

*Nuria Belloso Martín*

*Alfonso de Julios-Campuzano*

*Coordinadores*

# ¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos



INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE OÑATI

**DYKINSON**





**¿HACIA UN PARADIGMA  
COSMOPOLITA DEL  
DERECHO?: PLURALISMO  
JURÍDICO, CIUDADANÍA  
Y RESOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS**



Nuria Beloso Martín  
Alfonso de Julios-Campuzano  
(Coordinadores)

**¿HACIA UN PARADIGMA  
COSMOPOLITA DEL  
DERECHO?: PLURALISMO  
JURÍDICO, CIUDADANÍA  
Y RESOLUCIÓN  
DE CONFLICTOS**

INSTITUTO INTERNACIONAL DE SOCIOLOGÍA JURÍDICA DE OÑATI

DYKINSON  
2008

Reservados todos los derechos. No se permite reproducir, almacenar en sistemas de recuperación de la información ni transmitir alguna parte de esta publicación, cualquiera que sea el medio empleado —electrónico, mecánico, fotocopia, grabación, etc.—, sin el permiso previo de las titulares de los derechos de la propiedad intelectual.

© Copyright by:  
IISJ  
Nuria Belloso Martín  
Alfonso de Julios-Campuzano  
Madrid 2008

Editorial DYKINSON, S. L.  
Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid  
Tels. (+34) 915 44 28 46 - (+34) 915 44 28 69  
E-mail: [info@dykinson.com](mailto:info@dykinson.com)  
<http://www.dykinson.es>  
<http://www.dykinson.com>

I.S.B.N.: 978-84-9849-181-4  
Depósito Legal:

*Preimpresión:*  
SAFEKAT, S. L.  
Belmonte de Tajo, 55 - 3.º A - 28019 Madrid

*Impresión:*  
PUBLIDISA

## Índice

	<i>Págs.</i>
<i>Colaboradores</i> .....	9
<i>Presentación.</i> Nuria BELLOSO MARTÍN y Alfonso de JULIOS-CAMPUZANO .....	15
<b>I. ¿HACIA UN PARADIGMA COSMOPOLITA DEL DERECHO?</b> .....	21
1. Orden internacional y derecho cosmopolita: el <i>ius gentium</i> de Suárez, LUIS-CARLOS AMEZÚA .....	23
2. El paradigma jurídico de la globalización, ALFONSO DE JULIOS-CAMPUZANO .....	49
<b>II. PLURALISMO JURÍDICO</b> .....	77
1. Pluralismo jurídico y Derecho vivo: la concepción sociológica de Ehrlich, ANA CEBEIRA MORO .....	79
2. Pluralismo jurídico: la semilla cosmopolita en el pensamiento crítico iberoamericano, ANTONIO CARLOS WOLKMER .....	99
3. Pluralismo jurídico y emancipación social, DAVID SÁNCHEZ RUBIO .....	111
<b>III. CIUDADANÍA</b> .....	131
1. Ciudadanía, autorespeto y dignidad, JOSÉ LUIS PÉREZ TRIVIÑO .....	133
2. Interculturalidad y ciudadanía: algunas exigencias para una sociedad democrática, RAÚL SUSÍN BETRÁN ....	155
3. Ciudadanía e Inmigración: Marco jurídico en la Unión Europea, ÁLVARO A. SÁNCHEZ BRAVO .....	181
4. Etnografía constitucional del Perú: sociedad multicultural y tendencias del Derecho Constitucional, PAVEL H. VALERBELLOTA .....	199
<b>IV. RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS</b> .....	229
1. Políticas públicas y violencia estructural, MARLI MARLENE MORAES DA COSTA .....	231
2. Bioética y Democracia, SALVATORE AMATO .....	249

## ÍNDICE

3. La mediación familiar como sistema de resolución de conflictos: características del proceso de intervención en mediación familiar frente al proceso judicial, ANTONIO JOSÉ SASTRE PELÁEZ .....	269
4. La Violencia escolar en la era de la globalización, UGO OTTAVIO VISALLI .....	297
5. Derecho en transformación. Cuestiones de filosofía jurídica y justicia reparadora, NURIA BELLOSO MARTÍN .....	327

## Colaboradores

Salvatore AMATO, Catedrático de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Catania, enseña también Teoría general del derecho y Biojurídica. Miembro del Comité Nacional de Bioética. Ha publicado diversas monografías (*Sessualità e corporeità. I limiti dell'identificazione giuridica, Il soggetto e il soggetto di diritto, Coazione coesistenza, compassione*), numerosos estudios en la Rivista Internazionale di Filosofia del diritto, Archivio giuridico, Iustitia, Democrazia e diritto, Studium, Archives de Philosophie du droit, Anales de la Cátedra Francisco Suarez, Persona y Derecho y Thèmes.

Luis Carlos AMEZÚA AMEZÚA ha cursado la Licenciatura en Derecho, estudios de Filosofía y el programa de Doctorado del Departamento de Disciplinas Jurídicas Básicas de la Universidad de Valladolid. Es profesor de Teoría del Derecho y Filosofía del Derecho en la Universidad de Valladolid. Miembro del Grupo de Investigación «Teorías jurídicas y políticas de la Modernidad», participa en proyectos de investigación sobre historia de las ideas, particularmente de la edad moderna española, razón de estado, soberanía, ciudadanía, pensamiento clásico iusnaturalista o derechos humanos, sobre los cuales tiene publicaciones en revistas especializadas. Prepara una monografía sobre el poder dominativo en Francisco Suárez.

Nuria BELLOSO MARTÍN, Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Burgos. Dirige el Curso de Postgrado Universitario de «Especialista en Mediación Familiar» en la Universidad de Burgos. Miembro de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia. Es autora de más de cuatro decenas de artículos científicos publicados en Revistas y obras colectivas nacionales e internacionales, además de diversos libros, entre los cuales cabe destacar, *Política y Humanismo en el siglo XV, el maestro Alfonso de Madrigal, el Tostado; Derecho Natural y Derecho Positivo. El itinerario intelectual de Giorgio del Vecchio; El control democrático del Poder Judicial en España y Os novos desafios da cidadania*. Ha coordina-

do la publicación de diversas obras colectivas. Dirige varios Proyectos de Investigación en el marco de la Agencia Española de Cooperación Internacional.

Ana CEBEIRA MORO, Doctora en Derecho por la Universidad de Valladolid. Ha ejercido docencia en disciplinas iusfilosóficas en las Universidades de Burgos y Valladolid. Es autora del libro *Pedro Martínez de Osma. Comentario a la Ética de Aristóteles* (2002). También ha publicado el trabajo *Persona y justicia en el pensamiento de Luis Legaz* (2005) que es parte del contenido de su tesis doctoral. Es autora de diversos artículos científicos. Ha colaborado en la traducción de la obra *Diritto e interpretazione. Lineamenti di teoria ermeneutica del diritto* de F. Viola y G. Zaccaria, los capítulos I, II y III (pp. 1-237), 4.ª ed., Roma-Bari.

