémoire* de Nora permiten integrar la consideración de las cuestiones espaciales en la historiografía de los símbolos y la construcción de las identidades territoriales es que se refiere a las 'inscripciones espaciales de la memoria' como aquellas en las que los grupos tienden a fijar el pasado en el espacio no como simples marcas fijas, sino que están en constante elaboración, son resignificadas y reinterpretadas.

El discurso que logra instalarse junto con la marca territorial siempre tiene un sentido político, público y colectivo específico, en él puede advertirse la dinámica de las relaciones de poder que organiza el proceso de producción espacial de la memoria. Su instalación es siempre el resultado de luchas y conflicto, como así también su existencia es un recordatorio de un pasado conflictivo que puede a la

³⁸Edith Kuri Pineda, 'La construcción social de la memoria en el espacio: una aproximación sociológica' [2017] 11 Revista Península 9.

³⁹ Estela Schindel, 'Memorias barriales y derecho a la ciudad: la recuperación de ex CCD como práctica de resistencia y reconstitución del tejido social' [2011] Actas del IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria, Ampliación del campo de los derechos humanos
<http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_17/schindel_mesa_17.pdf>
acceso 29 Abril 2021.

⁴⁰ Joaquín García Álvarez, 'Lugares, paisajes y políticas de memoria: una lectura geográfica' [2009] Boletín de la A.G.E. 175.

vez disparar nuevos debates sobre el sentido del pasado que se le da en los distintos periodos y por diferentes generaciones⁴¹.

En el sistema universal de protección de los Derechos Humanos, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU promulgó los 'Principios contra la impunidad', a través del informe del relator especial Luis Joinet de 1997 (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1)⁴², en el que se tipificaron los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, haciendo énfasis en el derecho a la memoria como presupuesto para la efectividad de los tres primeros.

Estos principios fueron actualizados en el año 2005 por la experta independiente Diane Orentlicher (E/CN.4/2005/102/Add.1)⁴³ y su estructura se divide en tres secciones: el derecho de las víctimas a saber, el derecho de las víctimas a la justicia y el derecho a obtener reparación. Además, suma a título preventivo una serie de medidas destinadas a garantizar la no reiteración de las violaciones.

En primer lugar, se les reconoce a las víctimas y sus familiares el derecho inalienable a la verdad acerca de las circunstancias en que se cometieron las violaciones y, en caso de fallecimiento o desaparición, sobre la suerte que corrió la víctima (principios n° 3 conforme la redacción original y n° 4 del texto actualizado).

Pero este derecho no sólo pertenece a las víctimas directas e indirectas sino a toda la sociedad generando como contrapartida el deber de recordar y el derecho a la memoria en su dimensión colectiva. En este sentido, establece que cada pueblo tiene el derecho inalienable a conocer la verdad acerca de los acontecimientos sucedidos y las circunstancias y los motivos que llevaron, mediante la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. Concluye que el ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar que en el futuro se repitan las violaciones (principio n° 1 conforme E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 y principio n° 2 de E/CN.4/2005/102/Add.1).

En segundo lugar, recepta el derecho a la justicia que conlleva como deberes del Estado realizar investigaciones rápidas, minuciosas, independientes e imparciales y adoptar las medidas apropiadas respecto de sus autores, especialmente en la esfera de la justicia penal, para que sean procesados, juzgados y condenados debidamente. En los procesos judiciales se les reconoce amplia participación jurídica a las víctimas, sus familiares y a toda persona u organización no gubernamental que tenga un interés legítimo, junto con la posibilidad de hacer valer sus derechos beneficiándose de un recurso equitativo y

⁴¹ Elizabeth Jelin, *La lucha por el pasado: Cómo construimos la memoria social* (Siglo Veintiuno Editores 2017).

⁴² Informe Final de la Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas.

<<https://undocs.org/es/E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1>> acceso 29 Abril 2021.

⁴³ Informe en la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, Naciones Unidas

<https://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?si=E/cn.4/2005/102/Add.1> acceso 29 Abril 2021.

efectivo que permita lograr que su opresor sea juzgado y obtener reparación (principios n° 18 del documento E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 y n° 19 del E/CN.4/2005/102/Add.1).

Por último, conforme los principios elaborados en torno al derecho a obtener reparación, ésta deberá abarcar todos los daños y perjuicios sufridos por las víctimas, comprendiendo las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación y satisfacción según lo establece el derecho internacional (principios n° 36 y 34 de los documentos E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1 y E/CN.4/2005/102/Add.1).

En su informe especial, el relator Joinet retomó la 'Estructura de principios y directivas fundamentales concernientes al derecho a reparación de las víctimas de violaciones flagrantes de los derechos humanos y del derecho humanitario' establecidos por M. Theo van Boven (E/CN.4/Sub.2/1996/17)⁴⁴ y, clasificó en tres tipos las medidas comprendidas: a) Medidas de restitución (tendientes a que la víctima pueda volver a la situación anterior a la violación); b) Medidas de indemnización (reparan el perjuicio psíquico y moral, así como la pérdida de una oportunidad, daños materiales, atentados a la reputación y gastos de asistencia jurídica); c) Medidas de readaptación (comprenden atención médica -psicológica y psiquiátrica-). También se hace referencia a las 'medidas de satisfacción', que son enumeradas en el principio n° 15 de los principios y directrices elaborados por M. Theo van Boven y que son caracterizadas como 'garantías de no repetición'.

En este sentido, la Resolución 60/147 aprobada por la Asamblea General en 2005⁴⁵ y que recepta los 'Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves al derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones', establece en los principios 18 a 23 que se debe dar a las víctimas, de forma apropiada y proporcional a la gravedad de la violación a sus derechos humanos sufrida y a las circunstancias de cada caso, una reparación plena y efectiva, en forma de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y/o garantías de no repetición. Las tres primeras formas están dirigidas exclusivamente a las víctimas directas, mientras que las últimas dos al incluir el conocimiento de la verdad, su difusión pública, pedido de disculpas, conmemoraciones, la educación y promoción en derechos humanos, entre otras, se orientan e impactan también en el resto de la sociedad.

De esta manera, las medidas de reparación actúan en el plano individual de las víctimas como un resarcimiento que debe ser integral,

⁴⁴ Documento de la Comisión de Derechos Humanos, Naciones Unidas <<https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G96/128/33/PDF/G9612833.pdf?OpenElement>> acceso 29 Abril 2021.

⁴⁵ Resolución de la Asamblea General de Naciones Unidas 60/147 <<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/remedyandrepairation.aspx>> acceso 29 Abril 2021.

beneficiándose de un recurso eficaz y con procedimientos públicos aplicables. Pero también, aquellas de carácter simbólico tienen incidencia a nivel colectivo, como el reconocimiento público hecho por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, las erecciones de monumentos y la inclusión de la enseñanza de los hechos ocurridos en los distintos niveles educativos, que facilitan el deber de recordar al grupo y las cuales son objeto de esta investigación.

Ahora bien, en el sistema regional y a diferencia de lo que ocurre en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁴⁶ que sigue los lineamientos generales de los 'Principios contra la impunidad', el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) no ha referido expresamente a la memoria y menos aún a la necesidad de reconocer a las víctimas en el espacio público mediante inscripciones en su reconocimiento o bien, a través de la recuperación, señalización y refuncionalización de aquellos lugares que resultan emblemáticos de las violaciones a sus derechos humanos.

En cuanto a las reclamaciones de satisfacción equitativa receptadas en el art. 41 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) para aquellos casos en que la normativa interna repara de manera imperfecta la violación de un Estado parte de sus obligaciones respecto al Convenio, las medidas acordadas por el Tribunal se presentan normalmente en forma de concesión de una suma monetaria a la parte perjudicada que incluye indemnizaciones pecuniarias por daños materiales, daños morales, el pago por las costas del proceso y los gastos de abogados, por lo que deja de lado aquellas de tipo simbólico que exceden la dimensión individual extendiéndose a la comunidad en su conjunto⁴⁷.

Por otra parte, en cuando al derecho a la verdad sólo reconoce su dimensión individual y para casos de violaciones actuales a los derechos humanos, no así de aquellas referidas a cuestiones de justicia

⁴⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos hace referencia de forma expresa en sus sentencias a la memoria, pero sin dar pautas claras a las obligaciones que de ella emanan y siempre en relación con los otros tres pilares de la justicia transicional: verdad, justicia y reparación. Ha profundizado en mayor medida en la memoria como "consecuencia" de la reparación. En el caso 'Aloeboetoe y otros vs. Surinam' del año 1991 incluyó medidas de satisfacción que consideran también a la sociedad en la que se generó el daño. Entre las medidas de reparación ordenadas por la Corte encontramos numerosas con incidencia en el espacio público como aquellas que implican renombrar establecimientos, calles y colocar placas en reconocimiento a las víctimas (Caso los 19 Comerciantes vs. Colombia; Caso Niños de la Calle (Villagran Morales y Otros) vs. Guatemala; Baldeón García vs. Perú; 'la Masacre Ituango vs. Colombia, entre otros) y también la obligación de construir monumentos o memoriales (Caso Masacre Plan Sánchez vs. Guatemala, Sent. 19 Noviembre 2004, párr. 23). El análisis en profundidad de su jurisprudencia excede el objeto de la investigación que estudia particularmente el caso español.

⁴⁷ Luis Cruz, 'La reparación de las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos' [2010] 12 Revista Española de Derecho Internacional 89.

transicional. Sin perjuicio de ello, López Guerra releva una serie de casos en el último tiempo, en los que se ha reconocido una mayor amplitud de este derecho, aunque como reforzamiento del derecho de las víctimas sin una dimensión autónoma. El Tribunal ha preferido, sin ignorar la dimensión colectiva del derecho a la verdad, limitar sus efectos a la existencia de una investigación adecuada de los hechos destinada a remediar en lo posible la violación producida y el daño causado a las víctimas. Es posible encontrar una alternativa a la dimensión colectiva desde la perspectiva del art. 10 del Convenio, relativo al derecho a recibir o impartir informaciones, en el que se tiene en cuenta el interés del público aunque de modo indirecto y está condicionado por aquello documentado expresamente por el Estado⁴⁸.

En el ámbito interno se sancionó la Ley de Memoria Histórica nº 52/2007 que en su exposición de motivos reconoce un derecho individual a la memoria personal y familiar de cada ciudadano (art. 2) pero sin hacer referencia a la vertiente colectiva. Es más, en el último párrafo refiere que no es tarea del legislador implantar una determinada memoria colectiva, pero sí reparar a las víctimas y sus familiares conforme los valores democráticos. Pese a ello, establece una serie de medidas en relación con los símbolos y monumentos conmemorativos, sustentadas en el principio de evitar toda exaltación de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura, con el convencimiento de que los ciudadanos tienen derecho a que los símbolos públicos sean ocasión de encuentro y no de enfrentamiento, ofensa o agravio (arts. 15 y 16).

El artículo 15 hace referencia a la potestad de las administraciones públicas de tomar medidas oportunas para retirar todos aquellos “escudos, insignias, placas y otros objetos o menciones conmemorativas de exaltación, personal o colectiva, de la sublevación militar, de la Guerra Civil y de la represión de la Dictadura”. Agrega que se pueden incluir entre estas medidas la retirada de subvenciones o ayudas públicas, no siendo aplicable cuando las menciones sean de estricto recuerdo privado sin exaltación o bien, cuando concurren razones artísticas, arquitectónicas o artístico-religiosas protegidas por la ley. Lo dispuesto por la ley presenta como déficit que no establece ninguna sanción para los casos en los que no se proceda a retirar símbolos franquistas por lo que ha presentado dificultades en su cumplimiento.

El artículo 16 regula específicamente el caso del Valle de los Caídos estableciendo que se regirá estrictamente por las normas aplicables con carácter general a los lugares de culto y a los cementerios públicos, estando prohibido en el recinto los actos de naturaleza política y exaltadores de la Guerra Civil, de sus protagonistas, o del franquismo. El punto 3 fue agregado por el Real Decreto-ley 10/2018 y establece

⁴⁸ Luis López Guerra, ‘El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos?’ [2018] 22 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 11.

que sólo podrán yacer los restos mortales de personas fallecidas a consecuencia de la Guerra Civil española, como lugar de conmemoración, recuerdo y homenaje a las víctimas de la contienda⁴⁹.

De esta manera, si bien el texto legal hace referencia a la supresión de determinados símbolos y monumentos del espacio público como así también al temperamento a adoptar respecto del Valle de los Caídos, lo cierto es que no propone la recuperación de ciertos lugares emblemáticos y constitutivos de la memoria colectiva y tampoco refiere a la colocación de cualquier tipo de conmemoración de las víctimas como reparación, reconocimiento e inscripción espacial de su recuerdo que pertenece y constituye la identidad de toda la comunidad⁵⁰.

En el ámbito local, el Ayuntamiento de Madrid para dar cumplimiento a lo normado por la Ley nº 52/2007 creó en el año 2016 el Comisionado de la Memoria Histórica, asumiendo como postulado que “la preservación de la memoria histórica de una ciudad es una expresión de su libertad y de que la reivindicación del compromiso político de la ciudadanía en la conquista de las libertades es una manifestación de cultura democrática”⁵¹. Por lo que reconoce la importancia de la memoria en la ciudad como expresión de las conquistas democráticas en el espacio público en concordancia con los desarrollos teóricos que fueran propuestos y que interrelacionan ambos derechos humanos: el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad.

⁴⁹ Mediante esta disposición se pudo llevar a cabo la exhumación de Francisco Franco el pasado 26 de diciembre de 2019, luego de que el Tribunal Supremo la avalara pese al recurso interpuesto por la familia para evitarlo.

⁵⁰ El reciente anteproyecto de Ley de Memoria Democrática significaría un notorio avance en este sentido al ampliar en el artículo 1 su objeto y finalidad a la promoción de la reparación moral y de la recuperación de la memoria colectiva. De esta manera, declara buscar “la recuperación, salvaguarda y difusión de la memoria democrática, como conocimiento de la reivindicación y defensa de los valores democráticos y los derechos y libertades fundamentales”, fomentando “la cohesión y solidaridad entre las diversas generaciones en torno a los principios, valores y libertades constitucionales”.

En concordancia, con el reconocimiento a la dimensión colectiva del derecho a la memoria es que en el Capítulo IV hace hincapié en ésta como deber y garantía de no repetición, receptando en cuatro secciones distintas medidas tendientes a evitar que las violaciones a los derechos humanos puedan volver a repetirse, incluyendo una dedicada a los lugares de memoria democrática.

Los lugares de memoria democrática son conceptualizados en el artículo 50 de una forma amplia, incluyendo todos aquellos bienes materiales o inmateriales que de algún u otro modo están “vinculados a la memoria democrática, la lucha de la ciudadanía española por sus derechos y libertades, la memoria de las mujeres, así como con la represión y violencia sobre la población como consecuencia de la resistencia al golpe de Estado de julio de 1936, la Guerra Civil, la Dictadura, el exilio y la lucha por la recuperación y profundización de los valores democráticos”.

⁵¹ Informe Propuesta del Comisionado de Memoria Histórica sobre Revisión del Callejero del Ayuntamiento de Madrid, p. 1

<https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCPleno/CentroDocumentacion/DocComisionado/2%20Informe_Propuesta_Comisionado_Revisi%C3%B3n.pdf> acceso 29 Abril 2021.

Su accionar se enmarca en la línea recogida por el Plan Estratégico de Derechos Humanos del Ayuntamiento de Madrid 2017-2019⁵². Ante las limitadas políticas municipales para la contribución al derecho a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, de acuerdo a la normativa estatal y los estándares y recomendaciones internacionales, propuso en su Meta 5 objetos y acciones tendientes a garantizar el Derecho a la verdad, justicia y reparación.

Es así que con el fin de cumplir con la normativa nacional vigente sobre derechos de las víctimas, así como las recomendaciones de los mecanismos internacionales de derechos humanos también en relación con los derechos de las víctimas de violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos, en especial las relacionadas con las víctimas de la Guerra Civil y el franquismo, propuso adoptar diferentes medidas para garantizar el cumplimiento efectivo de la Ley Orgánica 52/2007.

Entre las líneas de acción asumidas encontramos aquella que hace referencia a la creación, recuperación y/o resignificación de determinados espacios como Lugares de Memoria especialmente significativos (fosas, lugares de represión y privación de libertad, prisiones, cementerios). Luego de su localización, se buscará contribuir a su contextualización adecuada y a ampliar las distintas narraciones de la ciudad y el reconocimiento público de todas las víctimas sin discriminación (en especial, las víctimas del franquismo). También se adoptarán medidas concretas para la adecuada conservación de espacios o lugares de la memoria ya existentes. Todo ello con la colaboración de las asociaciones de víctimas, del conocimiento de la ciudadanía sobre esos Lugares de Memoria y sobre la Memoria de las violaciones graves del derecho internacional de los derechos humanos, con independencia de quienes hayan sido los perpetradores y, a través de los espacios culturales municipales.

El Plan Estratégico contribuye entonces con sus metas, objetivos estratégicos y líneas de acción en la búsqueda de una ciudad respetuosa de los derechos humanos en un sentido amplio, contribuyendo así al goce del derecho a la ciudad y específicamente a la memoria conforme lo receptado en la Sección 2, Meta 5.

Ahora bien, el Comisionado de la Memoria Histórica actuó como órgano colegiado de asesoramiento y propuesta de las actuaciones municipales de cumplimiento de la Ley nº 52/2007 hasta su disolución en el año 2018, entre sus funciones se encontraba: "Elaborar, por iniciativa propia, informes y recomendaciones sobre la política de Memoria Histórica del Ayuntamiento de Madrid" (art. 4 inc. h del Acuerdo por el que se creó el Comisionado de la Memoria Histórica del Ayuntamiento de Madrid).

⁵² Plan Estratégico en Derechos Humanos del Ayuntamiento de Madrid (2017-2019) <https://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Descriptivos/ficheros/PlanD DHH_Madrid.pdf> acceso 29 Abril 2021.

Entre las medidas para el cumplimiento de su finalidad en el espacio público de la ciudad confeccionó un plan de modificación del Callejero de la ciudad, habiéndose relevado luego de realizarse una amplia consulta a las Juntas Municipales de los Distritos un total de 53 (vías públicas y espacios urbanos) calles, plazas, avenidas y paseos cuyo nombre debía ser cambiado en virtud de lo normado en el art. 15. La propuesta fue impugnada en algunos de los casos por vía judicial por lo que no se logró efectivizar.

Por otra parte, también elaboró una propuesta para reconocer a personajes, colectivos e instituciones cuya trayectoria fue relevante en asuntos relacionados con la memoria histórica de la ciudad de Madrid mediante la colocación de placas en lugares que, por uno u otro motivo, estuvieran conectados con los homenajeados.

Ahora bien, interesa especialmente a la investigación lo propuesto por el Comisionado en relación a la conveniencia de crear espacios de Memoria en las cárceles, cementerios y otros lugares importantes para la recuperación de la memoria en la ciudad. En esa línea, declaró como objetivo de la política pública de memoria propuesta: “asumir como patrimonio de la sociedad, los esfuerzos, conflictos, luchas y memorias que han hecho posible el mantenimiento de los valores que vertebran las pautas de convivencia democráticas de la sociedad que nosotros mismos hemos construido”, agregando que “el espacio físico se debe erigir como un elemento imprescindible de recuerdo pues es en él, donde se materializan esas vulneraciones de derechos”⁵³.