Marli Marlene M. DA COSTA profesora de Derecho Civil y de Derecho del Niño y del Adolescente en la Licenciatura en Derecho y del Programa de pos-grado en Derecho —Mestrado en la Universidad de Santa Cruz do Sul —UNISC— (Brasil). Directora del Departamento de Derecho Público en la Universidade Santa Cruz do Sul. Psicóloga con Especialización en Terapia Familiar. Doctora en Derecho por la Universidad Federal de Santa Catarina —UFSC— (Brasil).

Alfonso DE JULIOS-CAMPUZANO es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Sevilla. Ha impartido conferencias, ponencias y cursos de maestría y doctorado en instituciones universitarias latinoamericanas y españolas. Es autor de las obras *La dinámica de la libertad. Tras las huellas del liberalismo, En las encrucijadas de la modernidad. Política, Derecho y Justicia, La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo* y coautor de *Teoría del Derecho. Ejercicios y materiales didácticos*. Ha publicado numerosos trabajos de investigación en revistas especializadas nacionales e internacionales y en libros colectivos. Es miembro del consejo editorial de varias revistas científicas.

José Luis PÉREZ TRIVIÑO, Licenciado en Derecho y Filosofía por la Universidad Autónoma de Barcelona (1988, 1994); máster en «Estudios Europeos» por la Universidad Autónoma de Barcelona (1993) y Doctor en Derecho por la Universitat Pompeu Fabra (1996). Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Ha organizado diversos cursos sobre «El Holocausto: el crimen contra la humanidad y exigencia de responsabilidades», «Cine y Derecho» y «Los genocidios en

el siglo XX: un análisis histórico, jurídico y filosófico». Es autor de 3 libros (*Prácticas de introducción al Derecho* (aa.vv.); Tecnos, Madrid, 1996; *Los límites jurídicos al soberano*; Tecnos, Madrid, 1998; *La letra escarlata*; Tirant lo Blanch, Valencia, 2003) y unos 20 artículos de investigación. Ha pronunciado conferencias en varias Universidades españolas, latinoamericanas e italianas.

Álvaro A. SÁNCHEZ BRAVO es Profesor de Teoría del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla y Profesor de Política Criminal del Instituto Andaluz Interuniversitario de Criminología. Ha impartido conferencias, seminarios y cursos de grado, maestría y doctorado en instituciones universitarias latinoamericanas y españolas. Presidente de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Director del Seminario «Criminología y Medio Ambiente» de la Universidad de Sevilla (7 ediciones). Ha coordinado varias obras colectivas y es autor de diversas obras entre las que destacamos *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*; *Internet y la sociedad europea de la información: implicaciones para los ciudadanos*; *Stop a los Incendios Forestales*, así como de numerosos trabajos en revistas especializadas y obras colectivas.

David SÁNCHEZ RUBIO es Profesor Titular de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Sevilla. Ha sido Director de varios cursos de posgrado, entre otros, del Programa de Doctorado Derechos humanos y desarrollo de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla. Autor y editor de diversos libros, entre los que destacan *Filosofía, Derecho y liberación en América Latina* (1999), *Globalización y derechos humanos* (2004), *Esferas de democracia* (2004), *Nuevos colonialismos del capital* (2005) y *Repensando derechos humanos* (2006). Especialista en Pensamiento jurídico crítico, Derechos Humanos y Democracia. Asimismo ha publicado multitud de artículos en revistas especializadas de España y América Latina sobre diversas temas como intervención humanitaria, propiedad intelectual y derecho de los pueblos, ciencia ficción y derechos humanos y pensamiento de liberación.

Antonio José SASTRE PELÁEZ es abogado y Mediador Familiar, codirector y profesor del curso de Postgrado de Experto en Mediación Familiar de la Universidad de Burgos y de la Universidad Europea Miguel de Cervantes, en Valladolid. Profesor colaborador de la Cátedra de Empresa Familiar en la Facultad de Ciencias Económicas y

Empresariales de la Universidad de Valladolid y profesor de la Escuela de Organización Industrial (E.O.I.). Ha sido director científico de tres congresos internacionales de Mediación Familiar celebrados en Valladolid. Ha colaborado en la redacción de la Ley de mediación Familiar de Castilla y León. Profesor en cursos del CRE-FES (Centro de estudios sociales y formación de la Junta de Castilla y León —España—). Es autor de diversas investigaciones sobre mediación familiar publicadas en revistas y libros colectivos.

Raúl SUSÍN BETRÁN es Profesor Titular de Filosofía del Derecho de la Universidad de La Rioja. Ha participado en distintas investigaciones sobre temas conectados con las transformaciones del derecho en el Estado social, el voluntariado, la ciudadanía y, en la actualidad, sobre las tensiones entre la libertad y la seguridad. Entre sus publicaciones cuenta con la monografía *La regulación de la pobreza. El tratamiento jurídico-político de la pobreza. Los ingresos mínimos de inserción* (Universidad de La Rioja, 2000); con la edición, conjuntamente con la profesora M.<sup>a</sup> J. Bernuz, del libro *Ciudadanía. Dinámicas de pertenencia y exclusión* (Universidad de La Rioja, 2003); y con diferentes trabajos en revistas y libros colectivos sobre pobreza, políticas sociales, voluntariado, ciudadanía y, entre otros, interculturalidad.

Pavel H. VALER-BELLOTA es investigador en temas de Multiculturalidad, Estado y Derecho. Licenciado en Derecho en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (Perú). Ha obtenido el Diploma de Estudios Avanzados en Justicia y Derecho en la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla (2001), la Maestría en el Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe de la Universidad de Deusto (2002), y el *Master of Arts in Sociology of Law* en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati (2003).

Ugo Ottavio VISALLI, Doctor en Psicología por la Universidad «La Sapienza» de Roma; psicólogo, psicoterapeuta y mediador. Experto en Mediación Familiar por la Universidad Pontificia de Salamanca. Ha sido profesor invitado en diversas Universidades brasileñas e italianas. Desde 2002 es profesor colaborador en Cursos de Perfeccionamiento y Cursos de Especialización y Postgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos y en la Universidad Europea Miguel de Cervantes de Valladolid. Ha realizado diversas traducciones y publicaciones, entre la que destacamos: «Breves apuntes sobre el Conflicto», «La búsqueda de nuevos paradigmas

en la educación: la mediación escolar» y «El maltrato entre iguales (*Bullyng*) y el acoso laboral (*Mobbing*)», entre otros.

Antonio Carlos WOLKMER profesor Titular de Historia de las Instituciones Jurídicas de la Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil). Ha sido vicepresidente del Consejo Nacional de Investigación y Postgraduación en Derecho (CONDEPI). Es investigador del CNPq, de la Fundación Cassamarca (Italia) y miembro del Grupo del Trabajo «Derecho y Emancipación», CLACSO (Argentina). Profesor visitante de diversas universidades europeas y americanas. Autor de los libros: *Constitucionalismo e Direitos Sociais no Brasil; O Terceiro Mundo e a Nova Ordem Internacional; Elementos para uma Crítica do Estado; Ideologia, Estado e Direito; Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico; Pluralismo Jurídico – Fundamentos de uma Nova Cultura no Direito; Síntese de uma História das Idéias Jurídicas. Da Antiguidade Clássica à Modernidade*. Obras traducidas al español: *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico; Pluralismo Jurídico. Fundamentos de una Nueva Cultura en el Derecho*.