Se elaboró un catálogo representativo de Lugares de Memoria en Madrid, recuperando el término de Pierre Nora y aludiendo con este a “cualquier realidad significativa -material o inmaterial- susceptible de convertirse en un elemento simbólico del pasado de una determinada comunidad”. Estos lugares son clasificados en dos tipos: “los negativos (cementerios, cárceles o checas), lugares de sufrimiento y represión política injusta y violación de derechos y libertades políticas, religiosas, etc.; y los positivos, (colegios, instituciones, embajadas, etc.), vinculados a la educación, la salud pública, la tolerancia, la libertad y la cultura”⁵⁴. También agrega otros lugares relacionados a acontecimientos y personajes cuya trayectoria sea acreedora de recuerdo.

Cabe hacer mención que si bien los lugares de memoria recogidos por el informe incorporan espacios donde ocurrieron hechos que significaron violaciones a los derechos humanos perpetrados tanto por

⁵³ Acta del Comisionado de la Memoria Histórica del Ayuntamiento de Madrid, Sesión (7/2016) ordinaria de 28 de octubre de 2016, p. 5
<https://www.madrid.es/UnidadesDescentralizadas/UDCPleno/CentroDocumentacion/DocComisionado/21%20Actas_Comisionado_2016.pdf> acceso 29 Abril 2021.

⁵⁴ Informe propuesta del Comisionado de Memoria Histórica sobre creación de Lugares de Memoria en la ciudad de Madrid, p. 4
<https://www.madrid.es/UnidadWeb/Contenidos/Navegaciones/Memoria_Historica/Memoria_Historica/InformesFicheros/InformeLugaresMemoria.pdf> acceso 29 Abril 2021.

el régimen autoritario instaurado luego de la Guerra Civil como también durante ésta por las autoridades de un gobierno electo legítimamente, se comparte el criterio de Borja al entender que la memoria democrática debería implicar especialmente “analizar y denunciar el carácter perverso de la dictadura franquista (...) significa el reconocimiento y la difusión de las múltiples formas de resistencia social y cultural, la lucha democrática y de rechazo de la dictadura que fueron determinantes para evitar su continuidad durante la transición”⁵⁵.

El informe incluye las intervenciones que se proponen en dichos lugares pero sin realizar ningún tipo de explicación de sus alcances e implicancias, estas son: identificación externa con señalización diseñada al efecto; carácter pedagógico; protagonismo de las víctimas; ensalzamiento de valores de paz y concordia y; empleo de nuevas tecnologías cuando sea posible.

A los fines de corroborar el cumplimiento de lo propuesto y el avance en la consolidación de los valores democráticos en el espacio público, tal como fuera el objetivo general del Comisionado alineado con lo dispuesto por la Ley 52/2007, es que se realizó observación y registro fotográfico entre los días 07 de noviembre y 05 de diciembre de 2020, como así también una breve reconstrucción histórica de los lugares catalogados.

4.1.- Cárcel de Carabanchel

La cárcel de Carabanchel, cuyo nombre oficial fuera el de Prisión Provincial de Madrid, fue edificada con la mano de obra de presos políticos sometidos a trabajos forzados por el régimen franquista para cubrir las necesidades penitenciarias de la ciudad en el año 1940. Funcionó como centro penitenciario hasta el año 1998 en el que cerró sus puertas y finalmente, fue demolida en 2008 con el proyecto de urbanizar el solar que ocupara conforme las demandas de la comunidad, lo que aún no se ha concretado. El Comisionado propuso la colocación de algún elemento suficientemente visible que permita dar a conocer la existencia en aquel lugar del centro penitenciario, su historia, algunos testimonios de los que allí sufrieron condena y movimientos populares surgidos en torno al penal, esto último tampoco se ha llevado a cabo, encontrándose el predio completamente desmantelado y en estado de abandono.

⁵⁵ Jordi Borja, *Revolución urbana y derechos ciudadanos* (Editorial Café de las Ciudades 2014) 174.

Figuras 1 y 2: Predio donde se ubicó la cárcel de Carabanchel



Fuente: archivo personal

4.2.- Cárcel de Ventas

La antigua cárcel de Ventas fue concebida durante la Segunda República como Prisión Modelo de mujeres y se emplazó en la calle Marqués de Mondéjar, muy cerca de la Plaza de toros de la ciudad. Durante los primeros meses de la guerra civil, el centro fue destinado a hombres exclusivamente y desde allí un grupo de doscientos presos fueron conducidos a Paracuellos del Jarama, donde fueron asesinados. Luego, durante el régimen franquista volvió a convertirse exclusivamente en sitio de reclusión de mujeres -la mayoría de ellas detenidas por cuestiones políticas, acusadas de colaborar con la República- y niños, quienes por la sobrepoblación la llegaron a habitar en condiciones muy precarias de vida. En este caso, el Comisionado propuso colocar algún signo visible del lugar donde estuvo la cárcel que se encuentra ocupado hoy por viviendas y un parque público, apoyando el proyecto existente de intervención memorialística promovido por distintas asociaciones del barrio y que cuenta con el apoyo de la Junta de Distrito de Salamanca, sugiriendo también la remisión al período de la Guerra Civil en el que esa cárcel sirvió de prisión a un gran número de personas, algunas de las cuales fueron sacadas de ella para ser fusiladas.

Habiendo recorrido la calle Marqués de Modéjar no se localiza ninguna placa ni conjunto escultórico que conmemore los hechos ocurridos. Ahora bien, existe un sitio de internet del Ayuntamiento de Madrid-Distrito Salamanca del año 2017 (carceldeventas.madrid.es⁵⁶) dedicado a las presas políticas que se organizaron dentro de la cárcel en la búsqueda por reconstruir su historia con la ayuda de sus

⁵⁶ Fecha de consulta 20/01/21.

recuerdos, por lo que se recogen diferentes testimonios y el listado de presas ejecutadas.

Figura 3: Calle Marqués de Modéjar donde estaba ubicada la antigua cárcel de Ventas



Fuente: archivo personal

4.3.- Cárcel de Torrijos

La Cárcel de Torrijos o Prisión Provincial de Torrijos fue una cárcel para hombres y si bien el edificio se planteó inicialmente para que fuese una residencia de ancianas regentada por la congregación de las Hijas de la Caridad -actualmente el asilo de la Fundación Elorz-entre 1939 y 1940 funcionó como la prisión provincial de hombres donde fueron reclusos diversos personajes importantes, entre ellos Miguel Hernández. El escritor tiene dedicada una placa en su memoria y rememoración a su obra, sin embargo no se hace mención a las condiciones de su detención. Al tratarse de un edificio privado, urbano y céntrico, la propuesta que de momento no se ha cumplido consistía en que se coloque una placa explicativa del significado del lugar.

Figura 4: Placa en conmemoración a Miguel Hernández



Fuente: archivo personal

Figura 5: Antigua cárcel de Torrijos, hoy asilo de la Fundación Elorz



Fuente: archivo personal

4.4.- Cárcel de Porlier

La Prisión Provincial de Hombres número 1 o más conocida como cárcel de Porlier funcionó como lugar de detención durante la guerra civil y el comienzo de la posguerra, ocupando las instalaciones del colegio Calasancio. Desde esta cárcel salieron, durante noviembre y diciembre de 1936, presos que luego fueron asesinados en Paracuellos del Jarama. Entre 1939 y hasta 1944, el edificio albergó presos afines a la República, para luego ser devuelto a sus fines educativos los que prevalecen en la actualidad. En virtud de ello, se propuso únicamente la colocación de una placa explicativa del significado del lugar sin haberse efectivizado.

Figura 6: Antigua cárcel de Porlier



Fuente: archivo personal

4.5.- Cárcel Modelo

La cárcel Modelo o cárcel celular fue construida durante el último cuarto del siglo XIX y estuvo operativa hasta su demolición en 1939 tras recibir importantes daños durante la Guerra Civil. Actualmente en su lugar se erige el Cuartel general del Ejército del Aire. Por sus 1.200 celdas pasaron antes de la guerra civil conocidos falangistas como José Antonio Primo de Rivera o Rafael Sánchez Mazas, luego del incendio del 22 de agosto de 1936 fue ocupada por milicianos que asesinaron a diversos políticos y militares miembros del Comité Revolucionario Republicano, poco antes de la proclamación de la Segunda República. Se propuso la colocación de una placa explicativa en el edificio que ocupa actualmente el espacio donde estuvo la cárcel, no observándose señalización alguna en su relevamiento.

Figura 7: Predio donde estaba ubicada la antigua Cárcel Modelo

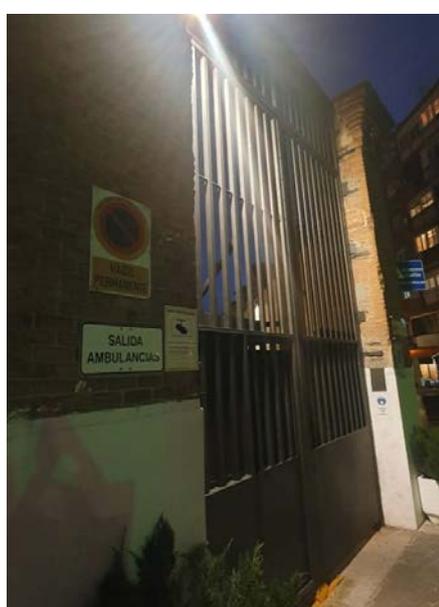


Fuente: archivo personal

4.6.- Cárcel de Yaserías

En un primer momento, la construcción realizada del edificio por el Ayuntamiento de Madrid tenía como fin ser asilo para mendigos o indigentes. Luego de finalizada la Guerra Civil se convirtió en un establecimiento carcelario masculino destinado a alojar presos políticos. En 1943 pasó a ser Hospital Penitenciario Eduardo Aunós y posteriormente, con el cierre y demolición de la cárcel de Ventas, se convierte en cárcel de mujeres. Desde la última década del siglo pasado funciona como Centro de Inserción Social Victoria Kent, por lo que la propuesta consiste en colocar una placa explicativa del significado del lugar no constando referencia alguna en el ingreso al edificio.

Figuras 7 y 8: Fachada de ingreso al Centro de Inserción Social Victoria Kent



Fuente: archivo personal

4.7.- Checa Bellas Artes – Fomento

En 1936 se creó el Comité Provincial de Investigación Pública que funcionó en lo que actualmente es el edificio del Círculo de Bellas Artes, en la calle Alcalá, 42. Poco tiempo después se trasladó a un edificio sito en el nº 9 de la calle Fomento, que funcionó como una checa exclusivamente de detenciones de personas sospechosas de simpatizar con los sublevados o de perfil conservador. En la actualidad funciona en el lugar el I.E.S. Santa Teresa de Jesús, proponiéndose la colocación de una placa explicativa en el edificio donde se ubicó esta checa. El Presidente del Círculo de Bellas Artes-Fomento se opuso a la colocación de la placa sugerida, el Comisionado mantuvo su postura

expresamente aunque no hay señalización alguna que rememore lo allí ocurrido.

Figura 9: I.E.S. Santa Teresa de Jesús



Fuente: Archivo personal

4.8.- Cementerio de Fuencarral

En el cementerio de Fuencarral fueron enterrados muchos combatientes republicanos y brigadistas internacionales. Finalizada la guerra civil sus cuerpos fueron exhumados y abandonados o arrojados a una fosa común. En recuerdo a estos hechos es que restablecida la democracia las embajadas internacionales instalaron varios memoriales en conmemoración a los brigadistas y también un monumento memorial a los combatientes españoles contra el nazismo en la Segunda Guerra Mundial.

El Comisionado propone colocar en el cementerio el símbolo externo que identifique los lugares de memoria de Madrid y la posibilidad de habilitar espacio en el muro donde se hallan colocadas las placas por parte de las distintas embajadas. Sin perjuicio de ello, no se observan cambios en las fotos insertas en el informe del Comisionado respecto de la situación actual que presenta el lugar, ni tampoco la placa que lo identifique como lugar de memoria de Madrid en el ingreso.

Figuras 14 y 15: Memorial en conmemoración a los brigadistas internacionales



Fuente: archivo personal



4.9.- Arco de la Victoria

El Comisionado propuso que se proceda a la resignificación del monumento mediante su cambio de nombre por 'Arco de la Memoria'; un estudio y modificación o explicación de la leyenda y de los signos externos, una intervención en el área externa al monumento que permita el acceso peatonal y su inserción en la estructura urbana y, por último el uso del espacio interior para ubicar en su parte disponible una exposición permanente relacionada con el objeto por el que fue erigido el Arco. Sin perjuicio de lo antes declarado, lo cierto es que no se renombró, señaló ni tampoco se hicieron las intervenciones sugeridas en el lugar, resultando de muy difícil acceso para los peatones al estar rodeado de grandes avenidas y carecer de las respectivas sendas.

Figura 16: Arco de la Victoria



Fuente: archivo personal

4.10.- Edificio sede de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, en la Puerta del Sol

En el edificio emblemático ubicado en Puerta del Sol, sede de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, funcionó luego de la Guerra Civil la Dirección General de Seguridad, ubicando en sus sótanos calabozos en los que se alojaba y frecuentemente se torturaba detenidos miembros de la oposición al régimen. El Comisionado propuso que con acuerdo de la Presidencia de la Comunidad de Madrid, se coloque una placa distintiva explicativa y se habilite los calabozos existentes para que puedan ser visitados con propósito pedagógico. Nada de ello ha ocurrido, en su exterior se visibilizan tres placas en conmemoración a los héroes que combatieron el 02 de mayo de 1808 contra las tropas de Napoleón, en recuerdo de las víctimas de los atentados del 11 de marzo de 2004 y agradecimiento a todos aquellos que prestaron ayuda y, por último, en recuerdo a las víctimas de la reciente pandemia por COVID-19, pero no se hace referencia alguna a su calidad de lugar de memoria.

Figura 17: Edificio sede de la Presidencia de la Comunidad de Madrid



Fuente: archivo personal

4.11.- Colina de los Chopos

Se denominó Colina de los Chopos al conjunto de edificios ubicados en los altos del Hipódromo, al final del paseo de la Castellana. El complejo estaba formado por la Junta para Ampliación de Estudios, el Instituto Escuela y la Residencia de Estudiantes, entre otros, pero al finalizar la guerra civil se decidió desmantelarlo y se cambió su finalidad. De este modo, se ubicaron en su lugar el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (CSIC) y el Instituto Ramiro de Maeztu. El Comisionado, tuvo en cuenta las iniciativas de memoria ya existentes en distintos edificios del lugar y propuso la colocación de una placa en el Instituto Ramiro de Maeztu lo que no se concretó.

Figura 18: Instituto Ramiro de Maeztu

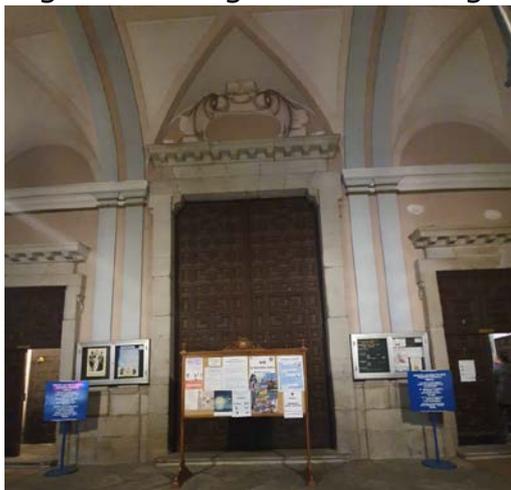


Fuente: archivo personal

4.12.- Colegiata de San Isidro

Es un templo católico construido por la Compañía de Jesús en el siglo XVII y antigua catedral de Madrid hasta 1992, ubicado en el barrio de La Latina. El 19 de julio de 1936, días después de la sublevación militar, la colegiata sufrió un incendio intencionado, destruyéndose en él numerosas obras de arte, suponiendo la pérdida irreparable de patrimonio artístico y quedando dañada la estructura del edificio. El Comisionado propuso la colocación de una placa, pero en este lugar tampoco hay referencia alguna a lo acontecido.

Figura 19: Ingreso a la Colegiata de San Isidro

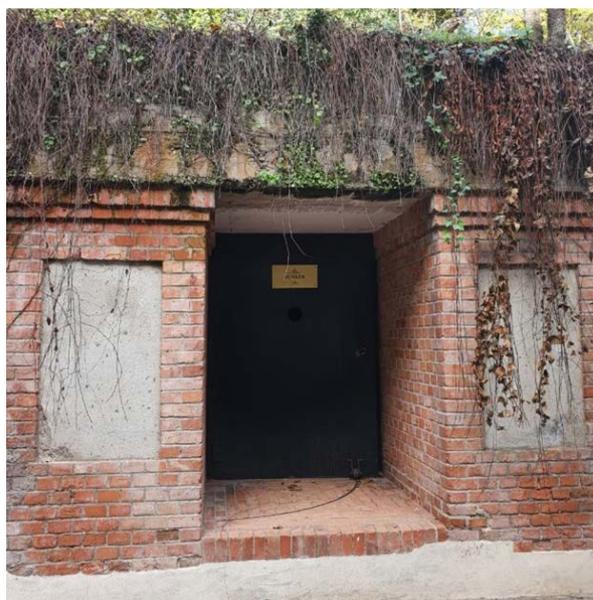
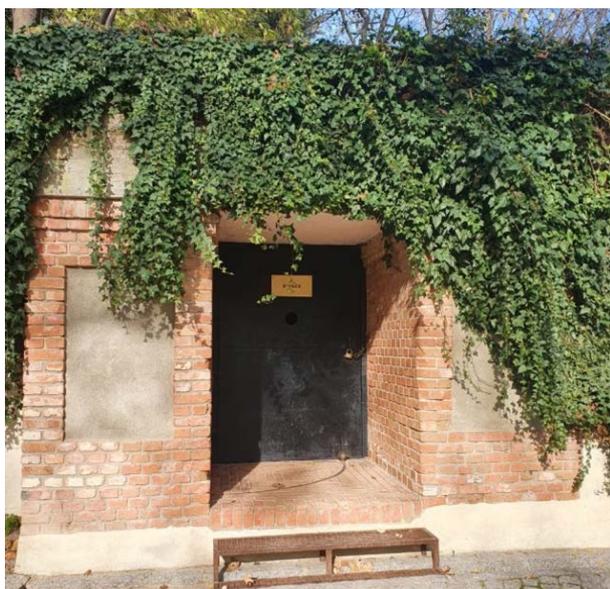


Fuente: archivo personal

4.13.- Bunker del Capricho

En el parque de El Capricho, justo al lado del palacio de la duquesa de Osuna, que fuera construido en el siglo XVIII, se conservó en muy buen estado un bunker utilizado durante la Guerra Civil por el Cuartel General del Ejército del Centro. El Comisionado sugirió en su propuesta poner una placa o bien incorporar el logo que identifique los lugares de memoria de Madrid. En la observación realizada, se visualizan dos entradas cerradas con placas que lo identifican como "BUNKER", pero no así explicación alguna de su origen ni tampoco su identificación como lugar de memoria de la ciudad. Sin perjuicio de ello, la Dirección General de Patrimonio Cultural del Ayuntamiento realiza visitas guiadas que deben ser reservadas con anticipación mediante la web oficial.

Figuras 20 y 21: Entradas al búnker en el Parque El Capricho

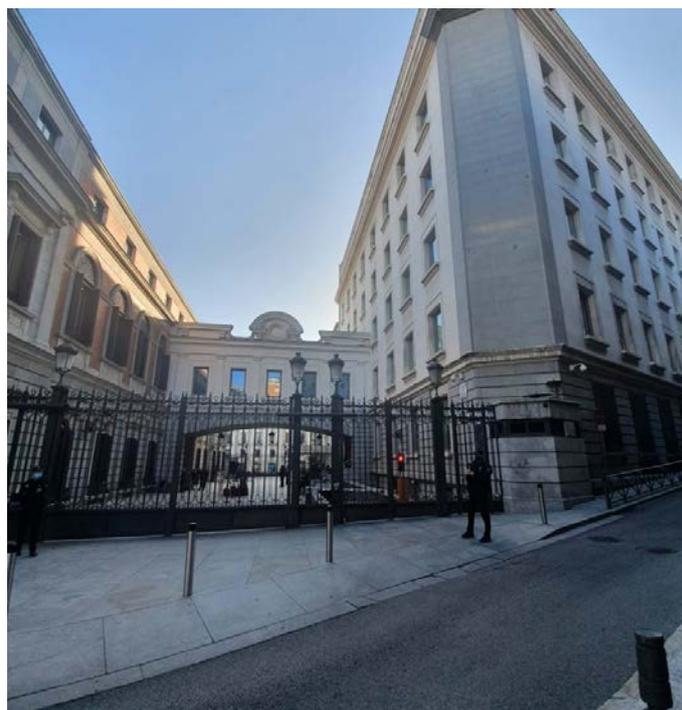


Fuente: archivo personal

4.14.- Congreso de los Diputados

Durante la Guerra Civil fueron asesinados 151 diputados (78 del partido republicano y 73 opositores/sublevados) de los poco más de 1.000 que desempeñaron la representación parlamentaria durante las tres legislaturas que se sucedieron durante el periodo republicano. Además, hay que sumar otros 34 casos que se produjeron durante la dictadura luego de finalizada la guerra. El Comisionado solicitó al Ayuntamiento que traslade al Congreso de los Diputados la sugerencia de que, de alguna manera, se deje constancia de ese atentado a la soberanía nacional y a la voluntad de concordia que debe presidir la convivencia. Ahora bien, la observación realizada al lugar muestra las dificultades para el acercamiento que presenta a la comunidad, su entrada principal ubicada en Plaza de las Cortes tiene vallas que impiden aproximarse y el acceso de Calle de Zorrilla en días laborales presenta una gran vigilancia de fuerza policial. En estas circunstancias, no se visibiliza ninguna marca que lo identifique como lugar de memoria.

Figuras 22 y 23: Ingresos al Congreso de los Diputados por Plaza de las Cortes (izquierda) y por Calle de Zorrilla (derecha)



Fuente: archivo personal

4.15.- Cementerio del Este

El actual cementerio de La Almudena fue escenario de la durísima represión de la posguerra. Se calcula que, entre los años 1939 y 1945, más de 2.600 personas fueron fusiladas en sus tapias y otros tantos enterrados, surgiendo un total aproximado de 3.000 personas del

registro de enterramientos del cementerio. Actualmente se conserva un trozo de una de las tapias originales del recinto, que permite ubicar el lugar de las ejecuciones. El Comisionado toma la idea de intervención escultórica en la parte izquierda de la entrada principal del cementerio, próximo a los restos de la tapia como así también la creación de un centro documental en el lugar.

Al ingresar por la puerta de calle O'Donell a pocos pasos hacia la izquierda se observa el memorial donde fueran colocadas las placas por el Ayuntamiento bajo el gobierno de Carmena con los nombres de los republicanos fusilados y que luego fueron retiradas con el cambio de dirección política a manos del Partido Popular y Ciudadanos. En virtud de lo recomendado oportunamente por el Comisionado se fundamentó que el memorial no cumplía con el fin de honrar a todas las víctimas del periodo bélico. Actualmente, se lee una frase en el centro del memorial que reza: "El pueblo de Madrid a todos los madrileños que entre 1936 y 1944, sufrieron violencia por razones políticas, ideológicas o por sus creencias religiosas. Paz, piedad y perdón". Las disputas llevaron a que la Asociación Memorialista Ranz Orosas denunciara ante la justicia el retiro de las placas alegando que el Ayuntamiento incurrió en el delito de prevaricación.

Figuras 10 y 11: Memorial en el ingreso al cementerio (izquierda) y antigua tapia con placa conmemorativa



Fuente: archivo personal

En frente, se observa el resto de tapia original, con una placa que hace alusión a los fusilamientos allí ocurridos colocada por Ministerio de la Presidencia, Foro por la memoria y Fundación Domingo Malagón, como así también un código QR para acceder al nombre de las víctimas. Llama la atención un mensaje colocado junto con las flores que manifiesta "Por mucho se esfuercen en haceros invisibles vuestro recuerdo está cada día más presente", es así que pese a no saber el

origen de dicho mensaje lo cierto es que los espacios físicos donde se llevaron a cabo violaciones a los derechos humanos resultan de vital importancia para el recuerdo de la comunidad y la conmemoración a las víctimas, son ámbitos propicios donde inscribir la memoria.

Figuras 12 y 13: Imágenes de la antigua tapia



Fuente: archivo personal

Se realizó una entrevista en profundidad semiestructurada, mediante la que se buscó acceder al discurso de una actora social y política que participó en el reclamo judicial presentado por el retiro de las placas en el lugar. Resultando adecuada esta metodología para el caso en tanto las entrevistas en profundidad constituyen un proceso comunicativo por el cual se extrae información contenida en la biografía del entrevistado, relacionada con acontecimientos vividos por él, es decir que ha sido experimentada e interpretada por la persona⁵⁷.

En cuanto a la unidad de análisis, la informante fue seleccionada mediante la técnica de muestra de casos sumamente importantes para el problema analizado⁵⁸, focalizando en su trayectoria tanto relevante como actual en el campo de estudio como así también la accesibilidad y posibilidad de contacto. La informante desarrolla su labor en la temática hace más de siete años tanto en Memoria Histórica del PSOE-Madrid como también en la Asociación Memorialista AMRO, manifestó que su implicancia fue en crecimiento "en la consecución de la

⁵⁷ Alberto Marradi, Nélda Archenti y Juan Ignacio Piovani, *Metodología de las ciencias sociales* (Emecé Editores 2007).

⁵⁸ Roberto Hernández Sampieri, Carlos Fernández Collao y Pilar Baptista Lucio, *Metodología de la investigación* (McGraw-Hill Interamericana 2006).

reparación de los miles de casos que aún tenemos pendientes en España”.

En relación a sus percepciones respecto del estado del debate sobre los lugares de memoria en Madrid y su reconocimiento en el espacio público, destaca que:

“en la actualidad en Madrid hay dos debates abiertos. Uno político, y absolutamente partidista, donde por parte del partido del gobierno regional y local, pretenden eliminar todo tipo de simbología relacionada con la memoria democrática, y lo que es más importante el incumplimiento de la propia ley de Memoria Histórica de manera sistemática y premeditada, menospreciando a los miles de madrileños y madrileñas que aún se encuentran desaparecidos o sin un reconocimiento expreso (...) Lamentablemente en Madrid el reconocimiento a la memoria democrática y a los lugares de memoria, brilla por su ausencia. Por otro lado se encuentra el debate dentro del ámbito asociativo. En este punto las asociaciones cuentan con el apoyo de partidos de izquierdas como el PSOE, para no dejar que la derecha acabe con el recuerdo de una dictadura que tanto daño hizo en Madrid. La elaboración de un catálogo de vestigios por parte del Ayuntamiento de Madrid, en el mandato pasado, nos dejó una base de debate y discusión acerca de los lugares de memoria y su posible resignificación”.

Respecto de la importancia de las inscripciones espaciales de la memoria para la comunidad local en términos de derechos, la entrevistada refirió que los espacios “tendrán un valor más moral y de reparación que legal, ya que son lugares de reconocimiento y recuerdo de aquellos que sufrieron persecución, violencia, vejación, o privación de libertad por defender las libertades y la democracia”.

Finalmente, en virtud de la presentación de la denuncia realizada por la AMRO por el retiro de las placas del cementerio de La Almudena, se le consultó sobre las repercusiones del incidente dada su participación:

“Desde AMRO presentamos el caso a la fiscalía y al Tribunal de Cuentas, porque entendíamos que el procedimiento podría incurrir en presuntos casos de malversación de caudales públicos, ya que dicho memorial, había costado a las arcas madrileñas cerca de 300.000€. El memorial, ya estaba construido y la alternativa del gobierno municipal de Almeida fue su destrucción. El procedimiento fue archivado 1 año después, aproximadamente. Desde entonces, diferentes asociaciones memorialistas, organizan actos de recuerdo y reconocimientos, donde hoy están los escombros de lo que queda del memorial. Ellas mismas presentaron diferentes escritos de rechazo a su destrucción y no pierden la esperanza de que se vuelvan a poner los nombres de las víctimas, borradas por segunda vez de nuestra historia”.

5.- CONCLUSIONES

La teoría crítica de los derechos humanos asumida en la investigación apoyó el análisis del derecho a la memoria y el derecho a la ciudad como producto de las luchas sociales en busca de la dignidad humana, la emancipación y con una perspectiva adoptada desde las víctimas de las graves violaciones a los derechos humanos

que permite su visibilización, por lo que actúa como reparación pero también contribuye en la promoción de los derechos humanos en la actualidad bajo la premisa de 'no repetición'.

Desde una dimensión jurídica basada en un enfoque de derechos y con perspectiva espacial se concluyó que ambos derechos humanos se encuentran interrelacionados y son interdependientes. El derecho a representar el pasado en el espacio público que tiene la ciudadanía puede considerarse como parte del derecho a la ciudad, en tanto las ciudades tienen 'heridas' provocadas por los pasados dictatoriales que hacen necesaria la recuperación y construcción de la memoria colectiva de lo ocurrido para afianzar la democracia en los procesos de justicia transicional.

Específicamente se tomaron las inscripciones espaciales de la memoria en la ciudad como punto de contacto entre el derecho a la memoria y el derecho a la ciudad para el análisis, en tanto ellas no sólo actúan como soporte de la memoria colectiva en las ciudades sino que también resultan ser espacios favorables donde pueden concebirse alternativas de una sociedad más justa y equitativa en términos de Derechos Humanos, colaborando en los procesos de democratización de la ciudad.

La apropiación y resignificación de espacios y lugares permiten articular políticas públicas de memoria que no están exentas del debate, pero que permiten la reflexión, la construcción de una ciudadanía respetuosa de los derechos humanos y el fortalecimiento de los pilares democráticos. Rescatar lo ocurrido en sitios específicos de la ciudad mediante su señalización o incluso refuncionalización, son políticas que contribuyen a reparar simbólicamente a las víctimas y a la sociedad en su conjunto.

El derecho a la ciudad incluye no sólo derechos sociales y la redistribución de bienes y servicios públicos, sino que también implica reconocer la participación en la producción del espacio público de la ciudad. De esta manera, el espacio público puede ser apropiado por los sujetos para inscribir la memoria social. Ésta memoria es parte constitutiva de la identidad del grupo, construye un sentido de comunidad, lazos compartidos y permite establecer un sentimiento de pertenencia en relación al espacio en el que se inscribe.

En relación al caso de estudio seleccionado, lo cierto es que en la ciudad de Madrid no se han recuperado sus lugares de memoria y menos aún se ha logrado inscribir la memoria democrática en el espacio público. Es así que no se cumple con los estándares internacionales ni regionales de derechos humanos en la materia como tampoco con lo que dispuso -aunque con limitaciones- la Ley de Memoria Histórica nº 52/2007.

Si bien la ley hace referencia a la supresión de determinados símbolos y monumentos del espacio público en su artículo 15, no se ha concretado la modificación del callejero en la ciudad ante las diferentes dilaciones y oposiciones a lo sugerido por el Comisionado de la Memoria Histórica del Ayuntamiento de Madrid.

Similar suerte corrió la propuesta de lugares de memoria también elaborada por el Comisionado que durante todo el año que cumplió funciones relevó y estableció como se debía inscribir la memoria en quince lugares representativos para recuperar la memoria histórica en la ciudad. Actualmente, los sitios no se encuentran señalizados ni difundidos según el rol que cumplieron en el pasado, sólo se realizan visitas guiadas con cupos limitados a los búnker del Parque El Capricho. Además, se produjo un retroceso en el caso del cementerio del Este al retirar el memorial dedicado a las víctimas sin intentar llegar a un consenso pese a las disidencias que éste acarrea y propició un reclamo judicial llevado adelante por la Asociación Memorialística AMRO que no prosperó.

Ahora bien, el reciente anteproyecto de Ley de Memoria Democrática significa una oportunidad para saldar estas ausencias de políticas públicas y un notorio avance al ampliar su objeto y finalidad a la promoción de la reparación moral y de la recuperación de la memoria colectiva.

En síntesis, los resultados de esta investigación muestran que pese a que las inscripciones espaciales de la memoria garantizan en los procesos de justicia transicional no sólo el derecho a la memoria sino también el derecho a la ciudad, con acciones que parten desde el pasado pero se orientan al presente y al futuro, en la ciudad de Madrid aquellos sitios que son emblemáticos para representar y entender el pasado dictatorial de España continúan siendo “lugares de olvido” como afirmara Javier Rodrigo⁵⁹. Sin embargo, se advierte como oportunidad para terminar con estas deudas no sólo el anteproyecto de Ley de Memoria Democrática sino también la labor y lucha diaria de los actores sociales que pese a las disputas políticas y partidarias que surgen en torno a la memoria, siguen promoviendo la recuperación de la memoria de las víctimas no sólo como reparación sino como derecho de toda la comunidad.

6.- BIBLIOGRAFÍA

- Adorno T, *Epistemología y Ciencias Sociales* (Ediciones Cátedra 2001 [1972]).
- Arias Marín A, 'Teoría crítica y derechos humanos: hacia un concepto crítico de víctima' [2012] 36 *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Jurídicas y Sociales* <<http://redalyc.org/articulo.oa?id=18126450009>> acceso 29 Abril 2021.
- Bettanin C, 'Territorio marcado: memorias sobre la dictadura en la ciudad de Avellaneda' [2017] *Revista de trabajo social* 41.

⁵⁹ Javier Rodrigo, 'Políticas de la memoria, lugares del olvido. Los campos de concentración franquista y la recuperación de la memoria histórica' [2004] en VII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea, Santiago de Compostela.

- Birle P y otros (eds.), *Memorias urbanas en diálogo: Berlín y Buenos Aires* (buenoslibros 2010)
- Bogdan R y Taylor SJ, *Introducción a los Métodos Cualitativos de Investigación* (Paidós 1986).
- Borja J, *Espacio público, ciudad y ciudadanía* (Electa 2001).
- Borja J, *Revolución urbana y derechos ciudadanos* (Editorial Café de las Ciudades 2014).
- Calvento M (Comp.), *Relaciones Internacionales y Actores Locales: dinámicas, estrategias y políticas en el interior de la Provincia de Buenos Aires* (CEIPIL 2020).
- Cruz L, 'La reparación de las víctimas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos' [2010] 12 *Revista Española de Derecho Internacional* 89.
- Dussel E, *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión* (Trotta 2006).
- Flyvbjerg B, 'Cinco malentendidos acerca de la investigación mediante los estudios de caso' [2004] *REIS* 63.
- García Álvarez J, 'Lugares, paisajes y políticas de memoria: una lectura geográfica' [2009] *Boletín de la A.G.E.* 175.
- Gómez Isa F (ed), *El Derecho a la memoria* (Giza Eskubideak 2006).
- Guber R, *La etnografía. Método, campo y reflexividad* (Editorial Norma 2001).
- Halbwachs M, *La memoria colectiva* (Prensas Universitarias de Zaragoza 2004 [1968]).
- Harvey D, *Justicia, naturaleza y geografía de la diferencia* (Traficantes de sueños 2018 [1996]).
- Hernández Sampieri R, Fernández Collado C y Baptista Lucio P, *Metodología de la investigación* (McGraw-Hill Interamericana 2006).
- Herrera Flores J, *La reinención de los derechos humanos* (Atrapasueños 2008).
- Herrera Flores J, *Los derechos humanos como productos culturales* (Catarata 2005).
- Horkheimer M, *Teoría crítica* (Amarrotu 2003 [1974]).
- Huyssen A, *En busca del futuro perdido. Cultura y memoria en tiempos de globalización* (FCE 2001).
- Jelin E, *La lucha por el pasado: Cómo construimos la memoria social* (Siglo Veintiuno Editores 2017).
- Jelin E, *Los trabajos de la memoria* (IEP Instituto de Estudios Peruanos 2012).
- Kuri Pineda E, 'La construcción social de la memoria en el espacio: una aproximación sociológica' [2017] 11 *Revista Península* 9.
- Lefebvre H, *El derecho a la ciudad* (Capitán Swing Libros 2017 [1968]).
- Lefebvre H, *La producción del espacio* (Capitán Swing Libros 2013 [1974]).
- López Guerra L, 'El derecho a la verdad: ¿la emergencia de un nuevo derecho en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos

- Humanos?’ [2018] 22 Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional 11.
- Marradi A, Archenti N y Piovani JI, *Metodología de las ciencias sociales* (Emecé Editores 2007).
- Nora P, *Les lieux de mémoire* (Trilce 2008).
- Rodrigo J, ‘Políticas de la memoria, lugares del olvido. Los campos de concentración franquista y la recuperación de la memoria histórica’ [2004] en VII Congreso de la Asociación de Historia Contemporánea, Santiago de Compostela.
- Schindel E, ‘Memorias barriales y derecho a la ciudad: la recuperación de ex CCD como práctica de resistencia y reconstitución del tejido social’ [2011] Actas del IV Seminario Internacional Políticas de la Memoria, Ampliación del campo de los derechos humanos <http://conti.derhuman.jus.gov.ar/2011/10/mesa_17/schindel_mesa_17.pdf> acceso 29 Abril 2021.
- Till K, ‘Wounded cities: Memory-work and a place-based ethics of care’ [2012] 31 Revista Political Geography 1.
- Vasilachis De Gialdino I (Coord.), *Estrategias de investigación cualitativa* (Editorial Gedisa 2006)
- Wieviorka A, *L’ère du témoin* (Plon 1998).

UN DEBATE INACABADO

El no-positivismo inclusivo de Robert Alexy

AN UNFINISHED ARGUMENT

The inclusive non-positivism by Robert Alexy

Augusto Fernando Carrillo Salgado*

RESUMEN: Este trabajo tiene como objetivo general examinar los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo; postura epistemológica y filosófica desarrollada a través de los años por Robert Alexy. Los métodos empleados son el deductivo, analítico y dialéctico; la principal técnica utilizada ha sido la investigación documental. El presente documento, *grosso modo*, se encuentra dividido en tres apartados. Primero, son explicados los elementos que conforman el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy. Segundo, se explican algunas críticas formuladas a los elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo con base en las ideas de Riccardo Guastini, Juan Antonio García Amado, Joseph Raz, Eugenio Bulygin, Matthias Klatt, Carlos Bernal Pulido; entre otros autores. Por último, en tanto objetivo particular, se expone una reflexión con el propósito de indicar uno de los múltiples caminos que los estudios jurídico-científicos sobre el no-positivismo inclusivo podrían seguir en el porvenir.