## Presentación

El pensamiento político de nuestro tiempo muestra un interés renovado hacia las propuestas del cosmopolitismo. Por doquier, surgen aproximaciones teóricas de aliento cosmopolita que anuncian la emergencia de estructuras institucionales supraestatales y la definitiva superación de las angostas lindes del modelo estatal, cuyo agotamiento se muestra incontestable en las coordenadas de la globalización. A pesar de ello, el derecho parece seguir quedando al margen, quizás porque está tan aferrado a los moldes de una ciencia jurídica de corte estatalista, que le resulta una ardua labor asumir que la base de sus construcciones teóricas y la propia razón de ser de sus conceptualizaciones, su propio paradigma explicativo, en suma, ha entrado en una crisis irreversible. El presente volumen nace del propósito de estudiar de manera articulada los desafíos que ha de abordar un paradigma cosmopolita aún en *status nascenti*, paradigma que se articula en base a los tres elementos que componen el subtítulo de este trabajo: el pluralismo jurídico, la ciudadanía y la resolución de conflictos.

El interrogante de si nos dirigimos hacia un paradigma cosmopolita del Derecho parte de la propia ruptura del paradigma unitario del derecho vinculado al dominio jurídico-político del Estado-nación. Esta ruptura ha traído consigo un panorama de pluralismo normativo en el que conviven, simultáneamente y en ámbitos coincidentes de la vida socio-política, diferentes órdenes normativos con espacios regulatorios compartidos y frecuentes intersecciones en sus contenidos prescriptivos; normas jurídicas superpuestas y parcial o totalmente coincidentes en sus ámbitos de validez que se entrecruzan de modo constante, creando con ello problemas nuevos y de difícil solución con los recursos que proporcionan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales.

Por otra parte, debe considerarse que la interdependencia, característica distintiva de la globalización, promueve una integración también creciente desde el punto de vista cultural que se manifiesta inevitablemente en el ámbito jurídico, en un doble sentido:

- a) De un lado, la integración cada vez mayor de los Estados en el concierto mundial a través de un entramado institucional complejo que, auspiciado fundamentalmente por Naciones Unidas, por sus organismos dependientes y por otras organizaciones internacionales de carácter regional, propicia un diálogo intercultural imprescindible a la hora de arbitrar medidas de política legislativa para afrontar algunos de los más severos problemas que afectan a la humanidad en su conjunto. En este ámbito, la acción de los foros internacionales puede resultar tan relevante como se desee: si el diálogo se produce en condiciones de paridad, será efectivamente productivo; si, por el contrario, obedece a reglas predeterminadas que condicionan gravemente la voluntad de los más débiles, sus resultados quedarán limitados por la coerción y el sometimiento.
- b) En segundo lugar, la acción de un derecho global desterritorializado está forzando, por vía de hecho, una adecuación de las estructuras normativas e institucionales de las diferentes tradiciones jurídicas a las demandas de homogeneización jurídica del mercado global. La *lex mercatoria*, ajena a tradiciones culturales de cualquier índole, doblega implacablemente las resistencias que encuentra a su paso, moldeando las regulaciones jurídicas particulares de ámbito estatal a fin de adecuarlas a la lógica del capitalismo transnacional.

Heydelbrand ha analizado las interacciones entre derecho y globalización desde un doble enfoque: a) por un lado, resulta evidente que en la expansión de la globalización económica el derecho está siendo exportado junto con otros bienes y servicios culturales, en un proceso que puede ser llamado la globalización del derecho; b) por otro lado, la globalización económica puede ser contemplada como un fenómeno cuyas consecuencias estructurales provocan mutaciones en el imperio de la ley, independientemente de que esas transformaciones se produzcan en un contexto nacional o transnacional. La globalización económica constituye así la muestra más importante de un proceso que no sólo exporta y globaliza el derecho, sino que produce también alteraciones relevantes en el imperio de la ley debido, en parte, a la interpenetración entre Estados y economías y, en parte, también, a la naturaleza transnacional y extranacional del proceso.

De este carácter bifronte de la globalización en lo que atañe a sus consecuencias jurídicas se desprenden sin duda algunas conclusiones

interesantes: 1°. En primer lugar, que la apertura de los mercados y su interdependencia creciente propician un trasvase del derecho como mercancía, como producto cultural y objeto de consumo, de manera que se produce una homogeneización jurídica a través del mercado, una homogeneización que aproxima y que promueve la confluencia de tradiciones jurídicas diferentes mediante la acción subliminal de la penetración mercantil: asistimos, por tanto, a un proceso de asimilación jurídica a través del mercado que propicia la exportación de los modelos jurídicos occidentales; 2°. En segundo lugar, que el impacto estructural de la globalización sobre el derecho está transmutando la propia dinámica de la normatividad jurídica, alterando drásticamente su configuración y remodelando el marco institucional y legal, en orden a la consecución de modelos jurídicos flexibles y fácilmente adaptables a la versatilidad de una producción desterritorializada. Así, el derecho queda a merced de las fuerzas económicas que, libres de ataduras como consecuencia de su transnacionalización, rediseñan las relaciones jurídicas, los modelos de contractualidad y las instituciones y normativas nacionales para adaptarlas a los requerimientos de este nuevo modelo de organización económica.

En este nuevo escenario emergen, con pujanza creciente, nuevos modelos de resolución de conflictos que permiten adivinar los rasgos aún borrosos de un paradigma jurídico de signo cosmopolita y que quiebran de manera significativa los mecanismos tradicionales de resolución de conflictos tanto en el ámbito nacional como extra o supranacional. Nuevos modos de entender el derecho que, de acuerdo con necesidades también novedosas, se canalizan mediante procedimientos y mecanismos innovadores. En el ámbito del tráfico mercantil, por ejemplo, proliferan prácticas resolutorias de carácter extrajudicial que buscan la transacción y el acuerdo. Esas nuevas prácticas irrumpen también en el concierto internacional a través de fórmulas superadoras de la fragmentación de las jurisdicciones nacionales en aras de la demanda de una justicia global. Por otra parte, la sociedad civil trata de responder al conflicto mediante la autorregulación y el concierto de determinados sectores económicos y sociales y, simultáneamente afloran otras formas complementarias de resolución de conflictos —todas ellas englobadas en la terminología anglosajona *Alternative Dispute Resolution* (ADR)—. De este manera, la ciudadanía comienza a adquirir un protagonismo hasta hace poco impensable que permite augurar la progresiva suplantación de la resolución judicial de los conflictos por mecanismos autocompositivos que res-

ponden plenamente al postulado de la autonomía de los sujetos (personas físicas o jurídicas) en la administración de sus propias expectativas e intereses. No se trata de eliminar los conflictos sino de aprender a gestionar adecuadamente los conflictos. Los ciudadanos ya son mayores de edad. Es por ello que, haciendo gala de la autonomía que les caracteriza, deben aprender a ir gestionando sus propios conflictos sin esperar a que, como hasta ahora con el proceso tradicional, un tercero les diga cómo resolverlo. La mediación, como principal forma de gestión auto-compositiva del conflicto, apunta hacia una noción más amplia del concepto de justicia, que deja a un lado la visión tradicional extremadamente normativa y abstracta.