ABSTRACT: *This work has as a general aim to examine the elements that constitute inclusive non-positivism; an epistemological and philosophical position proposed by Robert Alexy. The methods used are deductive, analytical, and dialectical; the main technique employed has been documentary research. The present document is divided into three sections. First, the elements that constitute Robert Alexy's inclusive non-positivism are explained. Second, some criticisms formulated to constitutive elements of the inclusive non-positivism are explained according to some ideas of Riccardo Guastini, Juan Antonio García Amado, Joseph Raz, Eugenio Bulygin, Matthias Klatt, Carlos Bernal Pulido, among others. Finally, as a particular objective, a reflection is presented with the purpose of indicating one of the multiple paths that the juridical-scientific studies on the non-inclusive positivism could follow in the future.*

PALABRAS CLAVE: Robert Alexy, no-positivismo inclusivo, reglas y principios, fórmula de Radbruch, derecho y moral.

KEYWORDS: Robert Alexy, non-inclusive positivism, principles and rules, Radbruch's formula, morality and law.

Fecha de recepción: 13/01/2021
Fecha de aceptación: 22/03/2021

doi: <https://doi.org/10.20318/universitas.2021.6194>

* Licenciado y maestro en derecho con mención honorífica por la Facultad de Derecho de la UNAM; especialista como secretario de juzgado por el Instituto de la Judicatura Federal. E-mail: fernando90@comunidad.unam.mx
ORCID-ID: <https://orcid.org/0000-0001-6107-4917>.

1.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NO-POSITIVISMO INCLUSIVO

A través de los años, Robert Alexy ha desarrollado su propuesta filosófica en sus libros: *Teoría de la Argumentación Jurídica*¹, *Teoría de los Derechos Fundamentales*² y *El Concepto y la Validez del Derecho*.³ El autor ha matizado su modelo a través de más de cien artículos que ha publicado en el decurso de los años. En otras palabras, la propuesta de Robert Alexy se encuentra en un proceso de refinamiento constante.⁴ Sería imposible examinar la integridad de su trabajo en unas cuantas líneas; por tanto, en este documento solo se analizará una fracción de él. Por no-positivismo inclusivo se entiende la propuesta epistemológica desarrollada por Robert Alexy cuyos pilares son: 1) las tesis de la separación y conexión, 2) la pretensión de corrección, 3) la fórmula de Radbruch y la idea de injusticia extrema, 4) la distinción entre reglas y principios; 5) la ley de la ponderación y fórmula del peso. Se afirma que el no-positivismo inclusivo es una postura epistemológica porque a través de ella Robert Alexy ha desarrollado otros elementos esenciales de su sistema jurídico-filosófico. Además, el no-positivismo inclusivo ha permitido a otros juristas⁵ proponer sus propios modelos en estrecha relación con las ideas de Alexy.

¹ Véase, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (traducción de Isabel Espejo & Manuel Atienza Rodríguez), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2014) 173-201; su versión original, Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, (Suhrkamp 2001) 233-255.

² Véase, Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1993) 81-114; su versión original, Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, (Suhrkamp 1994); existe una versión en portugués, Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais* (traducción de Afonso da Silva), (Malheiros editores 2008) 85-120.

³ Véase, Robert Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (traducción de Jorge M. Seña), (Gedisa 2004) 26-46; su versión original, Robert Alexy, *Begriff und Geltung des Rechts*, (Verlag Karl Alber 2002); Robert Alexy, *The argument from injustice. A Reply to Legal Positivism*, (traducción de Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), (Clarendon Press-Oxford 2002) 20-68.

⁴ Véase, Matthias Klatt, "La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema", (traducción de Augusto Fernando Carrillo Salgado & Héctor Morales Zúñiga), [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 225.

⁵ Véase, Ariel L. Bendor, "The Judicial Discretion of Justice Aharon Barak", [2011], 47, 2, *Tulsa Law Review*, 465-476; *cfr.*, Aharon Barak, "The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight Against Terrorism", [2003], 58, 125, *University of Miami Law Review*, 136 y ss; sobre las diferencias entre las propuestas de Robert Alexy y Aharon Barak véase, Carlos Bernal Pulido, "Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos

1.1.- Tesis de la separación versus tesis de la conexión

El punto de partida son la tesis de la separación y conexión.⁶ De acuerdo con Robert Alexy, todos los iuspositivistas han defendido la tesis de la separación porque afirman que no existe una conexión necesaria entre el derecho que es y el que debe ser.⁷ En otras palabras, no hay un lazo que vincule necesariamente al derecho y la moral. Alexy identifica como máximo representante de la tesis de la separación a Hans Kelsen quien, alguna vez, afirmó que “cualquier contenido podría ser derecho”.⁸ Por el contrario, todos los no-positivistas defienden la tesis de la conexión porque consideran que existe un vínculo necesario entre la validez de la norma y su mérito moral.⁹ Es decir, los no-positivistas afirman la existencia de una codependencia entre ambas esferas normativas de la conducta humana.

Robert Alexy distingue dos variables del positivismo y tres del no-positivismo.¹⁰ En tanto el positivismo inclusivo admite la posibilidad de una relación contingente entre el derecho y la moral, el positivismo exclusivo rechaza toda conexión (intrínseca o extrínseca) entre ambos dominios normativos. El no-positivismo exclusivo sostiene que cualquier defecto moral derriba la validez de la norma. A su vez, el no-positivismo superinclusivo afirma que, a pesar de la conexión necesaria entre el derecho y la moral, ningún defecto moral destruye la validez de una norma. Esta última postura ha sido representada principalmente por Immanuel Kant.¹¹ El no-positivismo inclusivo, por su parte, sostiene que

fundamentales en el neoconstitucionalismo”, [2016], 9, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, 53 y ss.

⁶ Véase, Robert Alexy, “Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral”, (traducción de Pablo Larrañaga), en Robert Alexy, *Derecho y razón práctica*, (2ª ed., Fontamara 2014) 44-48.

⁷ Véase, Robert Alexy, “Inclusive non-positivism”, [2015], 16, 2, *Joaçaba*, 284.

⁸ *ibidem*, 286; *cfr.*, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (traducción de Roberto J. Vernengo), (16ª ed., Porrúa 2011), 71-82; Hans Kelsen, *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, (11ª ed., Fontamara 2018), 19; Hans Kelsen, *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (2ª ed., Fontamara & Ediciones Coyoacán 2019), 61-63; así como Andreas Kley & Esther Tophinke, “Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre”, [2001], *Heft 2, Juristische Arbeitsblätter*, 171; Miguel Villoro Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la Razón y el Derecho*, (2ª ed., Porrúa 1983), 409-418.

⁹ *idem*.

¹⁰ *ibidem*, 284-285.

¹¹ Véase, Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, (traducción y notas de Adela Cortina Orts & Jesús Conill Sancho), (Tecnos 2008) 37-54 & 221-243; Immanuel Kant, “Fundamentación para una metafísica de las costumbres” (traducción de R. Aramayo), en Immanuel Kant, *Kant*, (Gredos 2010) 11-81; Tetiana Pavlova *et al.*, “Ethics and law in Kant’s views: the principle of complementarity”, [2019], 35, 6, *International Journal*

los defectos morales erosionan la validez del derecho en unos casos y en otros no.¹²

1.2.- Pretensión de corrección

El segundo elemento que nutre al no-positivismo inclusivo es la pretensión de corrección, la cual puede definirse como una exigencia de justicia inherente al derecho, normas y sentencias de un ordenamiento jurídico. La pretensión de corrección es la expresión de la relación necesaria entre el derecho y la moral (tesis de la conexión) porque la validez y eficacia de la norma no son elementos suficientes para que un ordenamiento jurídico sea considerado como tal, pues es necesario, también, un contenido moral mínimo en cada una de las normas y sentencias de los jueces. El jurista afirma que, hasta ahora, la atención de los doctrinarios del derecho se ha centrado sólo en la dimensión fáctica del derecho (coerción), motivo por el cual se ha perdido de vista su aspecto ideal (corrección o justicia).¹³ Cabe destacar que, la pretensión de corrección, cumple con una importante función clasificatoria. Al respecto, Alexy explica:

Los sistemas de normas que no tienen esta pretensión, *implícita o explícitamente, no son sistemas jurídicos*. Por el momento, la teoría de la corrección es de carácter definitorio. *Los sistemas jurídicos que tienen esta pretensión, pero que no la satisfacen, son sistemas defectuosos. En este sentido la teoría de la pretensión es calificativa*. La teoría de la pretensión juega un papel exclusivamente calificativo en el caso de las normas individuales y de las decisiones judiciales. Éstas son jurídicamente defectuosas cuando no tienen, o no satisfacen, la pretensión de corrección.¹⁴

La pretensión de corrección permite clasificar a los sistemas jurídicos (derecho), normas individuales y decisiones jurídicas individuales (sentencias) en legal y moralmente perfectos (justos), legal y moralmente imperfectos (cuando algunas decisiones judiciales individuales y normas son injustas) y legal y moralmente injustos. Dado que los sistemas jurídicos, normas y decisiones individuales justas son prácticamente inexistentes, esta clase de modelos jurídicos solo tienen cabida prácticamente en un plano ideal. En otras palabras, la mayor parte

of Ethics and Systems, 653-662; Laurent de Briey, "La méthode transcendantale dans la morale kantienne", 58, 2, *L'enseignement philosophique*, 27-39.

¹² Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 285-286.

¹³ Robert Alexy, "Legal certainty and correctness", [2015], 28, 4, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 441-444; cfr., Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 61-62.

¹⁴ Véase, Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 62, énfasis añadido.

de los sistemas jurídicos, normas y decisiones individuales, en mayor o menor medida, son imperfectos o, en los casos más extremos, injustos.

Para demostrar la existencia de la pretensión de corrección, Alexy propone dos ejemplos sustentados en lo que denomina, contradicciones performativas. El primero de ellos, es un artículo ficticio de una constitución que prescribiera lo siguiente: "X es una república soberana, federal e *injusta*".¹⁵ El segundo ejemplo que propone es una sentencia dictada por un juez en los términos siguientes: "El acusado es sentenciado equivocadamente -debido a que el derecho positivo fue interpretado incorrectamente- a cadena perpetua".¹⁶ Sobre el particular, Alexy explica:

El juez comete una contradicción performativa y, en ese sentido, un error conceptual. *Una decisión judicial pretende siempre aplicar correctamente el derecho, sin importar qué tan relevante sea el caso.* El contenido del veredicto contradice la pretensión hecha por el acto institucional de enunciar la sentencia.¹⁷

En suma, tanto el artículo de una constitución ficticia como la sentencia injusta permiten a Robert Alexy ilustrar su concepto de pretensión de corrección bajo la idea de las contradicciones performativas. Sería inverosímil que las personas obedecieran el texto de una constitución o acataran los fallos de un juez que fueran injustos porque los seres humanos pretenden obedecer leyes y sentencias justas. La suma de ambos ejemplos permite al jurista de Kiel afirmar que, en realidad, la pretensión de corrección no solo es una exigencia de las normas y sentencias individuales, sino una demanda de justicia para todo el ordenamiento jurídico.

1.3.- Fórmula de Radbruch e injusticia extrema

El tercer elemento que integra el no-positivismo inclusivo es la fórmula de Radbruch y su idea de injusticia extrema. Dicha fórmula, en su versión abreviada prescribe lo siguiente: "La injusticia extrema no es derecho".¹⁸ En la propuesta de Robert Alexy, la fórmula de Radbruch representa la frontera entre el derecho y la moral porque demuestra que la injusticia extrema erosiona la validez jurídica de un sistema normativo,

¹⁵ Robert Alexy, "El no-positivismo incluyente", en Robert Alexy, *La Doble Naturaleza del Derecho*, (Trotta 2016) 77; véase también Robert Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", [2008], 21, 3, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 294.

¹⁶ Robert Alexy, "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", [2000], 13, 2, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*, 140, la traducción es propia; *cfr.*, Alexy, "Sobre las relaciones necesarias entre el derecho y la moral", (No. 6), 65.

¹⁷ *idem*, énfasis añadido.

¹⁸ Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 285.

disposiciones y sentencias.¹⁹ La fórmula fue desarrollada por Gustav Radbruch en dos ensayos de posguerra:²⁰ *Cinco Minutos de Filosofía del Derecho* (1945)²¹ y *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal* (1946).²² La relevancia, así como algunos usos de la fórmula de Radbruch por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, son explicados por Stanley L. Paulson de esta manera:

Radbruch introdujo [...] una fórmula que ha jugado un papel importante en el control de constitucionalidad de la República Federal de Alemania -*primero sobre el estatus de varias normas nazis y, después, en la década de 1990, sobre el estatus de una disposición en el derecho de la frontera de Alemania del este.* [...] “Cinco minutos de Filosofía del Derecho”, apareció por primera vez en septiembre de 1945, solo cuatro meses después de la rendición de la Alemania nazi. El documento cuenta como la primera declaración de Radbruch sobre sus supuestos básicos en filosofía del derecho tras la posguerra. [...] *Estos dos artículos, [Cinco minutos de Filosofía del Derecho y Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal] tomados en su conjunto, parecen ofrecer al lector una imagen clara y justa sobre la posición de posguerra de Radbruch.*²³

Algunos han considerado que la fórmula de Radbruch en realidad son dos fórmulas, la primera corresponde al ensayo de 1945 y la segunda al de 1946. Stanley L. Paulson opina lo contrario, de acuerdo con él, la unidad de ambos ensayos deriva de la consistencia lógico-argumentativa de sus ideas. El siguiente extracto de *Cinco minutos de Filosofía del Derecho*, sería la primera enunciación de la fórmula de Radbruch:

Derecho es voluntad de justicia. Justicia significa: juzgar sin tener en cuenta a la persona, medir a todos con la misma medida. [...] Cuando las leyes niegan conscientemente la voluntad de justicia, por ejemplo, cuando los derechos humanos son arbitrariamente negados, entonces tales leyes carecen de validez,

¹⁹ *idem*.

²⁰ Véase, Stanley L. Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 18.

²¹ Véase, Stanley L. Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch* (traducción e introducción crítica de Alejandro Nava Tovar), (Marcial Pons 2019), 209-212; *cfr.* Augusto Fernando Carrillo Salgado, “Paulson, Stanley, La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de Gustav Radbruch. Marcial Pons, España, 2019, 233 pp.”, [2018], 48, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, 321-323. Véase también Gustav Radbruch, “Five Minutes of Legal Philosophy (1945)” (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson), [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 13-15.

²² *ibidem*, 213-225; véase también Gustav Radbruch, “Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson)”, [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*, 1-11.

²³ Véase, Paulson, “On the Background and Significance of Gustav Radbruch’s Post-War Papers”, (No. 20), 18, la traducción es propia y el énfasis añadido.

entonces el pueblo no está obligado a obedecerlas y los juristas deben encontrar la valentía para negarles el carácter de derecho.”²⁴

Este fragmento de *Arbitrariedad Legal y Derecho Supralegal* corresponde a la segunda enunciación de la fórmula de Radbruch:

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica se resolvió con la primacía del derecho positivo sancionado, aun cuando por su contenido sea injusto e inadecuado para beneficiar al pueblo, *hasta que la contradicción entre seguridad jurídica y la justicia alcance una medida tan intolerable que el derecho, en tanto “derecho injusto”, deba ceder a la justicia. [...] donde no hay siquiera una aspiración de justicia, donde la igualdad, la cual integra el núcleo de la justicia, fue negada conscientemente en beneficio de la regulación del derecho, allí la ley no es solo “derecho injusto”, sino que carece por completo de la naturaleza del derecho.*²⁵

La fórmula de Radbruch ha permitido a Robert Alexy discurrir en sentido contrario el camino recorrido por Hans Kelsen en su ensayo *¿Qué es Justicia?* En efecto, el profesor de Kiel está consciente de la imposibilidad para proporcionar un concepto de justicia absoluto, válido para todas las épocas y sistemas normativos del mundo.²⁶ Por tanto, coloca la fórmula de Radbruch como un elemento central de su propuesta porque considera que la injusticia extrema sí podría ser conocida objetivamente por el ser humano.²⁷

1.4.- Distinción entre reglas y principios

La tesis de la conexión y la fórmula de Radbruch, muestran la relación entre el derecho y la moral; así como las consecuencias prácticas de este vínculo. Ambos conceptos también permiten explicar la existencia de los juicios de valor.²⁸ En ocasiones, los jueces son incapaces de

²⁴ Paulson, *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch*, (No. 21), 210, énfasis añadido.

²⁵ *ibidem*, p. 220, énfasis añadido.

²⁶ Véase, Hans Kelsen, *¿Qué es Justicia?* (traducción de Albert Calsamiglia), (Planeta-Agostini 1993), 35-63; *cfr.*, Villoro Toranzo, (No. 8), 413.

²⁷ Véase Alexy, “Inclusive non-positivism”, (No. 7), 289.

²⁸ La conexión necesaria entre el derecho y la moral permite admitir la existencia de juicios de valor. Generalmente, estos entrañan una encrucijada: o se cumple con el texto de la ley o se invocan valores morales para dirimir un conflicto. *Contrario sensu*, la tesis de la separación en su versión más extrema, positivismo exclusivo, impide aceptar la existencia de un juicio de valor. Si el derecho y la moral no se encuentran necesariamente vinculados, ¿cómo explicar que un juez debe recurrir en ocasiones a los juicios de valor para resolver una disputa? Desde la perspectiva del positivismo exclusivo, no existen lagunas en el derecho porque cada conflicto puede ser resuelto, sea por el silogismo jurídico, algún método de interpretación o máxima general del propio derecho.

resolver las controversias que se les presentan por medio del silogismo jurídico o subsunción, debido a la presencia de dilemas morales.²⁹

La distinción conceptual entre reglas y principios permite a Robert Alexy proponer un sistema de herramientas³⁰ cuya finalidad es, precisamente, resolver racionalmente aquellos dilemas. Tanto las reglas como los principios son normas jurídicas. Empero, mientras aquellas se aplican de la forma todo-o-nada; el cumplimiento de estas es gradual porque es necesario estudiar las circunstancias y necesidades fáctico-jurídicas del caso concreto para determinar el alcance de su cumplimiento. Los principios son mandatos de optimización porque la medida ordenada de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también jurídicas.³¹

Los principios poseen una característica que no está presente en las reglas: poseen un peso.³² Esta cualidad permite “inclinarse la balanza” hacia un lado o hacia el otro cuando se encuentran en conflicto. De acuerdo con el propio Robert Alexy, su teoría es una variable débil porque es imposible establecer un catálogo por medio del cual se describan todas las relaciones de prioridad entre los principios normativos, ya que estos se aplican de manera gradual atendiendo a las circunstancias de cada caso particular.³³ Por el contrario, una teoría de los principios fuerte sólo sería posible si pudieran establecerse de antemano todas las relaciones posibles entre cada uno de ellos. Desde luego, esta idea es inviable porque implicaría prever de antemano todas las controversias presentes y futuras que entrañen un dilema moral.³⁴

Los instrumentos que permiten resolver los conflictos entre reglas y la colisión de principios son distintos. Por una parte, los conflictos entre reglas pueden ser resueltos a través de diferentes cánones jurídicos; como son el silogismo judicial o subsunción, máximas del derecho o métodos de interpretación tradicionales. Cuando dos reglas chocan, una de ellas cede frente a la otra.³⁵

Los conflictos entre principios (colisiones) no pueden resolverse a través de los cánones indicados porque poseen un peso. Cuando colisionan, uno de ellos cede temporalmente frente al otro sin que signifique la pérdida de su fuerza normativa para resolver casos futuros.³⁶

²⁹ Véase, Alexy, “On the Concept and the Nature of Law”, (No. 15), 283.