Todo este complejo escenario permite vislumbrar la emergencia de un nuevo paradigma jurídico plural y flexible en el que se redefinen las categorías tradicionales del pensamiento jurídico y de la sociología jurídica. Un paradigma que apunta hacia el creciente protagonismo de los sujetos del conflicto en la resolución de éstos y que precisa ser convenientemente articulado en el horizonte aún lejano de una ciudadanía dispuesta a asumir nuevos retos en la gestación de un paradigma cosmopolita del derecho.

Los trabajos que integran el presente volumen fueron presentados y debatidos con ocasión de la realización del workshop «¿Hacia un paradigma cosmopolita del derecho?: pluralismo jurídico, ciudadanía y resolución de conflictos», celebrado en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati en abril de 2006.

El objetivo de esta reunión científica ha sido precisamente el de reflexionar sobre las circunstancias, condicionantes y consecuencias del proceso de suplantación del paradigma moderno de la codificación por un paradigma jurídico plural y flexible, y en particular sobre:

1. La fragmentación, descentralización y multiplicación de las instancias de producción jurídica como consecuencia del debilitamiento creciente de la forma política estatal y de la aparición de nuevos actores en el orden internacional.
2. La quiebra de la concepción del derecho como sistema de normas pleno, coherente y jerárquicamente estructurado a partir de la primacía de la ley como fuente del derecho y del monopolio de la producción jurídica por parte del Estado.
3. La aproximación progresiva e insoslayable de las diferentes culturas jurídicas anuncia la aparición de un derecho de cuño cos-

mopolita e inspiración universalista, que forjado desde un pluralismo jurídico de signo multicultural, sea capaz de garantizar un nivel aceptable de diversidad sostenible de las diferentes tradiciones jurídicas.

4. La incidencia de este paradigma jurídico flexible sobre los derechos de ciudadanía y la superposición de ámbitos de ciudadanía distintos en un marco de descentralización y fragmentación de poderes.
5. El estudio de las formas alternativas de resolución de conflictos y sus consecuencias para la teoría del derecho y la sociología jurídica. Nuevas categorías desde las que pensar una realidad también nueva que comienza a emerger: la autorregulación, la demanda ciudadana de una justicia global, la transacción en el ámbito mercantil y, en general, todas las formas de autocomposición de los conflictos por los propios protagonistas de éste como expresión de un nuevo paradigma jurídico acorde con la emergencia de nuevos derechos de ciudadanía y con las tendencias contemporáneas hacia la humanización del derecho.

Hemos distribuido los trabajos en cuatro bloques temáticos, tal y como hicimos en las exposiciones de los mismos, lo que permite que se vayan hilando unos con otros, en una sucesión de continuidad y cohesión.

El primer bloque presenta las bases de un paradigma cosmopolita del Derecho e integra los trabajos de Luis Carlos Amezúa y Alfonso de Julios Campuzano. El segundo bloque se ocupa de las proyecciones del pluralismo jurídico, y comprende los trabajos de Ana Cebeira Moro, Antonio Carlos Wolkmer y David Sánchez Rubio. El tercer bloque se interesa por la temática de la ciudadanía y abarca los trabajos de José Luis Pérez Triviño, Raúl Susín Beltrán, Álvaro Sánchez Bravo y Pavel Valer Bellota. El cuarto y último bloque se ocupa de las proyecciones de las formas complementarias de resolución de conflictos y comprende las colaboraciones de Marli Marlene Moraes da Costa, Salvatore Amato, Antonio José Sastre Peláez, Ugo Ottavio Visalli y Nuria Belloso Martín.

El tema del workshop podía pecar de ambicioso dada la amplitud de cuestiones que podían ser tratadas bajo tal rótulo. Los trabajos que aquí presentamos ponen de manifiesto que las diversas ponencias y trabajos presentados durante los dos días de reunión en el workshop han

## PRESENTACIÓN

girado sobre el renovado paradigma del derecho, de cuño cosmopolita, presentando diversas vertientes de un Derecho en transformación, sin que en ningún momento hayan perdido de vista la temática central.

Deseamos expresar, finalmente, nuestro agradecimiento a todos los participantes en el workshop, pues contribuyeron con sus aportaciones a crear un ambiente de diálogo fecundo, un clima propicio para que fructifiquen las reflexiones en un marco de cordialidad y de intercambio científico enriquecedor, que permite augurar un horizonte de cooperación y encuentro.

Sería una omisión imperdonable, soslayar la inestimable contribución del Instituto Internacional de Sociología Jurídica que nos honró al confiarnos la agradable tarea de organizar este workshop. Sin el apoyo y el impulso del Instituto y de los colaboradores Malem Gordoia y de José Antonio Azpiazu, no habría sido posible.

Nuria Bellosó Martín  
Alfonso de Julios-Campuzano

**I**

**¿HACIA UN PARADIGMA COSMOPOLITA  
DEL DERECHO?**



# Orden internacional y derecho cosmopolita: el *ius gentium* de Suárez

Por  
Luis-Carlos Amezúa Amezúa\*

**Abstract:** With the discovery of America started the first Clash of cultures and the first attempts to create some common rules for the whole world. In this context, Francisco Suárez (1548-1617) developed the concept of «law of nations» meaning international law. The evolution of the concept towards a cosmopolitan right raises the issue of the dangers and risks of a global centralized government.

**Resumen:** El descubrimiento de América inicia el primer gran choque intercultural de la modernidad. Para dar respuesta a las nuevas necesidades, Francisco de Vitoria recuperó la noción de derecho de gentes y por su parte Francisco Suárez (1548-1617) precisó su alcance como derecho interestatal afianzado en la soberanía de los estados, aun apelando a la unidad moral de la humanidad. Las derivaciones posteriores hacia un derecho cosmopolita chocan con la dificultad y quizás inconveniencia de construir a la humanidad como sujeto institucionalizado o de instaurar un gobierno mundial.

**Key Words/Palabras Claves:** 1) *Ius gentium* 2) cosmopolitismo 3) Suárez

## 1. Introducción

1. Viene considerándose a Francisco Suárez como el sistematizador de la nueva concepción del derecho de gentes que había iniciado

---

\* Profesor de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valladolid. Investigador del G.I.R. «Teorías jurídicas y políticas de la Modernidad». E-mail: amezua@der.uva.es

Vitoria en una época que conoció la primera globalización moderna. La Contrarreforma y el descubrimiento del Nuevo Mundo son los dos factores extrínsecos que impulsan la renovación de la filosofía escolástica, con el resultado paradójico de que van a ser los teólogos quienes contribuyan a separar el derecho de la teología, a secularizar la sociedad y abrir la posibilidad del reconocimiento de algunos particularismos culturales.