³⁰ La ley de la ponderación y fórmula del peso serán explicadas en el apartado siguiente.

³¹ Véase, Robert Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, [1988], 5, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 141; cfr., Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (traducción de Marta Guastavino), (2ª ed., Ariel 1989), 61-145.

³² Véase, Alexy, *Derecho y razón práctica*, (No. 6), 10.

³³ Véase, Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, (No. 31), 145.

³⁴ *ibidem*, 146.

³⁵ Véase, Alexy, *Derecho y razón práctica*, (No. 6), 11-13.

³⁶ Véase, Alexy, “Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica”, (No. 31), 147.

En la columna izquierda de la siguiente tabla son subrayadas las características principales de las reglas, mientras que en la derecha los rasgos elementales de los principios:

Diferencias entre reglas y principios de acuerdo con Robert Alexy	
Reglas	Principios
Las reglas son normas se aplican en la forma <i>todo-o-nada</i>	Los principios son normas que poseen un peso
Una regla cede frente a otra definitivamente en caso de conflicto	Un principio cede frente a otro de manera gradual y temporal
Las reglas forman parte de todo el ordenamiento jurídico	Los principios, por lo general, se encuentran en el texto de la constitución (parte orgánica)
Un conflicto entre reglas se dirime a través del silogismo judicial, máximas del derecho o métodos de interpretación	La colisión entre dos principios es resuelta a través de la ponderación
Fuente: Elaboración propia	

Los principios normativos, derechos fundamentales y derechos humanos constituyen una unidad en la propuesta de Robert Alexy porque los derechos humanos son fundamentales y éstos, a su vez, son principios.³⁷ En ese sentido, el jurista de Kiel ha señalado que “los derechos humanos son derechos (1) universales, (2) *fundamentales*, (3) abstractos, (4) morales y (5) prioritarios.”³⁸ Cabe destacar que, en consonancia con la tesis de la conexión y pretensión de corrección, Alexy sustenta los derechos humanos en la moral y dominios de la metafísica.³⁹

1.5.- Ley de la ponderación y fórmula del peso

La colisión entre principios es resuelta mediante la ley de la ponderación; así como por la fórmula del peso. La primera, es un máxima enunciada por Alexy en los siguientes términos: “[c]uanto mayor sea el grado de la falta de satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro.”⁴⁰ La ley

³⁷ Véase, Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, (No. 2), 81 y ss.

³⁸ Robert Alexy, “¿Derechos humanos sin metafísica?”, [2007], 30, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 239, énfasis añadido.

³⁹ *ibidem*, 245 y ss.

⁴⁰ Robert Alexy, “La fórmula del peso (traducción de Carlos Bernal Pulido)”, en Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2008), 15.

de la ponderación armoniza y condensa los tres subprincipios del test de proporcionalidad empleado por el *Bundesverfassungsgericht*: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.⁴¹ Alexy explica el funcionamiento práctico de la ley de la ponderación en los términos siguientes:

La ley de la ponderación permite reconocer que la ponderación puede dividirse en tres pasos. En el primer paso es preciso *definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios*. Luego, en un segundo paso, *se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario*. Finalmente, en un tercer paso, *debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la restricción o la no satisfacción del otro*.⁴²

Alexy propone una escala triádica para calcular o gravar el grado de la no satisfacción de unos de los principios, así como la relevancia de la satisfacción del principio contrario. De acuerdo con el autor, tanto el grado de no satisfacción (intervención) como la relevancia de satisfacción (necesidad e idoneidad en la prueba de proporcionalidad del *Bundesverfassungsgericht*) de los principios pueden calcularse en: leve (l), media (m) o grave (g).⁴³ La escala triádica muestra que la intervención en un derecho y la satisfacción del otro son fuerzas paralelas. Luego entonces, se estaría ante lo injusto si la satisfacción de un derecho fuera poco relevante y la intervención del principio contrario elevada. La tabla siguiente tiene como propósito ilustrar la correlación entre la ley de la ponderación y escala triádica. La parte superior representa la importancia o necesidad de satisfacer un principio, la parte inferior la gravedad en la intervención o restricción del principio contrario:

Ley de la ponderación en relación con la escala triádica de Alexy		
Leve	Medio	Fuerte
Leve	Medio	Fuerte
Fuente: Elaboración propia		

⁴¹ *idem*.

⁴² *ibidem*, 16, énfasis añadido.

⁴³ *ibidem*, 22; *cfr.*, Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica*, (No. 1), 357.

La fórmula del peso es una suerte de ecuación matemática cuya finalidad es mostrar la correlación entre los pesos de los principios que se encuentran en pugna.⁴⁴ Dados los objetivos de este documento;⁴⁵ así como las excelentes explicaciones realizadas por otros autores⁴⁶ sobre el particular,⁴⁷ basta mencionar aquí que la fórmula del peso -en su estructura más depurada- se integra por cuatro variables: Im, In, Pe, Fi.⁴⁸ En donde Im corresponde a la importancia o idoneidad de satisfacción de un derecho, In a la interferencia sobre el otro, Pe es el peso de abstracto de cada uno de los principios y Fi la fiabilidad de cada uno de ellos.

2.- ALGUNAS CRÍTICAS A LOS ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL NO-POSITIVISMO INCLUSIVO

El no-positivismo inclusivo no se encuentra exento de misterios, contradicciones y falacias. Diversos autores han realizado críticas a los elementos esenciales del modelo epistemológico del jurista de Kiel. En las líneas siguientes se explican en forma condensada las principales observaciones que se han hecho a los pilares del no-positivismo inclusivo para mostrar con claridad al lector las debilidades insoslayables de la propuesta del jurista de Kiel y, así, estar en condiciones de indicar o proponer en la última parte de este trabajo un camino que los estudios del no-positivismo inclusivo podrían seguir en años venideros.

2.1.- Comprensión errónea sobre la tesis de la separación

Como se indicó en el apartado anterior de este documento, Alexy sostiene: "Todos los positivistas defienden la tesis de la separación. En su forma más general, afirma que no existe una conexión necesaria entre el derecho que es y el derecho que debe ser."⁴⁹ También identifica a Kelsen como el principal representante de la tesis de la separación e inclusive considera que "Hans Kelsen ha argüido contra el no-positivismo que [éste] presupone "una moral absoluta", es decir, una moral que es válida

⁴⁴ *ibidem*, 30.

⁴⁵ Véase en este mismo documento el párrafo 1.

⁴⁶ Véase, Carlos Bernal Pulido, "Estructura y límites de la ponderación", [2003], 26, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 229 y ss.

⁴⁷ Véase, Robert Alexy, "La fórmula del peso", (No. 40), 30 y ss.

⁴⁸ *cfr.*, Alejandro Nava Tovar, *La Institucionalización de la Razón. La Filosofía del Derecho de Robert Alexy*, (Anthropos 2015), 183 y ss.

⁴⁹ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284, la traducción es propia y el énfasis añadido; *cfr.*, Klatt, (No. 4), 284; Alexy, "El no-positivismo incluyente", (No. 15), 73; Alexy, "On the Concept and the Nature of Law", (No. 15), 284 y ss.

en cualquier lugar y todo tiempo”.⁵⁰ Ambas ideas entrañan los siguientes bemoles: la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” es general y ambigua, la interpretación sobre la obra de Hans Kelsen es parcial; su afirmación sobre el pensamiento de Kelsen conduce a un estéril revisionismo histórico.

2.1.1.- La tesis de la separación es general y ambigua

La generalidad y ambigüedad de la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” da cabida a múltiples casos de excepción. Al existir uno o más casos de excepción, deviene falsa. En ese sentido, es posible sostener que Robert Alexy incurre en una falacia de generalización precipitada. Durante los siglos XIX y XX aparecieron un gran número de posturas iuspositivistas, tanto en Europa como en el resto de los continentes, muchas de las cuales reconocían la existencia de un vínculo entre el derecho y la moral en diferentes formas y grados.⁵¹ Si eso no fuera cierto, ¿por qué Hans Kelsen consideró necesario desvincular metodológicamente el derecho de la moral en su *Teoría Pura del Derecho?* (primera y segunda versión).⁵²

Con el objetivo de crear una ciencia jurídica libre de cualquier sincretismo metodológico, Hans Kelsen se enfrentó a una multiplicidad de académicos cuyas posturas teóricas entrelazaban la moral y el derecho para alcanzar los propósitos personales más diversos. En ese sentido, uno de los méritos del jurista austriaco fue, precisamente, exponer ambas esferas normativas de la conducta humana en su forma más pura desde un punto de vista conceptual.⁵³

Bajo esta perspectiva, la afirmación “todos los positivistas defienden la tesis de la separación” de Robert Alexy aglutina en una masa amorfa todas las propuestas teóricas de los iuspositivistas que precedieron al jurista de Kiel y enmascara un ataque directo a un iuspositivista que sí defendía una tesis de la separación: Hans Kelsen. Por una parte, el argumento de Robert Alexy es reduccionista porque no todos los iuspositivistas (cuando menos de Alemania) defienden la tesis de la separación. En efecto, no es el mismo positivismo el de Kelsen que el de Schmitt.

Como se sabe ampliamente, Carl Schmitt reconocía el armazón institucional del positivismo jurídico; sin embargo, también afirmaba que el derecho era debilitado por los perniciosos valores de la moral

⁵⁰ *ibidem*, 287.

⁵¹ Véase, Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX* (traducción de José F. Lorca Navarrete), (Pirámide 1996), 133-162.

⁵² Véase, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 15-16 & 71-82.

⁵³ Véase, Andreas Kley & Esther Tophinke, (No. 8), 170 y ss.

burguesa.⁵⁴ Es decir, de acuerdo con este jurista alemán, el derecho positivo estaba contaminado por una serie de valores que él no compartía porque mermaban el espíritu y fuerza del derecho germano. Inclusive pugnaba por la construcción de un nuevo derecho fuera de los sincretismos metodológicos del iuspositivismo burgués vigente en su tiempo.⁵⁵

Si bien es cierto, tras la aparición de la *Teoría Pura del Derecho*, una buena parte de los defensores del iuspositivismo han sostenido que no existe una relación necesaria entre el derecho y moral, esta disociación solo tiene cabida en el plano conceptual, de ahí que esos mismos iuspositivistas, como Coleman,⁵⁶ Hart⁵⁷ o Raz⁵⁸, reconozcan la existencia de una compleja interrelación entre ambas esferas normativas de la conducta humana desde enfoques distintos y traten, precisamente, de proponer respuestas a los problemas que entrañan esos vínculos. Sobre la diversidad de posturas iuspositivistas e inexistencia de la tesis de la separación de la manera que es planteada por Alexy, Joseph Raz explica lo siguiente:

Estas reflexiones permiten explicar por qué no me estoy refiriendo al "positivismo jurídico", sino a "teorías en la tradición positivista". Las teorías pertenecen a una tradición por su marco de referencia, sentido de lo que es problemático y lo que no lo es; así como por características históricas similares, lo que no presupone que todas ellas comparten un *credo central*.⁵⁹

Por si lo anterior no bastara, el propio Alexy incurre en contradicciones, una de ella es patente por medio del siguiente ejemplo: "el positivismo inclusivo, como es defendido, por ejemplo, por Jules Coleman, dice que la moral no está ni necesariamente excluida ni incluida. La inclusión es una cuestión contingente o convencional conectada con aquello que el derecho positivo dice en la realidad".⁶⁰ Primero afirma que

⁵⁴ Véase, Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores* (traducción de Sebastián Abad), (Hydra 2009), 91 y ss; Carl Schmitt, *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala), (Alianza 1996), 58-62, 108-114, 137-148 & 201-220.

⁵⁵ Véase, Antonio Manuel Peña Freire, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 62,67,64,65, en ese orden.

⁵⁶ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284.

⁵⁷ *cfr.*, HLA Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro R. Carrió), (Depalma 1962), 1-64; HLA Hart, *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió), (Abeledo-Perrot 1998), 193-228.

⁵⁸ *cfr.*, Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), (ediciones Coyoacán 2011), 189-205.

⁵⁹ Véase, Joseph Raz, "The Argument from Justice. Or How not to reply to legal positivism", en George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, (Hart Publishing, 2007), 7, traducción propia y énfasis añadido.

⁶⁰ Véase, Alexy, "Inclusive non-positivism", (No. 7), 284.

todos los iuspositivistas defienden la tesis de la separación.⁶¹ Posteriormente, revira y precisa que, dentro del positivismo, existen variables que admiten vínculos contingentes entre el derecho y moral (positivismo inclusivo).⁶² Ese razonamiento contraviene el principio básico de la lógica formal de no-contradicción. No es lógico que todos los iuspositivistas sostengan la tesis de la separación, pero luego reconozca que existen casos de excepción. No es coherente que algo sea y no sea al mismo tiempo. De acuerdo con el ejemplo citado: o no todos los iuspositivistas sostienen la tesis de la separación (inexistencia), o Jules Coleman no es positivista.

La tesis de la separación, tal y como ha sido anunciada por Alexy, es una falacia compleja y está situada entre los campos de las falacias de inducción deficiente (generalización precipitada) y presuposición (petición de principio).⁶³ En tanto inducción deficiente, opera cuando menos en dos formas. La primera versión sería: 1) todos los iuspositivistas sostienen la tesis de la separación; 2) A, B y C son iuspositivistas; 3) por tanto A, B y C sostienen la tesis de la separación. El razonamiento deviene falso si un iuspositivista no sostiene la tesis de la separación, como Schmitt. Una segunda versión del razonamiento de Alexy sería la siguiente: 1) todos los iuspositivistas niegan la existencia de una relación entre el derecho y moral, 2) A, B y C, son iuspositivistas, 3) por tanto A, B y C niegan la existencia de una relación entre el derecho y la moral. ¿Qué sucede si A, por ejemplo, sólo niega la existencia de una relación entre el derecho y la moral desde una aproximación conceptual pero no sucede lo mismo desde otros acercamientos de su propuesta teórica? El silogismo deviene falso.

En tanto petición de principio, introduce la consecuencia en la causa. Para demostrar que todos los iuspositivistas niegan la existencia de una relación entre el derecho y la moral, coloca dicha afirmación al inicio de su oración. Un ejemplo contrario puede evidenciar la forma en que funciona su razonamiento: 1) todos los iusnaturalistas afirman la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral, 2) Robert Alexy afirma la existencia de una relación necesaria entre el derecho y la moral, 3) por tanto, Robert Alexy es iusnaturalista. Formalmente el razonamiento es adecuado, sin embargo, materialmente es falso porque el jurista de Kiel no se autoproclama como iusnaturalista, sino que se etiqueta como no-positivista inclusivo porque considera necesarios para su propuesta algunos principios básicos del derecho positivo.

⁶¹ *idem.*

⁶² *idem.*

⁶³ Véase, Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (traducción de Edgar Antonio González Ruíz & Pedro Chávez Calderón), (2ª ed., Limusa 2013), 150-151; Alejandro Herrera Ibáñez & José Alfredo Torres, *Falacias*, (editorial Torres Asociados 1994) 50-58.

2.1.2.- La interpretación de la obra de Kelsen es parcial

La afirmación “Kelsen es el principal representante de la tesis de la separación” es parcial. Kelsen no es el representante de la tesis de la separación en sentido alexyano, porque esta tesis es falsa. Sin embargo, sí es el principal expositor de *una* tesis de la separación. Si bien es cierto Hans Kelsen defiende una tesis de la separación, dicha tesis solo es válida en el enfoque 1) metodológico o conceptual de su obra⁶⁴ porque existen otras dos aproximaciones a su trabajo donde reconoce y estudia los complejos vínculos entre el derecho y la moral. Estos enfoques son el: 2) deontológico y 3) ontológico.

En el enfoque deontológico, Kelsen reconoce que el derecho puede ser examinado valorativamente. Sin embargo, también sostiene que los juicios de valor que se hagan sobre el derecho, en su totalidad o cualquiera de sus instituciones particulares, jamás tendrán un carácter universal. Por el contrario, siempre serán contingentes o válidos para un tiempo y lugar determinados debido a que están condicionados por el sujeto que valora. Tanto su ensayo, *¿Qué es Justicia?*,⁶⁵ como *La Idea del Derecho Natural*,⁶⁶ son una muestra representativa del enfoque deontológico de la obra de Hans Kelsen el cual es, por supuesto, mucho más extenso y complejo.⁶⁷

También existe una aproximación ontológica, fenomenológica o real. La dimensión real del derecho se compone por otros dos vértices: 1) aquél de la creación del derecho y 2) el de la aplicación de la norma. Por una parte, la interrelación entre el derecho y la moral tiene cabida durante la creación de las normas en dos sentidos: 1) por los intereses políticos en pugna y 2) por los valores que pretenden proteger las normas.⁶⁸ Por otra parte, Hans Kelsen está consciente de la presencia de los dilemas morales en la impartición de justicia debido a la oscuridad terminológica de algunas normas, así como por las lagunas del derecho. El jurista austriaco teme estos juicios de valor porque descansan fundamentalmente en argumentos emotivos e irracionales. Para evitar

⁶⁴ Véase, Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 71-82; Matteo Bonomi, “L’etica del positivismo giuridico. Dover e responsabilità nella Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen”, [2014], 2, *Lessico di etica pubblica*, 104-111.

⁶⁵ Véase, Hans Kelsen, “¿Qué es Justicia?”, (No. 26), 35-63.

⁶⁶ Véase, Hans Kelsen, *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos* (traducción de Francisco Ayala), (ediciones Coyoacán 2010), 11-42.

⁶⁷ José Antonio Sendín Mateos, *La Filosofía Moral de Hans Kelsen*, (Marcial Pons 2017), 29-79.

⁶⁸ Véase, Hans Kelsen, *Esencia y Valor de la Democracia*, (2ª ed., ediciones Coyoacán 2019) 30 y ss; Hans Kelsen, *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, (Reclam. Universal-Bibliothek 2019), 76-94; Sara Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, (Name Edizioni 2007) 191-208.

esta clase de fenómenos recomienda la redacción de normas cuidando el lenguaje empleado.⁶⁹

La coexistencia armónica de las aproximaciones 1) metodológica, 2) deontológica y 3) ontológica permite describir la propuesta filosófica de Hans Kelsen como un sistema teórico-práctico donde la relación entre el derecho y la moral no es rechazada ni en la reflexión filosófica ni en la *praxis* jurídica. En otras palabras, de acuerdo con esta interpretación de los postulados de Kelsen, está prohibido recurrir a la moral cuando se analiza científicamente el derecho, pero no se pueden negar los vínculos entre el derecho y la moral en el terreno filosófico o su aplicación práctica. Solo en ese sentido Kelsen podría ser el defensor de *una* tesis de la separación.

2.1.3.- La postura de Alexy conduce a un estéril revisionismo histórico de la obra de Kelsen

El no-positivismo inclusivo es una categoría de análisis desarrollada por Robert Alexy en su libro *El concepto y la validez del derecho* (refinada posteriormente en diversos artículos) cuya primera edición en alemán data del año 1992.⁷⁰ En este libro, el jurista de Kiel define y explica lo que él considera como dos posiciones antagónicas: los iuspositivistas y los no-positivistas.⁷¹ Tras distinguir entre varias especies de ambos géneros, Alexy identifica a Hans Kelsen como el principal representante del positivismo exclusivo. Para sustentar su afirmación cita una de las frases más conocidas del jurista austriaco: “[e]l gran iuspositivista Hans Kelsen resumió esta posición con la fórmula: “Por ello, cualquier contenido puede ser derecho”.⁷² Años más tarde, Robert Alexy agrega: “Hans Kelsen ha argüido contra el no-positivismo que [éste] presupone “una moral absoluta”, es decir, una moral que es válida en cualquier lugar y todo tiempo”.⁷³

El razonamiento de Alexy es falso por cuatro motivos. Primero, la primera edición de *Teoría Pura del Derecho* data de 1934,⁷⁴ en tanto que

⁶⁹ Véase, Hans Kelsen, *La giustizia costituzionale*, (Giuffrè 1981) 171-205; Paolo Carroza, “Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes”, [2019], 67, 1, *Estudios de Deusto*, 52-82; Sara Lagi, “Hans Kelsen and The Austrian Constitutional Court (1918-1929)”, [2012], 9, 16, *Revista coherencia*, 273-288.

⁷⁰ Véase, Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (No. 3), 28 y ss.

⁷¹ *ibidem*, 21-29.

⁷² *ibidem*, 13.

⁷³ Alexy, “Inclusive non-positivism”, (No. 7), 287, énfasis añadido; *cfr.* Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (No. 8), 72-82.

⁷⁴ *ibidem*, 45-52.

la segunda edición⁷⁵ fue publicada en 1960.⁷⁶ En ambos libros, Hans Kelsen no hace ninguna referencia al no-positivismo inclusivo por una razón: esa categoría de análisis no existía en el tiempo en que Hans Kelsen desarrolló su obra pues fue creada por Alexy en 1992. Si ya hubiera sido empleada por Hans Kelsen, ¿por qué Robert Alexy no citó una frase específica en donde el maestro de Viena atacase directamente al no-positivismo inclusivo?

Segundo, si bien es cierto Kelsen afirmó que “cualquier contenido puede ser derecho”; también lo es que esta frase fue elaborada por Hans Kelsen no para atacar a los no-positivistas inclusivos (que no existían), sino para ilustrar su postura: que entre el derecho y la moral no existe una relación conceptual de necesidad. Tercero, Robert Alexy incurre en la falacia de hombre de paja al utilizar algunas afirmaciones de Hans Kelsen, como las citadas, y completarlas con razonamientos suyos. Sería bastante enriquecedor que Robert Alexy citara un par de ideas de Hans Kelsen en donde el jurista austriaco expresare textualmente: “estoy en contra de lo sostenido por los *no-positivistas inclusivos* por las razones *A.B, C, etcétera.*”

Cuarto, es metodológicamente incorrecto evaluar razonamientos del pasado con categorías de análisis contemporáneas. Lo que Alexy está haciendo es crear una categoría de análisis (no-positivismo inclusivo) y aplicarla con efectos retroactivos para examinar los razonamientos de otros autores. La siguiente cita contribuirá a demostrar la falsedad de este debate creado por Robert Alexy:

El problema central de la polémica acerca del concepto de derecho es la relación entre derecho y moral. *A pesar de ser una discusión de más de dos mil años, siguen existiendo dos posiciones básicas: la positivista y la no positivista.*⁷⁷

Si este debate tiene más de dos mil años, ¿por qué Robert Alexy no precisa quiénes son los no-positivistas inclusivos, por ejemplo, del mundo antiguo, edad media e iluminismo? No puede identificar a los expositores de una postura epistemológica inexistente hasta antes de 1992. No existe ningún debate milenario entre iuspositivistas y no-positivistas inclusivos como afirma Robert Alexy. Lo que sí existe, es un debate entre los iusnaturalistas y iuspositivistas.

Bajo la luz de las consideraciones anteriores, no tendría ningún sentido examinar toda la obra de Hans Kelsen para tratar de encontrar argumentos contra una postura epistemológica (no-positivismo inclusivo)

⁷⁵ *ibidem*, pp. 71-82.

⁷⁶ Véase, Mario G. Losano, “La Teoría Pura del Derecho. Del Logicismo al Irracionalismo”, [1985], 2, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 55-85.

⁷⁷ Alexy, *El Concepto y la Validez del Derecho*, (No. 3), 13.

que no existía en el tiempo en que el jurista de Viena desarrolló su pensamiento. Esta clase de revisionismo implicaría un gasto estéril de tiempo, dinero y esfuerzo para buscar ideas en la nada. Por si fuera poco, conduciría a sobre interpretar la obra de Hans Kelsen y deformar su pensamiento a fin de demostrar que él era, efectivamente, un positivista exclusivo que atacaba al no-positivismo inclusivo. Con estas críticas tan débiles, Alexy solo demuestra que sigue siendo un enano sobre los hombros de un gigante.

2.2.- La misteriosa pretensión de corrección del derecho

La pretensión de corrección supone los siguientes inconvenientes: imposibilidad para atribuir esa pretensión a los legisladores, jueces y abogados, concesión de cualidades humanas a objetos inanimados (derecho, normas individuales y sentencias), creación de una voluntad colectiva que pretende, existencia de un juez ideal, imposibilidad de un ideal común de justicia y una función clasificatoria dudosa.

2.2.1.- ¿Quién es el titular de la pretensión de corrección?

Sólo los seres racionales pueden pretender algo porque toda pretensión es el producto de un intelecto. El derecho, las normas individuales y las sentencias no son seres racionales (son objetos inanimados creados por el ser humano), por tanto, no pueden pretender nada. Si no pretenden nada, ¿quién pretende qué? Sobre la enigmática pretensión de corrección y sus posibles pretensores, Juan Antonio García Amado realiza la siguiente reflexión:

Es inevitable la impresión de que la idea de pretensión de corrección [...] es un artefacto teórico inconveniente por enigmático y por inútil. *Enigmático porque no se entiende que un sistema normativo, como tal, pueda pretender nada, y porque hablar de un autor del sistema jurídico que sea el que "pretenda" es suponer una misteriosa entelequia: ¿El poder constituyente? ¿El pueblo? ¿Los legisladores y, si son éstos, cuáles de ellos?* ⁷⁸

¿Quiénes podrían pretender en la práctica? Los legisladores, jueces y abogados. ¿Todos ellos lucharían por el ideal de justicia alexyano? Por lo general, los legisladores son una suerte de mediadores entre diversas fuerzas políticas en pugna. Por si fuera poco, están sujetos a sus propias apetencias políticas las cuales, en no pocas ocasiones, se encuentran

⁷⁸ Juan Antonio García Amado, "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", [septiembre 2014 - febrero 2015], 7, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, 21, énfasis añadido.

reñidas con cualquier ideal de justicia.⁷⁹ Algo similar sucede con algunos juzgadores quienes, aunque paradójico, son capaces de anteponer sus propias aspiraciones judiciales frente a cualquier idealismo. Por cuanto hace a los abogados, son contados aquellos practicantes del derecho que no aceptarían una buena suma de dinero por defender una idea abstracta de justicia. Si los legisladores, jueces y abogados no son los pretensesores de la corrección alexyana, ¿quién lo es?

2.2.2.- Antropomorfismo del derecho

Sin duda alguna, la idea de pretensión de corrección alexyana entraña un antropomorfismo del derecho porque dota al sistema jurídico, normas individuales y sentencias de una racionalidad que les permita pretender.⁸⁰ En ese sentido, el concepto de pretensión de corrección, aunque toral para el modelo de Alexy, supone un retroceso enmascarado para la ciencia jurídica. En efecto, durante los siglos XVIII y XIX, múltiples juristas, al observar el sorprendente desarrollo de las ciencias naturales, trasladaron características del ser humano al estudio del derecho. De esta manera, proponían conceptos como el "espíritu de la norma", los "órganos jurídicos", la "razón de Estado", el "espíritu del pueblo", etcétera.⁸¹ Por supuesto, este antropomorfismo jurídico supuso un error metodológico desvelado y superado por Hans Kelsen gracias a la distinción entre los principios de causalidad e imputación.⁸²

Por si fuera poco, la idea de pretensión de corrección hace a un lado las fuerzas de disociación sociales para sustituirlas por una voluntad metafísica colectiva que pretende un misterioso ideal de justicia y que se manifiesta en el derecho, normas y sentencias. Si bien es cierto los seres humanos que integran una población están unidos por diferentes lazos (económicos, políticos, lingüísticos, religiosos, afectivos, etcétera), no es menos cierto que esos mismos vínculos, paradójicamente, los separan.⁸³ La tesis de la pretensión de corrección no termina de explicar cómo los diferentes intereses de las personas desaparecen de las conciencias

⁷⁹ *cfr.* Max Weber, *El político y el científico* (traducción de Francisco Rubio Llorente), (Alianza 1979) 81-179; Max Weber, *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva* (traducción de José Medina Echavarría *et al.*), (Fondo de Cultura Económica 2002), 193-204.

⁸⁰ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 17.

⁸¹ Véase, Alberto F. Senior, *Sociología*, (16ª ed., Porrúa 2005) 115-122; Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología*, (15ª ed., Porrúa 1977) 437-446; *cfr.* Gustavo Le Bon, *Psicología de las multitudes* (Divulgación 1975), 11-26.

⁸² Véase, Kelsen, *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos*, (No. 66), 11-42.

⁸³ Véase, Soraya Nour Sckell, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'état", [enero - abril 2015], 38, 1, *Trans/Form/Ação*, 60.

individuales para integrar una voluntad metafísica que pretende un ideal de justicia.⁸⁴

La pretensión de corrección deja muchas dudas sin responder. ¿En qué momento se unen todos los intereses particulares para luchar por un indefinido ideal común? ¿Qué misteriosa fuerza mantiene unidos estos intereses a lo largo del tiempo? Si durante algún periodo temporal el género humano llega a compartir un ideal colectivo, esto sucede en momentos excepcionales, como las revoluciones sociales. Sin embargo, dicho ideal colectivo, en tanto transitorio e inestable, siempre termina por diluirse en miles de intereses particulares. La pretensión de corrección y su consecuente voluntad que pretende no son más que quimeras metafísicas⁸⁵ cargadas de un fuerte uso ideológico. Sobre la tendencia a hipostasiar la voluntad de un ser sobrehumano Kelsen explica:

Como ya lo apuntamos, esta es una tendencia típica del pensamiento primitivo; y el pensamiento político ostenta, en gran medida, un carácter de primitividad. *La tendencia a hipostasiar la voluntad de un superindividuo (sic), esto es, de un ser sobrehumano, oculta un propósito ideológico inconfundible.* Este propósito ideológico aparece con mayor claridad cuando la unidad real del Estado es descrita como un "interés colectivo". *En realidad, la población de un Estado hallase dividida en varios grupos de intereses que en mayor o menor medida se contraponen entre sí.*⁸⁶

El uso de una voluntad metafísica que pretende ha sido frecuente a lo largo de la historia. Al ser un concepto vacío, ha sido colmado por un gran número de contenidos: voluntad de Dios, del pueblo, la ley, el Estado, etcétera. El elemento común en cada uno de los casos referidos es su función ideológica, sea para ocultar el poder político de un sector religioso, social o estatal. En el caso de la pretensión de corrección de Alexy, la presuposición de una voluntad metafísica que pretende, permite justificar, en última instancia, la actuación de los jueces.

2.2.3.- El juez ideal alexyano

Esta voluntad metafísica que pretende y que se manifiesta en el derecho bajo el concepto de pretensión de corrección conduce a otro elemento implícito en el no-positivismo inclusivo de Robert Alexy: su juez ideal. Aunque el modelo del jurista de Kiel pretende ser una propuesta de la institucionalización de la razón no está exento de elementos ideales. Al

⁸⁴ *ibidem*, 61.

⁸⁵ *ibidem*, 72.

⁸⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), (3ª ed., UNAM 2014) 220, énfasis añadido.

igual que Ronald Dworkin,⁸⁷ Robert Alexy propone de manera implícita un modelo ideal de juzgador. Al respecto, Juan Antonio García Amado explica lo siguiente:

Al sentar los presupuestos necesariamente asumidos por todo juez y toda sentencia, Alexy no está retratando en verdad cualquier juez posible, sino proponiendo un modelo de juez y, con ello, de práctica jurídica y judicial: el que es acorde con la *pretensión* alexyana de que la moral sea parte integrante del derecho y de que el razonamiento jurídico-práctico esté en sus resultados condicionada por la moral (sic).⁸⁸

El juez ideal alexyano es capaz de conocer, explicar y balancear a través de la ponderación los misteriosos designios de aquella voluntad metafísica que pretende. Sin embargo, la relación entre la pretensión de corrección y el juez ideal alexyano no deja de ser un enigma. Primero, porque supone la existencia de una moral absoluta que la totalidad de operadores jurídicos deberían de seguir (la moral de Alexy). Segundo, debido a que no explica la fuerza que constriñe a los seres humanos a seguir dicha pretensión ni las consecuencias en caso de incumplimiento. ¿Qué fuerzas misteriosas obligarían a las personas a obedecer los mandatos de esa moral? Si esa exigencia fuera real, ¿por qué algunos jueces fallan en contra de la moral alexyana?

2.2.4.- Imposibilidad de un concepto absoluto de justicia

Robert Alexy trata de sustentar su concepto de pretensión de corrección por medio de dos ejemplos (contradicciones performativas): 1) el artículo primero de una constitución en donde una república es caracterizada como injusta y 2) una sentencia dictada con base en una interpretación errónea del derecho.⁸⁹ Ambos ejemplos entrañan una falacia de petición de principio.⁹⁰ Para que fueran ciertos, sería necesario reconocer de antemano que existe un concepto de justicia común a todos los seres humanos que conduce a una relación necesaria entre el derecho y la moral.

La pretensión de corrección solo es válida en tanto sea aceptada bajo las condiciones propuestas por el jurista de Kiel. En efecto, la pretensión de corrección entraña un acuerdo implícito el cual consiste en aceptar previamente que la justicia es el fin último del derecho. En otras

⁸⁷ Véase, Ronald Dworkin, *El Imperio de la Justicia. De la Teoría General del Derecho, la Decisiones e Interpretaciones de los Jueces y de la Integridad Política y Legal como Clave de la Teoría y Práctica* (traducción de Claudia Ferrari), (Gedisa 2012), 267 y ss; Ronald Dworkin, *Law's empire*, (Harvard University Press 1986) 379 y ss.

⁸⁸ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 28.

⁸⁹ Véase, en este mismo documento el apartado 1.2.

⁹⁰ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 15.

palabras, la pretensión de corrección del derecho presupone que todos los miembros de una sociedad tendrían que convenir sobre el concepto de justicia. ¿Realmente las sociedades contemporáneas pueden estar de acuerdo en el significado de un concepto tan abstracto?

Los grupos humanos modernos están compuestos por múltiples subgrupos; verbigracia, feministas (diversas corrientes), obreros, capitalistas, etcétera. Para algunas feministas, el derecho dado es el instrumento que asegura la existencia del patriarcado.⁹¹ Para los obreros, el derecho es el instrumento que asegura la explotación de la clase trabajadora por los burgueses.⁹² Conforme a lo que enarbolan los capitalistas, el derecho limita la libre competencia en el mercado.

Luego entonces, para algunas feministas la pretensión de corrección del derecho consistiría en la construcción de un andamiaje jurídico que asegurara la derrota final del patriarcado. Para los obreros, sería aquella cualidad jurídica que pusiera un límite al poder burgués. Finalmente, para los capitalistas, se traduciría en una serie de normas que aseguraran su irrestricta concurrencia en el mercado. ¿Cómo situar a la pretensión de corrección como un elemento central del derecho cuando es imposible ponerse de acuerdo en su contenido?

2.2.5.- La última pregunta, ¿cuántas disposiciones convierten un orden normativo en injusto?

La última crítica que se hará a la pretensión de corrección versa sobre su función clasificatoria. En líneas superiores se explicó que la pretensión de corrección permite clasificar los sistemas normativos en: legal y moralmente perfectos, legal y moralmente imperfectos y legal y moralmente injustos. El primer supuesto tiene lugar cuando los ordenamientos jurídicos, normas y sentencias son formal y deontológicamente justos. La segunda posibilidad tiene cabida cuando tan solo algunas normas son deontológicamente injustas, aunque formalmente válidas. El último caso corresponde al supuesto que todo el ordenamiento, normas individuales y sentencias sean formal e idealmente injustas.

La posibilidad segunda y tercera son las que causan mayores dudas. ¿Cuántas decisiones y normas individuales deben ser injustas para que se considere que un sistema normativo no satisface la pretensión de corrección? ⁹³ Si el setenta y cinco por ciento de las normas y sentencias son formalmente válidas, pero moralmente injustas, ¿el sistema es completamente injusto o tan solo imperfecto? ¿El cincuenta por ciento de

⁹¹ Véase, Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, (Gallimard 2018) 98-110.

⁹² Véase, Karl Marx & Friedrich Engels, "Manifiesto del Partido Comunista (traducción de J. Muñoz Veiga)", en Karl Marx, *Marx*, (Gredos 2011) 595-604.

⁹³ Véase, Juan Antonio García Amado, (No. 78), 22-23.

las normas y sentencias moralmente injustas bastan para que un ordenamiento en su totalidad sea clasificado como injusto o tan solo imperfecto? ¿Por qué elegir un porcentaje y no otro? Soslayando toda contradicción performativa, ¿de qué manera clasificar un sistema normativo cuya constitución es formalmente injusta pero sus leyes secundarias deontológicamente justas?

La función clasificatoria de la pretensión de corrección entraña mayores problemas que beneficios. Dado que no existe un concepto universal de justicia (ni siquiera al interior de un país), ¿tendría sentido analizar todos los artículos y sentencias de un ordenamiento jurídico para determinar si es justo? La función clasificatoria de la pretensión de corrección exige un esfuerzo sobrehumano. Cientos de excelentes juristas han pasado toda su vida estudiando las instituciones de sus ordenamientos jurídicos sin conocerlos jamás en su totalidad. Ni siquiera los especialistas de una rama del derecho particular serían capaces de hacer un balance general como el que pretende Alexy para determinar si ese campo reducido del derecho es justo, imperfecto o injusto. Por si fuera poco, la idea de una función clasificatoria de la pretensión de corrección es peligrosa porque podría conducir a la destrucción del debate parlamentario, judicial y popular de una democracia. En efecto, no tendría ningún sentido continuar con la discusión pública si en algún punto de la historia los pretensores anunciaran que las normas y sentencias de un ordenamiento son formal y deontológicamente justas.