Podría hablarse, pues, de una emergencia del cosmopolitismo en la medida en que se recupera la antigua imagen estoica de comunidad universal vinculando la unidad esencial del género humano con una noción débil de justicia como imparcialidad (Cavallar 2002; 2005). Este periodo tiene su propia especificidad histórica, sin perjuicio de que la atmósfera predominante entre los contemporáneos lo percibiera como etapa de profundas transformaciones; en este sentido podría acaso contribuir a dar pautas para ayudar a comprender la situación presente o al menos a diluir la ansiedad compartiéndola retrospectivamente con nuestros predecesores.

Durante el siglo XVI confluyen una serie de circunstancias que permitirán posteriormente delimitar ese periodo como de transición hacia la modernidad.

1.1. Desde la reforma protestante y el desarrollo de las doctrinas sobre «razón de Estado», se cobra conciencia de que las relaciones conflictivas entre estados han dejado de ser excepcionales. Con ello se disuelve definitivamente la idea de pertenencia a una macro-comunidad espiritual que gobierna en la cúspide el Sumo Pontífice; por decirlo gráficamente, desaparece la cristiandad y se abre paso Europa. Lo cierto es que ante la fractura religiosa que causa la Reforma protestante, todos los príncipes, incluso los que aceptan la autoridad de la Santa Sede, deben decidir sobre cuál es la verdadera confesión; así que es el propio poder estatal el que, si quiere, se autolimita en materia eclesiástica y al hacerlo disuelve la legitimidad de cualquier otra pertenencia comunitaria distinta de la estatal, comenzando por la comunidad de la fe, que sigue existiendo pero *en* el Estado. Entre los teóricos pontificales aumenta la percepción de que hay una excesiva intromisión del poder secular en asuntos espirituales. Por ejemplo, Pedro de Ribadeneyra explica el desastre de la llamada empresa de Inglaterra por causas como la de inmiscuirse el monarca (Felipe II, nada menos) en asuntos de la Iglesia<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Ribadeneyra (1945, p. 1354): «que considere Su Majestad si conviene meter su real persona en el gobierno de las religiones de la manera que ahora se hace».

1.2. Crisis definitiva de la idea imperial, que los teólogos-juristas hispanos rechazan rotundamente, sustituida por la realidad de una monarquía hispánica que encarnaba en la práctica la organización política más universal (Pagden 1997; Cuenca Boy 1999). Lo llamativo es que esta entidad se componía de territorios distanciados, dotados de gran autonomía, cada uno con sus propios ordenamientos e instituciones, unificados por su obediencia a un soberano común. Así pues, dos fenómenos sorprendentes: rapidez en la expansión y territorios distanciados espacialmente, sin conexión territorial ni organización unificada.

1.3. El impacto del descubrimiento del Nuevo Mundo plantea un desafío económico, político e intelectual a la vez que amplía considerablemente la posibilidad de extender la evangelización a todo el género humano. Ha sido un momento decisivo en la historia de la Humanidad que obligó entonces a los europeos a enfrentarse a sus propias tradiciones e insertar la diversidad cultural dentro de sus esquemas de pensamiento. Las relaciones conflictivas de la cristiandad con sus «*otros*» (los que están fuera de ella, turcos y sarracenos desde siempre, o con aquellos que están dentro del territorio, los judíos) se van a ampliar a los más extraños de todos: los indios. Dos postulados básicos se iban a ver seriamente cuestionados: el de la unidad fundamental del género humano, así como el de la sociabilidad innata. La cuestión más debatida versó acerca del grado de humanidad de los aborígenes y la dificultad para encajarlos dentro de alguna de las categorías clasificatorias clásicas admitidas, que se basaban en la pertenencia religiosa (cristianos o paganos) y el nivel cívico (civilizados o bárbaros). Pero negar su humanidad hubiera implicado considerar que la Creación era imperfecta y Dios perverso (había querido obrar mal) o impotente (no había podido hacerlo bien), mientras que afirmarla significaba que incluso el más bárbaro era educable (Elliot 1996; Pagden 1988).

Prevalecerá la respuesta de Vitoria, para quien estos seres no eran idiotas aunque nos lo parecen por causa de «la mala y bárbara educación, pues tampoco entre nosotros escasean rústicos poco desemejantes de los animales» (Vitoria 1960, p. 664-5 = *I De indis*, n. 23). Ignoraban las vías hacia la salvación pero podían tener algún conocimiento natural de Dios y a su modo ejercían el uso de la razón: «Tienen, en efecto, ciudades, que requieren orden, y tienen instituidos matrimonios, magistrados, señores, leyes, artesanos, mercados, todo lo cual requiere el uso de razón. Además, tienen también una especie de religión, y no yerran

tampoco en las cosas que para los demás son evidentes» (*ibid.*, p. 664). Por consiguiente la tarea fundamental de los conquistadores será educarlos para incorporarlos a la comunidad de creyentes, a la *respublica christiana*.

Dos lustros antes de que publicara Montaigne su célebre relato de los caníbales brasileños (*Essais* I, 31)<sup>2</sup>, escribió Alonso de Zorita en 1570 que se llamaba «bárbaros» a los infieles y además a los extraños, gentes que tenían lenguas diferentes de las nuestras, otras costumbres o ceremonias. Y si por lo dicho los llaman bárbaros, «por lo mismo nos lo podrían llamar a los españoles, y a otras naciones tenidas por de mucha habilidad y prudencia» (Zorita 1992, p. 130).

1.4. Además hay que tener en cuenta que las potencias europeas no quieren perder la ocasión de enriquecerse, comerciar y ampliar sus territorios. Nadie se daba por satisfecho con el reparto de influencias entre España y Portugal fijado por las bulas pontificias; ni siquiera el rey Fernando consideró suficiente la donación papal y entabló negociaciones bilaterales con el rey portugués. Todos los implicados pondrán a trabajar a sus intelectuales para justificar sus pretensiones. El mismo Grocio escribió *De la libertad de los mares* por expreso encargo en noviembre de 1608 de la Compañía Holandesa de Indias Orientales para justificar las agresiones holandesas contra los portugueses, en suma guerras ofensivas para abrir rutas comerciales con Asia y enriquecerse (Tuck 1999, p. 80-1)<sup>3</sup>.

1.5. Una cuestión añadida en el XVII que no había aflorado la centuria anterior fue el hacer frente a las pretensiones cesaropapistas que supone la doctrina del derecho divino de los reyes, focalizadas en la argumentación de los teóricos católicos (cuyos campeones fueron Belarmino y Suárez) contra el rey Jacobo (James VI de Escocia y I de Inglaterra).

1.6. Hay otros factores doctrinales, internos al desarrollo del escolasticismo tomista: el giro subjetivista del concepto de *ius*; la dinámica

---

<sup>2</sup> Los dos primeros libros de los *Essais* fueron publicados en 1580, el tercero en 1588 y la edición definitiva apareció póstuma en 1595.

<sup>3</sup> Esta obra fue escrita independientemente e incorporada como capítulo 12 en el *De iure praedae*, aunque sólo se ha sabido en el siglo XIX que fue escrita por encargo y editada separadamente en 1609.

entre racionalismo (realismo) y voluntarismo (nominalismo); la polémica *de auxiliis* con sus repercusiones sobre la relación entre libertad y necesidad y otras querellas internas en la Iglesia que polarizan a dominicos frente a jesuitas. Hay variaciones en la noción de bien común y de ley natural. Por incidencia de las doctrinas sobre *razón de Estado* coexiste junto a un bien común holista, diferenciado de bienes particulares, otra concepción agregativa del bien común entendido como resultado de la correlación de fuerzas e intereses que prevalecen en un momento dado; además, desde la perspectiva tomista que representaban los teólogos «*modernos*» se critica a la escuela jesuita, a Suárez en concreto, por separar abruptamente fines naturales y sobrenaturales, secularizando en demasía el bien común temporal y otorgando con ello excesiva primacía al poder secular<sup>4</sup>.

Podemos destacar entonces que el bien común del orbe es temporal, ya no sobrenatural; y además que desaparece el lazo entre humanidad y animalidad: lo que tenemos en común y nos especifica no es el sentimiento ni el instinto que pertenece también a los animales— sino la razón y la libertad (Courtine 1999; Schneewind 1998).

1.7. Hay al menos un par de cambios importantes respecto de la enseñanza de la Filosofía en las Facultades de Artes en la centuria del 1600 y que, a mi juicio, ayudan a entender por qué en este periodo el pensamiento está profundamente imbuido de moralismo y religiosidad. Uno tiene que ver con la introducción de la ética o filosofía moral, que reivindicaban dos grupos influyentes, aunque enfrentados entre sí: los humanistas y el bando eclesial. Los humanistas insisten en que la filosofía (la ética de Aristóteles) no puede entenderse bien sin dominar la retórica (y reivindicaban la depuración del mundo clásico y su legado artístico, histórico y literario). Los clericales, tanto protestantes como los católicos quieren formar sólidamente a sus clérigos y ministros. Un segundo cambio tiene que ver con el gobierno de las Universidades y un mayor control político de la vida intelectual que en la edad media (Tuck 1998, p. 16-18).

Todos estos factores, entre otros, ayudan a entender cómo los desarrollos posteriores de las doctrinas políticas, jurídicas y morales están

---

<sup>4</sup> Es un reproche exagerado, aunque en Suárez juega particularmente la hipótesis del estado de naturaleza pura, cuya formulación él atribuye un tanto sesgadamente al agustino Gregorio de Rimini (véase Haakonsen 1996, p. 20-1).

plenos de *theologumena*, opiniones teológicas, fibras enraizadas en la teología.

En este contexto tan complejo, efervescente, va a recobrar vigor una vieja noción romana que no había interesado demasiado a los juristas (Kaser 2004). Se trata de la noción de *ius gentium*.

El pionero en su recuperación será Francisco de Vitoria, sobre todo cuando aborde con profundidad los temas de la conquista en sus dos relecciones de 1539 (Sobre los indios y del derecho de guerra)<sup>5</sup>, que le han consagrado como el primer internacionalista y recuperador de una sociedad universal que hiciera innecesaria la guerra. Desde esa fecha hasta que Francisco Suárez publicara en 1612 su *Tratado sobre las leyes* pasaron 73 años en los que se va sedimentando el concepto.

Sea cual fuere el papel concreto que haya tenido cada uno de los muchos escritores que han intervenido durante ese intervalo (Hamilton 1963; R. Paniagua 1960; Pérez Luño 1992), lo cierto es que con Suárez se produce la formulación definitiva que en adelante no va a tener modificaciones sustanciales. Puede acaso decirse que con Suárez se produce la ruptura con la noción clásica de derecho de gentes (Rénoux-Zagamé 2003).

## 2. *El ius gentium de Francisco Suárez*

La noción de *ius gentium* siempre tuvo una ambigüedad insuperable que pretende recoger, por una parte, unas reglas cuya universalidad se constata por la evidencia de su práctica en las naciones y, por otra parte, mantener la diversidad de algunas formas de vida. Mantener el equilibrio entre la unidad y la diversidad, conciliar la pluralidad real con la necesidad de criterios obligatorios para todos.

Suárez distingue una doble modalidad del derecho de gentes: una, que es «un derecho que deben observar todos los pueblos y las distintas gentes entre sí; otra, que es un derecho que cada una de las ciudades o reinos observa en su interior, pero que por la semejanza o coincidencia con los otros, se llama derecho de gentes» (Suárez 1856, vol. 5, p. 168 =*De legibus* 2, 19, 8).

La primera acepción recoge las reglas sobre la guerra (el antiguo *ius fetiale*), la esclavitud de los prisioneros de guerra, la inmunidad de emba-

---

<sup>5</sup> Fechas de sus relecciones: *De potestate civili* (1528); *De potestate Ecclesiae* (1532); *De temperantia* (1538); *De indis* (1539); *De iure belli* (1539).

jadores, los tratados de paz y las treguas, la existencia de algún régimen de propiedad, la libertad de tránsito y de comercio internacional. Son propiamente relaciones de derecho *inter gentes*, hoy denominado derecho internacional público<sup>6</sup>. Es el mérito que se atribuía a Suárez el haber deshecho la ambigüedad latente aún en Vitoria y decantarse definitivamente por los estados como sujetos exclusivos del derecho internacional; no individuos ni pueblos<sup>7</sup>.

La segunda acepción, en cambio, recoge aquellas instituciones de origen también consuetudinario que son similares en distintas naciones, entre las cuales menciona Suárez los preceptos o ritos de culto religioso, la existencia en los estados de una clase sacerdotal, el uso del dinero y contratos como la compraventa que practican los distintos pueblos en su régimen interno (*De legibus* 2, 19, 10). Son relaciones *intra gentes*, de derecho internacional privado (Pereña 1973).

Ambos tipos de reglas constituyen una categoría independiente tanto del derecho natural como del derecho estatal en sentido estricto. Mientras que para Tomás de Aquino, a pesar de oscilaciones, las reglas del derecho de gentes eran conclusiones deducidas del derecho natural muy cercanas a los principios<sup>8</sup>, Francisco Suárez no podía mantener lo mismo porque al tener las deducciones el mismo grado de certeza que los principios de los cuales se derivan, si estos son naturales también lo serán las conclusiones sucesivamente derivadas. Y además porque Suárez afirma tajantemente que la naturalidad del precepto no depende de su intuición ya que es también obtenido mediante un proceso discursivo (*De legibus* 2, 17, 8).