2.3.- Bemoles de la fórmula de Radbruch

La fórmula de Radbruch conlleva los siguientes inconvenientes: supone un inexistente derecho positivo extremadamente injusto, entraña la aplicación de una medida extraordinaria en tiempos de paz y una falacia de composición y posee consecuencias temporales y espaciales contraproducentes.

2.3.1.- ¿Existía un derecho nacionalsocialista positivo extremadamente injusto?

El presupuesto de la fórmula de Radbruch es un derecho positivo (en cualquier versión) extremadamente injusto. En tal sentido fue empleada por primera vez contra varias determinaciones del régimen nazi. Sin embargo, ¿las disposiciones nazis eran realmente derecho positivo? Sin duda alguna, todas las tradiciones o posturas iuspositivistas comparten ciertos elementos en común: 1) existe una nítida jerarquía normativa, 2) las leyes son creadas a través de un proceso legislativo preestablecido, 3) toda norma es general, abstracta e impersonal, 4) toda disposición debe ser publicada con anterioridad, 5) los casos de

retroactividad deben ser los menos, 6) las leyes no deben modificarse con frecuencia, etcétera.⁹⁴

Aunque sorprendente, el “derecho” nazi se encontraba muy lejos de representar cualquier versión del iuspositivismo. En realidad, estaba compuesto por disposiciones amorfas que daban cuenta de los mandatos dictados por el *Führer* quien se suponía era el representante de una unidad metafísica abstracta compuesta por elementos de la “moral” nacionalsocialista mezclados con diversas teorías estatales.⁹⁵ Estas abigarradas disposiciones han sido llamadas por Kaufmann “positivismo legalista pervertido”.⁹⁶ Antonio Manuel Peña Freire explica: “[n]o parece descabellado presuponer que el derecho nazi fue exhaustivo, riguroso, exigente y opresivo o que fue gestionado por un poder fuertemente jerarquizado y minuciosamente organizado, porque esto es lo que parece corresponder a un régimen autoritario. Sin embargo, ni el gobierno ni el derecho de los nazis tuvieron esos rasgos”.⁹⁷

El derecho nacionalsocialista estaba compuesto por un entramado complejo de disposiciones que desdibujaban los ámbitos competenciales de las autoridades. Los conflictos normativos eran resueltos en función de conexiones personales entre los implicados y ciertas máximas como la “voluntad del Führer”, “las necesidades del pueblo”, “el bienestar común”, “los sanos sentimientos del pueblo”, “la concepción nacionalsocialista del Estado”, etcétera.⁹⁸ El sistema normativo nacionalsocialista era parte del “espíritu alemán” ya que no era un orden jurídico diferenciado y autónomo del *Volk*.⁹⁹

Durante la “vigencia del derecho” nacionalsocialista, proliferó una práctica jurisprudencial que no respetaba el texto de la ley,¹⁰⁰ un derecho secreto (contrario al principio de publicidad) emanado directamente del *Führer* y la aplicación retroactiva de normas sancionatorias¹⁰¹ que sustituyeron los principios de *nulla poena sine lege* y *nullum crimen sine lege* por *nullum crimen sine poena*.¹⁰²

La fórmula de Radbruch, empleada en el sentido alexyano, tiene como objetivo principal el derecho positivo extremadamente injusto; empero, la existencia de cualquier clase de derecho positivo durante el régimen nacionalsocialista es cuestionable. Fuller, citado por Juan Antonio

⁹⁴ Véase, Juan Antonio García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, [1991], *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*, 356.

⁹⁵ *ibidem*, 347.

⁹⁶ *ibidem*, 349.

⁹⁷ Véase, Antonio Manuel Peña Freire, (No. 55), 63.

⁹⁸ *ibidem*, 63-64.

⁹⁹ *ibidem*, 65.

¹⁰⁰ Véase, García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, (No. 94), 354.

¹⁰¹ *ibidem*, 355.

¹⁰² Véase, Antonio Manuel Peña Freire, (No. 55), 66.

García Amado explica: “el derecho nazi no perdió su condición de derecho por la razón principal de su injusticia material, sino por causa de incongruencia estructural, no por el atentado del contenido de sus normas contra principios materiales de justicia, sino contra las condiciones funcionales de posibilidad del derecho, contra su razón de ser, contra las condiciones indispensables para la existencia del derecho”.¹⁰³

En el contexto descrito, habría sido preferible la existencia de ciertas garantías que toda variante del derecho positivo ofrece frente al pragmático derecho nacionalsocialista.¹⁰⁴ Verbigracia, un orden normativo coherente, un proceso legislativo claro, el respeto de los principios de presunción de inocencia y debido proceso, etcétera. ¿Cómo aplicar los efectos de la fórmula de Radbruch a un derecho positivo inexistente? Sigue siendo un misterio.

2.3.2.- Aplicación de una medida extraordinaria en tiempos de paz y falacia de composición

Brian Bix, al estudiar sus componentes y alcances, ha señalado que la fórmula de Radbruch tiende a ser aplicada en momentos extraordinarios y de alta tensión política. Es decir, la fórmula sería una especie de instrumento jurídico de excepción. Los casos más conocidos son los juicios de Núremberg y los procesos en contra de los francotiradores del muro de Berlín durante la reunificación alemana. ¿Por qué motivo un elemento de excepción tendría que emplearse en situaciones ordinarias?¹⁰⁵ De acuerdo con la pretensión de corrección, los ordenamientos jurídicos en tiempos de paz no prescriben mandatos que entrañen una injusticia extrema. Por el contrario, las normas y sentencias individuales persiguen un ideal de justicia. ¿De qué manera se convierte la excepcional fórmula de Radbruch en un elemento central para la impartición de justicia en tiempos de paz? Por una parte, Robert Alexy afirma que las normas y sentencias individuales entrañan una pretensión de corrección (justicia) pero, por la otra, ¿sitúa la fórmula de Radbruch como un instrumento central en la praxis del derecho “por si acaso”?

Brian Bix destaca que el uso de la fórmula de Radbruch es eminentemente judicial,¹⁰⁶ luego entonces, ¿cómo justificar su posición como pieza clave de todo un sistema epistemológico como el no-positivismo inclusivo? En otras palabras, la fórmula de Radbruch es un mandato o prescripción dirigida a los jueces para que inapliquen un derecho considerado extremadamente injusto y no una exigencia teórico-

¹⁰³ Véase, García Amado, “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, (No. 94), 357.

¹⁰⁴ *ibidem*, 348.

¹⁰⁵ Véase, Brian Bix, “Radbruch’s Formula and Conceptual Analysis”, [2011], 56, *The American Journal of Jurisprudence*, 51.

¹⁰⁶ *ibidem*, 52-53.

conceptual aplicable a todos los sistemas filosóficos y jurídicos.¹⁰⁷ El otorgar cualidades a un conjunto a partir de las características de un elemento aislado entraña, sin lugar a duda, una falacia de composición. El que la fórmula de Radbruch constriña a los juzgadores a actuar con justicia no significa que todo un sistema albergue esa misma exigencia.

Por último, Brian Bix destaca que Robert Alexy trata de presentar la fórmula de Radbruch como un criterio novedoso que permite inaplicar ciertas normas o sentencias cuando son extremadamente injustas. No obstante, la propuesta del jurista de Kiel no es del todo original porque ya han existido con anterioridad sistemas que admiten la inaplicación de una norma o sentencia por parte del juzgador cuando considera que son injustas; tal es el caso del sistema judicial americano.¹⁰⁸

2.3.3.- Efectos temporales y espaciales de la fórmula de Radbruch

De acuerdo con Matthias Klatt, la aplicación de la fórmula de Radbruch ha causado acaloradas discusiones en dos sentidos: por sus consecuencias temporales y por sus alcances espaciales. Para ilustrar sus ideas retoma el proceso a los francotiradores del muro de Berlín. Tras el fin de la Segunda Guerra Mundial, el territorio de Alemania fue dividido en dos bloques, una parte fue ocupada por los aliados y la otra por la extinta Unión Soviética. Para evitar que la gente tratara de escapar al territorio de aquellos (República Federal de Alemania), esta (República Democrática Alemana) dispuso un grupo de soldados a lo largo del muro de Berlín a quienes ordenó y permitió tirar a matar cuando alguna persona tratase de cruzar al territorio de la República Democrática Alemana sin autorización.¹⁰⁹ Los francotiradores fueron juzgados y sentenciados con base en la fórmula de Radbruch tras la unificación de Alemania. Si bien es cierto su conducta estaba permitida (disparar a los fugitivos) por el gobierno de la República Democrática Alemana; el tribunal consideró extremadamente injusta y violatoria de derechos humanos esta medida porque fueron ejecutadas varias personas por tan solo ejercer su derecho a migrar.

Las interrogantes que suscitó el proceso a los francotiradores del muro de Berlín fueron las siguientes: ¿cómo dar efectos retroactivos a la fórmula de Radbruch sin contravenir ciertos principios del derecho penal como *nulla poena sine lege* o no irretroactividad de la ley penal en perjuicio de persona alguna? ¿de qué manera aplicar dicha fórmula sobre un territorio cuya competencia originaria no correspondía a la República

¹⁰⁷ *idem*.

¹⁰⁸ *ibidem*, 53.

¹⁰⁹ Véase, Matthias Klatt, "Contemporary Legal Philosophy in Germany", [2007], 93, 4, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*, 534-535.

Federal de Alemania?¹¹⁰ Algunas personas argumentaron que la fórmula fue creada para combatir injusticias extremas y extraordinarias como las cometidas por el régimen nacionalsocialista; razón por la cual, en el caso de los francotiradores, al no alcanzar ese umbral de injusticia, expandía o deformaba sus alcances.¹¹¹

El problema subsiste hasta la fecha. Por ejemplo, si un país sometiera a otro, ¿podrían juzgarse los actos de los tribunales sometidos bajo la fórmula de Radbruch? ¿de qué manera justificar racionalmente la invasión de competencias y vulneración de no irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, así como el principio de *nulla poena sine lege*? Bajo estas circunstancias parece que la fórmula de Radbruch cumple con una función política e ideológica clara: justificar la imposición de un sistema de valores sobre otro bajo el argumento de la injusticia extrema.

Bajo el argumento de la injusticia extrema, Robert Alexy trata de recorrer en sentido inverso el sendero transitado por Hans Kelsen. El jurista de Kiel reconoce la imposibilidad para brindar un concepto absoluto de justicia debido a la subjetividad que lo rodea. Para evitar este obstáculo, coloca la idea de injusticia extrema como uno de los elementos centrales de su propuesta porque considera que sí puede ser analizada en forma objetiva. Pese a la buena intención de Robert Alexy, la idea de injusticia extrema es igual de subjetiva y problemática que el concepto de justicia.

Las causas y consecuencias de un acto sí pueden medirse de forma objetiva por la inteligencia, pero la idea misma de injusticia extrema no. Es posible percibir con los sentidos las lesiones sobre un cuerpo, el menoscabo de un patrimonio, la muerte de una persona, etcétera. En efecto, objetivamente puede determinarse que fueron sustraídos cien millones de dólares de una cuenta bancaria o que una persona fue asesinada con tales o cuales medios. Empero, la calificación de tales actos es un razonamiento subjetivo. Es decir, la calificación de tales actos es una acción emotiva. La idea de injusticia extrema no deja de ser un juicio de valor al igual que el concepto de justicia.

2.4.- Debilidades de la distinción entre reglas y principios

Aunque en apariencia sencillo, la distinción entre reglas y principios no deja de causar los siguientes inconvenientes: en la *praxis* los principios no son fáciles de distinguir, un gran número de reglas pueden convertirse en principios.

¹¹⁰ *ibidem*, 537.

¹¹¹ *ibidem*, 536.

2.4.1.- En la *praxis* los principios no son fáciles de localizar

La mayor parte de las constituciones modernas, como la mexicana, española, americana o alemana, prescriben expresamente cuáles disposiciones son principios (derechos humanos o fundamentales) y cuáles no lo son. Sin embargo, algunos otros ordenamientos no son tan precisos al respecto.¹¹²

El ejemplo más claro para ilustrar la dificultad para identificar un principio se encuentra en las llamadas constituciones difusas o no escritas como la del Reino Unido.¹¹³ Como se sabe, la característica principal de esta clase de constituciones consiste en que sus disposiciones se encuentran diseminadas en diferentes documentos histórica y lógicamente relacionados cuya fuerza vinculante reside en el reconocimiento de su validez por parte de la población y jueces de un país. En esta maraña, ¿cómo estar seguros de que un artículo es un principio y no una regla?

El primer escollo a superar es el concepto mismo de principio; de acuerdo con Riccardo Guastini, tanto los jueces como los académicos no han formulado una definición absoluta sobre el concepto de principio.¹¹⁴ Sin embargo, algunas personas consideran que los principios cuentan con las características siguientes: 1) son normas fundamentales en el sentido que tienden a justificar una pluralidad de reglas, 2) son formulados como normas categóricas; sin condicionante alguna y 3) son razones *prima facie*.¹¹⁵ A pesar de lo anterior, algunas reglas también cuentan con esos mismo rasgos.

Por si fuera poco, cabría preguntarse, ¿un principio puede localizarse fuera del capítulo en donde se prevea expresamente su existencia? Podría ser el caso que, además de reunir las características apuntadas, una regla otorgara una protección más amplia que un principio. Por ejemplo, la constitución de la república X podría diferenciar un catálogo expreso de principios o derechos humanos (parte dogmática) de su parte orgánica. ¿Qué sucedería si una regla de la parte orgánica fuera más benéfica que un principio de la parte dogmática? En este caso podrían los jueces decir que se trata de una excepción. Empero, el riesgo

¹¹² Véase, Riccardo Guastini, "Applicare principi costituzionali", [2017], 1, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 127; véase también Riccardo Guastini, "Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione", 314-317.

Disponible en: <<http://romatrepress.uniroma3.it/wp-content/uploads/2019/05/Principi-costituzionali-identificazione-interpretazione-ponderazione-concretizzazione.pdf>>

¹¹³ *cf.*, Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, (11ª ed., Porrúa 2007) 143 y ss.

¹¹⁴ Véase, Guastini, "Applicare principi costituzionali", (No. 112), 127.

¹¹⁵ *ibidem*, 128.

sigue latente ya que podría acontecer de nueva cuenta que otra regla otorgara una protección más amplia que un principio. ¿Esta clase de situaciones deben resolverse en forma casuística? ¿Qué seguridad otorga eso al justiciable?

Frente a esta clase de situaciones cabrían, cuando menos, tres posibilidades: 1) todas las reglas son principios, 2) todos los principios son reglas o 3) quizá no tiene sentido distinguir entre reglas y principios porque al final ambas son normas sujetas a interpretación. Riccardo Guastini precisa que: “en la práctica jurídica, distinguir entre reglas y principios no depende de un concepto de principio cualquiera, previamente aceptado. Los intérpretes parecen distinguir entre reglas y principios intuitivamente, caso por caso.”¹¹⁶

2.4.2.- Un gran número de reglas pueden convertirse en principios

Robert Alexy afirma, por una parte, que las reglas son normas que se aplican en la forma todo-o-nada. Por la otra, los principios son normas que cuentan con un peso, son mandatos de optimización cuya aplicación depende de las condiciones fácticas y jurídicas de un caso particular; por si fuera poco, los principios se encuentran en el escaño más alto de la jerarquía normativa (constitución). ¿Pueden las reglas comportarse como principios?

El artículo 302 del Código Penal Federal mexicano prescribe: “comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro”. Lo primero que salta a la vista es que esta disposición no se encuentra contemplada en el texto de la constitución. Por si fuera poco, está redactada en forma terminante, o se comete el delito de homicidio o no se comete. En ese sentido, dicha norma está escrita de la forma todo-o-nada. Estas cualidades conducirían a afirmar que, efectivamente, se trata de una regla. Empero, si una persona comete el delito de homicidio en legítima defensa (propia o en favor de un tercero) esta regla puede “comportarse” como principio.

Si un ser humano argumenta que despojó a otra persona de su vida al repeler un ataque real, actual e inminente tendrían que estudiarse los hechos (posibilidades fácticas) a fin de verificar si su comportamiento corresponde o no a la legítima defensa (posibilidades jurídicas). Por si fuera poco, si un juez califica la conducta como legítima defensa, el tipo penal de homicidio no pierde su fuerza vinculante para casos futuros. Si es observado este fenómeno bajo las directrices de los principios, el peso de la “regla” homicidio está cediendo frente al peso del principio presunción de inocencia.

¹¹⁶ Véase, Guastini, “Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione”, (No. 112) 315, la traducción es propia.

La frontera entre las reglas y los principios no es clara. A decir verdad, no parece que exista una diferencia real entre ambas clases de normas por una razón: su adscripción como regla o principio depende de la labor del intérprete. Riccardo Guastini precisa: “[l]a atribución a una norma de este carácter depende de una evaluación, en particular de un juicio de valor en torno a la importancia (relativa) de aquella norma dentro del ordenamiento jurídico”.¹¹⁷ Juan Antonio García Amado comparte la opinión de Guastini al respecto y explica:

[...]: sea del modo que sea, va a ser una valoración del aplicador la que determine la solución del caso; o bien la valoración de cual interpretación es preferible o bien la valoración de cuál fin u objetivo a optimizar ha de cobrar preferencia en el caso. *No es la distinta naturaleza o la diferencia cualitativa entre las reglas y los principios [...]*.¹¹⁸

2.5.- Inconsistencias del método de ponderación

En ocasiones, el método de ponderación (ley de la ponderación y fórmula del peso) ha sido adoptado o “comprendida” como la panacea para todos los casos que entrañan un dilema moral o que adquieren una relevancia a nivel nacional. Sin embargo, dicho método no se encuentra exento de complicaciones. Los principales inconvenientes son: la operación de ponderación en sentido estricto, la concretización del resultado ponderativo.

2.5.1.- Operación de ponderación en sentido estricto

La propuesta de Robert Alexy implica el otorgamiento de cualidades físicas a objetos de la razón. Solo los objetos materiales tienen un peso, los principios no son objetos materiales, por tanto, no pueden tener un peso. Al no tener un peso, los principios no pueden ser ponderados en forma objetiva como pretende el jurista de Kiel.¹¹⁹ En ese sentido, Juan Antonio García Amado esclarece: “[c]uando pesamos normas del tipo que sea o valores o principios [...], no operamos en el campo de los objetos físicos que tengan un peso objetivo y medible, [...] si en verdad [...] pesaran, poco habría que argumentar; y si hay mucho que argumentar

¹¹⁷ Guastini, “Applicare principi costituzionali”, (No. 112), 2.

¹¹⁸ Juan Antonio García Amado, “Principios, Reglas y Otros Misteriosos Pobladores del Mundo Jurídico. Un Análisis (Parcial) de la *Teoría de los Derechos Fundamentales* de Robert Alexy”, en Bonorino Pablo R. (coord.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, (Bubok 2010), 288.