Suárez mantiene un concepto de intuición o *contemplatio* muy intelectualizado, de manera que la captación de los principios no es inme-

---

<sup>6</sup> La equivalencia entre derecho de gentes y derecho internacional público es cuestionada, a mi juicio acertadamente, por Viola (2004).

<sup>7</sup> No opina así Haggemacher (1983, p. 351). Ahora bien, la reciente monografía de Soder (1973) y otros sintentizadores actuales (Truyol 1980; Noreña 1997; Doyle 1999; Höpfl 2004) siguen considerando que Suárez construye su concepto de derecho de gentes sobre los estados. Paradójicamente, lo que lo hacía moderno frente a Vitoria se vuelve en su contra en nuestros confusos tiempos posmodernos.

<sup>8</sup> Cfr. *Summa Theologiae* 1-2, 95, 4; 2-2, 57, 3. Según cuál fuese el modo en que se derivasen las reglas, éstas pertenecerían al derecho natural (si por vía conclusiva) o al derecho civil (si por determinación de la voluntad humana). Lo cierto es que Santo Tomás distingue la ley humana en civil y de gentes pero acaba por afirmar que el derecho de gentes es en cierto modo natural al hombre ya que se deriva de la ley natural por vía de conclusión que no está muy lejos de los principios (1-2, 95, 4 ad 1).

diata sino que exige mecanismos de análisis, composición, comparación, separación, abstracción, demostración, en suma, lo característico de un razonamiento discursivo<sup>9</sup>. Así que, por un lado, el derecho natural es autoevidente (sólo los principios universalísimos) a la par que requiere una actividad esforzada e incluso el sabio puede equivocarse; por otro, considera que son derecho natural los primeros principios universalísimos (haz el bien y evita el mal), las conclusiones inmediatas derivadas de ellos (el decálogo; piedad filial o no robar) más otros preceptos mucho más alejados (tal como las reglas del matrimonio) (*De legibus* 2, 15, 2). Suárez confiere un amplio contenido a la ley natural pero no sólo reconoce que puede ignorarse invenciblemente en muchos de sus preceptos derivados, sino que además esa enorme ampliación, sin embargo, se contrapesa con la atribución de una extensísima competencia a la autoridad política para fijar en cada momento el contenido concreto de la «*felicitas politica*», que es el único fin de gobierno.

Se detecta una clara secularización del bien común temporal, replegado a la esfera de la política, ajeno a lo sobrenatural que atañe a la salvación del alma (Courtine 1999; Westerman 1998). Se produce con ello una brecha entre lo natural y lo sobrenatural que tendrá Suárez que rellenar con el apósito de la potestad indirecta, reconociendo a la Iglesia capacidad de interferencia en asuntos temporales vinculados a lo espiritual.

## 2.1. Derecho natural y derecho de gentes

La diferencia más relevante entre derecho natural y de gentes estriba en que el objeto de este último es muy conveniente para el bienestar humano pero no absolutamente necesario. El concepto de derecho de gentes va a parecer útil para situarse en el terreno movedizo que está entre el particularismo de los estados y el universalismo necesario de algunas reglas. Creemos que adoptando esta nueva óptica podemos interpretar el rol del consenso de los pueblos como vía de acceso al universalismo, algo que viene propugnando actualmente Habermas. El consenso es signo de unos criterios cuasi universales ya no inferidos

---

<sup>9</sup> La intuición es el acto último de un proceso discursivo por el cual se aprehende la verdad de una conclusión que sigue a las premisas (Suárez, *De religione*, tract. 4, lib. 2, c. 10, n. 6-7 y 11-12).

racionalmente sino por el reconocimiento de hecho de intereses, necesidades, conveniencias. Hay algo así como una especie de fundamentación social de la objetividad, que pretende alejarse tanto del objetivismo metafísico como del relativismo subjetivista. El hecho sociológico del consenso prueba *ex post* la razonabilidad de la regla, ya que no su total racionalidad porque no olvidemos que el derecho de gentes corrige la libertad natural o la comunidad de bienes al admitir la esclavitud y la propiedad privada.

Los preceptos del derecho de gentes «han sido introducidos por los hombres, sea en toda la comunidad humana, sea en la mayor parte de ella, por el libre consentimiento de ellos; luego no se puede decir que hayan sido escritos en los corazones de los hombres por el autor de la naturaleza; luego son de derecho humano y no de derecho natural» (Suárez 1856, vol. 5, p. 162 =*De legibus* 2, 17, 8).

Por consiguiente, el derecho de gentes no se sigue por una deducción evidente de los principios naturales sino «por una deducción menos cierta, de tal manera que el que decida, más que la necesidad sea la libre voluntad humana y la conveniencia moral» (*ibíd.*, p. 163 =*De legibus* 2, 17, 9). Atiende, pues a razones de oportunidad, sin imposición de un principio abstracto igualador que anule las peculiaridades culturales.

De ahí que este derecho no sea meramente indicativo sino constitutivo del valor moral: no es que prohíba lo que sea malo sino que prohibiéndolo hace que sea malo. Es menos inmutable que el derecho natural; es menos universal y general pues es posible que en alguna parte del mundo se tengan otros criterios y no se observe algún precepto que entre otros se tiene por derecho de gentes (*De legibus* 2, 19, 2; 7, 4, 6-7).

## 2.2. Derecho civil y derecho de gentes

Aunque se trata de un derecho humano no depende de un acto legislativo expreso, en cuyo caso sería *ius civile*, derecho interno o estatal. No admite Suárez que se amplíe de manera paccionada a través de convenios o tratados bilaterales o multilaterales (tendrían la consideración de derecho de gentes impropio, que intrínsecamente es derecho estatal) porque podría ser incumplido o alterado por cada estado (*De legibus* 2, 20, 7).

Mientras que el verdadero derecho de gentes es difícilmente modificable, «porque pertenece al derecho común de todos los pueblos (*omnium nationum*) y parece introducido por la autoridad de todos ellos,

y por eso parece que no puede suprimirse sin el consentimiento de todos. No obstante, no es imposible el cambio por parte de la materia en el caso de que todos los pueblos consintiesen en ello o si poco a poco se introdujese la costumbre contraria y ésta se impusiese; pero aunque esto pueda concebirse como posible, moralmente no parece que lo sea» (Suárez 1856, vol. 5, p. 172 =*De legibus* 2, 20, 8). De manera que nos está diciendo que teóricamente es imaginable su modificación, pero en la práctica no es posible, o ¿es que acaso alguien cree posible que se vayan a reunir todos los pueblos, estados o sus representantes? Entiendo que no se trata aquí de afirmar la imposibilidad de alteración o incumplimiento de ese tipo de reglas, sino de algo diferente, de adoptar la perspectiva de quien reconoce la evidencia de que esas reglas, de hecho, se respetan porque la razón práctica las percibe como derecho imperativo.