¹¹⁹ Véase, Juan Antonio García Amado, “¿Qué es ponderar? Sobre Implicaciones y Riesgos de la Ponderación”, [2016], 13, *Revista Iberoamericana de Argumentación*, 3.

es porque quien dice que pondera en realidad no pesa sino que valora personalmente.”¹²⁰

De acuerdo con Carlos Bernal Pulido, se han esgrimido tres grandes objeciones en contra del método de la ponderación; su imprecisión, inconmensurabilidad de los principios y ausencia de predictibilidad.¹²¹ Desde la primera postura, la ponderación no es otra cosa que una estructura vacía o retórica que pretende enmascarar un ejercicio de poder por parte de los jueces constitucionales.¹²² La segunda crítica esgrime que la ponderación es irracional porque no pueden compararse dos medidas radicalmente diferentes. No existe una medida común que permita determinar un peso exacto.¹²³ Por último, la ponderación es irracional porque el resultado no puede ser predecible.¹²⁴

Riccardo Guastini explica que, al ponderar, a pesar de los cánones de objetividad propuestos por Alexy, lo que hacen los jueces constitucionales es crear una jerarquía temporal entre dos principios los cuales terminan actuando como reglas. El jurista italiano explica: [p]or estas razones, ponderar dos principios -contrariamente a un modo de ver difuso- no es “reconciliar” o encontrar, entre ellos, un “equilibrio” o una “via media”. [...] El resultado de la ponderación, en el contexto de que se trate, es que un principio es aplicado, mientras que el otro es dejado de lado”.¹²⁵

Si los principios tuvieran un peso, como Alexy afirma, y si el método de la ponderación fuera objetivo, entonces podrían resolverse de la misma forma todos los casos porque sería suficiente sumar y restar pesos para llegar a una solución. La connotación metafórica de “peso” y “ponderación” tampoco es favorable para la propuesta de Robert Alexy porque pesar o ponderar es contrastar de manera subjetiva razones en favor de una postura u otra. El uso metafórico del lenguaje no es negativo, el derecho está compuesto de términos metafóricos; lo reprochable en la teoría de Alexy es la pretensión de objetividad en donde reina la subjetividad. Es decir, presentar un modelo de manera objetiva cuando no deja de ser subjetivo.

2.5.2.- Concretización del resultado ponderativo

El método de la ponderación ha sido presentado y diseminado en algunos países como una herramienta definitiva, capaz de resolver la más

¹²⁰ *ibidem*, 3-5.

¹²¹ Véase, Carlos Bernal Pulido, “The Rationality of Balancing”, [2006], 92, 2, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*, 196-197.

¹²² *idem*.

¹²³ *idem*.

¹²⁴ *ibidem*, 197.

¹²⁵ Guastini, “Applicare principi costituzionali”, (No. 112), 6, traducción propia.

complicada controversia en sede constitucional. Aun cuando el resultado obtenido a través del método de la ponderación pudiera ser excepcionalmente racional, todavía queda un largo camino por recorrer: su concretización.¹²⁶

La transgresión entre esferas competenciales a la que en ocasiones conduce la ponderación hace imposible la materialización de algunas sentencias. Por ejemplo, un fallo puede ordenar la maximización del derecho humano a la salud y prescribir la construcción de un hospital en la región X. Empero, pudiera ser el caso que el Estado de que se trate simplemente no cuente con los recursos necesarios para hacerlo. En consecuencia, dicha sentencia sería una victoria pírrica.

3.- UN DEBATE INACABADO: NO-POSITIVISMO INCLUSIVO (O LA JUSTICIA IMPARTIDA POR EL ORÁCULO DE DELFOS)

Debido a la oscuridad conceptual de algunos elementos del no-positivismo inclusivo, pareciera que la justicia es impartida por el Oráculo de Delfos. Conceptos enigmáticos, justificaciones misteriosas, emotivismos e ideología son algunos elementos distintivos de la propuesta alexyana.

La piedra angular del pensamiento racional-objetivo es el principio de no contradicción: un objeto no puede ser y no ser al mismo tiempo. O se es positivista o se es iusnaturalista. ¿Por qué adoptar una postura contradictoria denominada "intermedia"? La posición de Alexy le permite a su autor emplear elementos del iuspositivismo y iusnaturalismo cuándo y cómo estime conveniente sin comprometerse con ninguna posición. ¿Qué confianza puede producir este posicionamiento epistemológico?

Al examinar críticamente al no-positivismo inclusivo no debe pasar inadvertido el contexto en que se gesta y los fines para los que se emplea. En efecto, algunos elementos de la propuesta alexyana simplemente no encajan o funcionan de manera adecuada con ciertos principios universales del derecho moderno. Verbigracia, prohibición de crear jurados *ad hoc*, invasión de competencias, promulgación de penas a la medida y aplicación de leyes en perjuicio en forma retroactiva.

Se tomarán dos ejemplos estudiados por el propio Robert Alexy para evidenciar algunas contradicciones de su modelo; a saber: los juicios de Núremberg y los procesos contra los francotiradores del muro de Berlín. Desde el lado político, en ambos casos se puede apreciar el triunfo de unas potencias sobre otras: los países aliados sobre los países del Eje, los Estados Unidos de América frente a la extinta Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS). ¿En verdad Robert Alexy se decantó "casualmente" por el bando de los "vencedores"?

¹²⁶ *ibidem*, 8.

Sin dejar de reprobar las monstruosidades cometidas por los regímenes nazi y ruso, no hay que perder de vista que la idea del no-positivismo inclusivo, fórmula de Radbruch e injusticia extrema vulneran ciertas máximas del derecho. Primero, el Tribunal de Núremberg fue un órgano especial (no especializado) creado para juzgar a los jerarcas nazis. Segundo, fueron creadas leyes *ad hoc* aplicadas retroactivamente en perjuicio de ellos (contravención del principio *nulla poena sine lege*). Por último, el Tribunal determinó que las normas nazis eran extremadamente injustas y, por tanto, nunca fueron derecho. Algo similar sucedió con el proceso a los francotiradores del muro de Berlín. En primer lugar, un tribunal se atribuyó competencia sobre una extensión física que no formaba parte de su territorio (República Federal de Alemania sobre República Democrática Alemana). En segundo lugar, declaró extremadamente injustas una serie de disposiciones que eran consideradas justas por otro bloque político. Es decir, de nuevo se contravino el principio de *nulla poena sine legem*.

En ambos casos se está frente a la imposición de un sistema de valores sobre otro; los valores de los vencedores sobre los vencidos. Tal parece que Robert Alexy primero adoptó una posición y luego trató de justificarla por medio de una propuesta plagada, como diría Juan Antonio García Amado, de misteriosos pobladores (no-positivismo inclusivo, pretensión de corrección, fórmula de Radbruch, injusticia extrema). Es decir, trató de justificar las actuaciones de los jueces alemanes en ambos casos. ¿Acaso será el intelectual orgánico de la judicatura alemana? ¿Será el defensor del estatus quo de los jueces constitucionales germanos?

¿Las reflexiones anteriores han sido elaboradas para denostar la propuesta de Robert Alexy? ¡De ninguna manera! Simplemente existen elementos contradictorios dentro del modelo no-positivista inclusivo que no pueden pasar inadvertidos. El análisis y crítica de los elementos constitutivos del no-positivismo inclusivo han permitido proponer una respuesta a la pregunta que ha guiado esta investigación, ¿qué camino deben seguir los estudios del no-positivismo inclusivo en el porvenir? Quizá, en años venideros, los estudiosos de este modelo epistemológico podrían explorar un sendero que podría ser etiquetado con los siguientes nombres: *no-positivismo inclusivo crítico*, *no-positivismo inclusivo corregido* o *post no-positivismo inclusivo*.

Este podría funcionar para superar los defectos de la propuesta alexyana (sentido positivo) o para contribuir en la identificación de falacias y contradicciones en el modelo del jurista de Kiel a fin de evitar la aplicación de una propuesta por inconveniente y enigmática (sentido ¿negativo?). Por una parte, los partidarios del no-positivismo inclusivo tienen un amplio campo por delante, tanto para perfeccionar las ideas del jurista de Kiel, como para desarrollar sus propios modelos con base en los postulados de Robert Alexy. Por otra parte, los detractores del no-

positivismo inclusivo podrían mostrar el camino que no deben seguir en años futuros las investigaciones en materia de teoría jurídica contemporánea y filosofía del derecho.

Probablemente la introducción de una categoría de análisis inexistente al discurso alexyano sea bastante aventurado. Quizá, para algunos, injustificado o absurdo. Empero, las reflexiones anteriores contribuyen a demostrar que el no-positivismo inclusivo es el objeto de una discusión inacabada que sigue despertando acalorados debates con excelentes argumentos a favor y en contra.

Lo que sí debe reprobarse es una visión estática del trabajo de Robert Alexy porque conduciría a una dogmática alexyana. Esta sería intrínsecamente contradictoria porque, al encontrarse en refinamiento constante, el modelo del jurista de Kiel es dinámico. En efecto, es estéril continuar defendiendo posturas anacrónicas por medio de la elaboración de monografías sobre la obra de Robert Alexy. En realidad, esta clase de trabajos no aportan nada a la discusión sobre el no-positivismo inclusivo. ¿Qué sentido tendría leer una monografía de Robert Alexy cuando es posible leer directamente al autor? Quizá esta clase de pseudo estudios podrían demostrar la falta de talento, pericia y originalidad de sus escritores. Es necesario ser aventurado al estudiar la obra de Robert Alexy. Desde la dogmática alexyana, solo haría falta traer en la billetera una imagen del jurista de Kiel, encender una veladora y santiguarse frente a su imagen cada noche antes de dormir.

4.- BIBLIOGRAFÍA

- Aharon Barack, "The Role of a Supreme Court in a Democracy and the Fight Against Terrorism", [2003], 58, 125, *University of Miami Law Review*.
- Alejandro Herrera Ibáñez & José Alfredo Torres, *Falacias*, (editorial Torres Asociados 1994).
- Alejandro Nava Tovar, *La Institucionalización de la Razón. La Filosofía del Derecho de Robert Alexy*, (Anthropos 2015).
- Alberto F. Senior, *Sociología*, (16ª ed., Porrúa 2005).
- Andreas Kley & Esther Tophinke, "Hans Kelsen und die Reine Rechtslehre", [2001], *Heft 2, Juristische Arbeitsblätter*.
- Ariel L. Bendor, "The Judicial Discretion of Justice Aharon Barack", [2011], 47, 2, *Tulsa Law Review*.
- Antonio Manuel Peña Freire, "Lecciones del nazismo jurídico para la filosofía de derecho: Radbruch y el positivismo jurídico", [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Augusto Fernando Carrillo Salgado, "Paulson, Stanley, La filosofía del Derecho de Gustav Radbruch y tres ensayos de posguerra de

- Gustav Radbruch. Marcial Pons, España, 2019, 233 pp.", [2018], 48, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*.
- Bonorino Pablo R. (coord.), *Teoría del Derecho y Decisión Judicial*, (Bubok 2010).
- Brian Bix, "Radbruch's Formula and Conceptual Analysis", [2011], 56, *The American Journal of Jurisprudence*.
- Carl Schmitt, *La Tiranía de los Valores* (traducción de Sebastián Abad), (Hydra 2009).
- , *Teoría de la Constitución* (traducción de Francisco Ayala), (Alianza 1996).
- Carlos Bernal Pulido, "Constituciones sin constitucionalismo y la desproporción de la proporcionalidad. Dos aspectos de la encrucijada de los derechos fundamentales en el neoconstitucionalismo", [2016], 9, *Fundamentos: Cuadernos Monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*.
- , "Estructura y límites de la ponderación", [2003], 26, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "The Rationality of Balancing", [2006], 92, 2, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*.
- Enrique Sánchez Bringas, *Derecho Constitucional*, (11ª ed., Porrúa 2007).
- George Pavlakos (ed.), *Law, Rights and Discourse: The Legal Philosophy of Robert Alexy*, (Hart Publishing, 2007).
- Guido Fassò, *Historia de la Filosofía del Derecho. Siglos XIX y XX* (traducción de José F. Lorca Navarrete), (Pirámide 1996).
- Gustavo Le Bon, *Psicología de las multitudes* (Divulgación 1975).
- Gustav Radbruch, "Five Minutes of Legal Philosophy (1945)" (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson), [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- , "Statutory Lawlessness and Supra-Statutory Law (1946) (traducción de Bonnie Litschewski Paulson & Stanley L. Paulson)", [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- Hans Kelsen, *Teoría Pura del Derecho*, (traducción de Roberto J. Vernengo), (16ª ed., Porrúa 2011).
- , *¿Qué es la Teoría Pura del Derecho?*, (11ª ed., Fontamara 2018).
- , *Introducción a la Teoría Pura del Derecho*, (2ª ed., Fontamara & Ediciones Coyoacán 2019).
- , *¿Qué es Justicia?* (traducción de Albert Calsamiglia), (Planeta-Agostini 1993).
- , *La Idea del Derecho Natural y otros Ensayos* (traducción de Francisco Ayala), (ediciones Coyoacán 2010).
- , *Esencia y Valor de la Democracia*, (2ª ed., ediciones Coyoacán 2019).
- , *Vom Wesen und Wert der Demokratie*, (Reclam. Universal-Bibliothek 2019).

- , *Teoría General del Derecho y del Estado* (traducción de Eduardo García Máynez), (3ª ed., UNAM 2014).
- , *La giustizia costituzionale*, (Giuffrè 1981).
- HLA Hart, *Derecho y Moral. Contribuciones a su análisis* (traducción de Genaro R. Carrió), (Depalma 1962).
- , *El Concepto de Derecho* (traducción de Genaro R. Carrió), (Abeledo-Perrot 1998).
- Immanuel Kant, *La metafísica de las costumbres*, (traducción y notas de Adela Cortina Orts & Jesús Conill Sancho), (Tecnos 2008).
- , *Kant*, (Gredos 2010).
- Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (traducción de Edgar Antonio González Ruíz & Pedro Chávez Calderón), (2ª ed., Limusa 2013).
- José Antonio Sendín Mateos, *La Filosofía Moral de Hans Kelsen*, (Marcial Pons 2017).
- Joseph Raz, *La Autoridad del Derecho. Ensayos sobre Derecho y Moral* (traducción de Rolando Tamayo y Salmorán), (ediciones Coyoacán 2011).
- Juan Antonio García Amado, "Sobre la idea de pretensión de corrección del Derecho en R. Alexy. Consideraciones críticas", [septiembre 2014 - febrero 2015], 7, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*.
- , "Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho", [1991], *Anuario de Filosofía del Derecho VIII*.
- , "¿Qué es ponderar? Sobre Implicaciones y Riesgos de la Ponderación", [2016], 13, *Revista Iberoamericana de Argumentación*.
- Karl Marx, *Marx*, (Gredos 2011).
- Laurent de Briey, "La méthode transcendantale dans la morale kantienne", 58, 2, *L'enseignement philosophique*.
- Luis Recasens Siches, *Tratado General de Sociología*, (15ª ed., Porrúa 1977).
- Mario G. Losano, "La Teoría Pura del Derecho. Del Logicismo al Irracionalismo", [1985], 2, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- Matteo Bonomi, "L'etica del positivismo giuridico. Dovere e responsabilità nella Dottrina Pura del Diritto di Hans Kelsen", [2014], 2, *Lessico di etica pubblica*.
- Matthias Klatt, "La filosofía del Derecho de Robert Alexy como sistema", (traducción de Augusto Fernando Carrillo Salgado & Héctor Morales Zúñiga), [2020], 43, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "Contemporary Legal Philosophy in Germany", [2007], 93, 4, *Archiv für Rechts-und Sozialphilosophie*.

- Max Weber, *El político y el científico* (traducción de Francisco Rubio Llorente), (Alianza 1979).
- , *Economía y sociedad. Esbozo de Sociología Comprensiva* (traducción de José Medina Echavarría et al.), (Fondo de Cultura Económica 2002).
- Miguel Carbonell (ed.), *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos 2008).
- Miguel Villoro Toranzo, *Lecciones de Filosofía del Derecho. El proceso de la Razón y el Derecho*, (2ª ed., Porrúa 1983).
- Paolo Carroza, "Kelsen and Contemporary Constitutionalism: The Continued Presence of Kelsenian Themes", [2019], 67, 1, *Estudios de Deusto*.
- Robert Alexy, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica* (traducción de Isabel Espejo & Manuel Atienza Rodríguez), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 2014).
- , *Theorie der juristischen Argumentation. Die Theorie des rationalen Diskurses als Theorie der juristischen Begründung*, (Suhrkamp 2001).
- , *Teoría de los derechos fundamentales* (traducción de Ernesto Garzón Valdés), (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales 1993).
- , *Theorie der Grundrechte*, (Suhrkamp 1994).
- , *Teoria dos direitos fundamentais* (traducción de Afonso da Silva), (Malheiros editores 2008).
- , *El Concepto y la Validez del Derecho*, (traducción de Jorge M. Seña), (Gedisa 2004).
- , *Begriff und Geltung des Rechts*, (Verlag Karl Alber 2002).
- , *The argument from injustice. A Reply to Legal Positivism*, (traducción de Stanley L. Paulson & Bonnie Litschewski Paulson), (Clarendon Press-Oxford 2002).
- , *Derecho y razón práctica*, (2ª ed., Fontamara 2014).
- , "Inclusive non-positivism", [2015], 16, 2, *Joaçaba*.
- , "Legal certainty and correctness", [2015], 28, 4, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , *La Doble Naturaleza del Derecho*, (Trotta 2016).
- , "On the Concept and the Nature of Law", [2008], 21, 3, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , "On the Thesis of a Necessary Connection between Law and Morality: Bulygin's Critique", [2000], 13, 2, *Ratio Juris. An International Journal of Jurisprudence and Philosophy of Law*.
- , "Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica", [1988], 5, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.
- , "¿Derechos humanos sin metafísica?", [2007], 30, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*.

- Riccardo Guastini, "Applicare principi costituzionali", [2017], 1, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*.
- , "Principi costituzionali: identificazione, interpretazione, ponderazione, concretizzazione".
- Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio* (traducción de Marta Guastavino), (2ª ed., Ariel 1989).
- , *El Imperio de la Justicia*. (traducción de Claudia Ferrari), (Gedisa 2012).
- , *Law's empire*, (Harvard University Press 1986).
- Sara Lagi, *Il pensiero politico di Hans Kelsen (1911-1920)*, (Name Edizioni 2007).
- , "Hans Kelsen and The Austrian Constitutional Court (1918-1929)", [2012], 9, 16, *Revista coherencia*.
- Stanley L. Paulson, "On the Background and Significance of Gustav Radbruch's Post-War Papers", [2006], 26, 1, *Oxford Journal of Legal Studies*.
- , *La filosofía del derecho de Gustav Radbruch. Y Tres Ensayos de Posguerra de Gustav Radbruch* (traducción e introducción crítica de Alejandro Nava Tovar), (Marcial Pons 2019).
- Simone de Beauvoir, *Le deuxième sexe*, (Gallimard 2018).
- Soraya Nour Sckell, "Droit et démocratie chez Hans Kelsen. La critique kelsénienne de la personnalisation de l'état", [enero - abril 2015], 38, 1, *Trans/Form/Ação*.
- Tetiana Pavlova et al., "Ethics and law in Kant's views: the principle of complementarity", [2019], 35, 6, *International Journal of Ethics and Systems*.