¿Cómo se ha originado? Suárez insiste precisamente en que el derecho de gentes propiamente tal, que es universal, «fácilmente se ve que pudo introducirse en el mundo poco a poco, sucesivamente por propagación e imitación mutua de los pueblos (*populorum*), sin necesidad de una reunión o convenio especial de los pueblos en un momento dado; pues este derecho es tan cercano a la naturaleza y tan conforme a todos los pueblos y a la unión de ellos, que casi se propagó de una manera natural juntamente con el género humano, y por eso no está escrito, porque ningún legislador lo dictó sino que se consolidó con el uso» (Suárez 1856, vol. 5, p. 170 =*De legibus* 2, 20, 1).

El origen consuetudinario permite diferenciarlo del civil porque es introducido por la práctica de todos y no sólo de uno. De «casi todos», que ya decía San Isidoro de Sevilla (*Etimologías* 5, 6) para destacar la no necesidad inexcusable de la práctica; y añade Suárez de «casi todos los pueblos bien educados», *fere omnes gentes bene institutae*<sup>10</sup>. Desde luego las «naciones civilizadas» a que se refiere el art. 38. 1 c) del Estatuto del Tribunal Internacional de Justicia<sup>11</sup>. ¿Por qué no los «pueblos decentes» de Rawls? En el fondo late el intento de mantener el estándar

<sup>10</sup> Suárez 1856, vol. 5, p. 168 =*De legibus* 2, 19, 6.

<sup>11</sup> El Tribunal o Corte Internacional de Justicia, con sede en La Haya, es el órgano judicial principal de Naciones Unidas. Su Estatuto forma parte integral de la Carta fundacional de 26 de Junio de 1945. El Estatuto de la Corte Internacional de Justicia establece en su artículo 38: «1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: (...) c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

mínimo de decencia entre pueblos cuyas visiones morales son divergentes y de mantener la separación entre moral y política.

La noción de costumbre le va a servir a Suárez para atestiguar la unidad moral de la humanidad. Lo hace en este precioso y divulgado texto de *De legibus* 2, 19, 9:

«La razón de ser de este derecho consiste en que el género humano, por muy dividido que esté en varios pueblos y reinos, siempre tiene una cierta unidad *no ya sólo específica, sino cuasi política y moral*, como lo indica el precepto natural del amor mutuo y la misericordia que se extiende a todos, incluso extranjeros y de cualquier nación...»<sup>12</sup>.

Es una idea potencialmente subversiva, que no va a tener continuidad en este autor. En otro texto algo anterior dentro de la misma obra había reconocido Suárez que la comunidad del género humano es una comunidad natural por el hecho solo de que los hombres coinciden en la naturaleza racional. Y seguidamente la distinguía de la comunidad política o mística, la cual adviene «por una unión especial en una congregación moralmente una» (Suárez 1856, vol. 5, p. 28 = *De legibus* 1, 6, 18). En síntesis, la comunidad de la especie se fundamenta en la racionalidad humana compartida, mientras que la sociedad política exige más: requiere consentimiento de las partes (personas), unidad de fines y subordinación a una autoridad.

Destaca Pauline Westerman (1998) que el precepto natural del amor mutuo adquirirá una concreción histórica a través de las prácticas consuetudinarias, con lo cual la costumbre vendría a desempeñar en Suárez la

---

<sup>12</sup> «...Por lo cual, aunque cada *civitas perfecta, respublica aut regnum* sea en sí misma una comunidad perfecta constituida por sus miembros, sin embargo cualquiera de ellas es también de alguna manera miembro de esta comunidad universal que abarca al género humano. Pues esas comunidades por separado nunca se bastan a sí mismas tanto como para que no necesiten de alguna mutua ayuda, asociación y comunicación, unas veces para estar mejor y para mayor utilidad y otras veces incluso por verdadera necesidad moral y falta de medios, como demuestra la experiencia misma. Por este motivo necesitan de algún derecho que les dirija y organice rectamente en esta clase de comunicación y asociación. Y aunque esto se hace en gran parte por la razón natural, pero no de una manera suficiente e inmediata en todo. De ahí que pudieron establecerse algunas leyes especiales a través del uso de estas mismas naciones (*gentium*). Porque de la misma manera que en un estado o región (*civitate vel provincia*) la costumbre produce Derecho, así también en la comunidad del género humano pudieron introducirse los derechos de gentes por medio de las costumbres. Sobre todo si se tiene en cuenta que son pocas las materias objeto de ese derecho [de gentes] y que están muy próximas al derecho natural y se pueden deducir facilísimamente de él, con tanta utilidad y de una manera tan conforme a la misma naturaleza, que aunque esa deducción no sea evidente como completamente necesaria de suyo para la rectitud moral, sin embargo es muy conforme a la naturaleza y de suyo aceptable para todos» (Suárez 1856, vol. 5, p. 169).

misma función que en el planteamiento de Santo Tomás realizaba un intérprete virtuoso: la costumbre conforme a la ley natural es útil para reafirmarla conservando su recuerdo y dando a toda la comunidad facilidad en su observancia, e incluso a veces puede esta costumbre también interpretar la ley natural si está aprobada por hombres prudentes sabios y virtuosos<sup>13</sup>. No obstante la argumentación es circular, pues si para descubrir el sentido de la ley natural podemos guiarnos por las costumbres benéficas, para saber la calificación moral de las costumbres tendremos que conocer previamente la ley natural. La costumbre opera como el *mediador* entre la razón teórica universal y los actos de voluntad particulares de los gobernantes, con lo cual Francisco Suárez pretende equilibrar los dos conceptos de ley en liza: la ley entendida como instrumento de poder y la ley como medida de la justicia (Westerman 1998, p. 125).

La posición suareciana sobre la costumbre prevalecerá en la modernidad, donde está muy restringida pues no es el pueblo sino el soberano quien decide su validez. El tipo de comunidad, ya se atienda a su extensión territorial o se acote sectorialmente por sus actividades, que está legitimado para introducir costumbres, es aquella que ya tuviera la capacidad pasiva de recibir leyes. Se aceptaba a la iglesia universal y a otros colectivos inferiores, reinos, regiones, ciudades, corporaciones, grupos profesionales, pero quedaba excluida la familia.

La asociación de estados se basa tanto en motivaciones pragmáticas o utilitarias como en razones morales. Esa vía conciliadora del jesuita tendrá su discernimiento en la centuria siguiente, de manera que al acentuarse la fundamentación utilitarista derivarán los ilustrados en un «cosmopolitismo económico o comercial» (Cavallar 2002; 2005, p. 51 y 62 ss.) cuyos resultados finales también garantizan la convivencia internacional.

En suma, no hay que pasar por alto que al reducir Suárez el ámbito material del derecho de gentes, con ello lo dota de una mayor operatividad, al relegar otras materias al ámbito de las legislaciones estatales y sobre todo al natural<sup>14</sup>. El otro cambio viene en la vía de la fundamentación, hay una especie de «cortacircuito» con la naturaleza y la función clásica del consentimiento, pues a pesar de la identidad terminológica el consentimiento no solamente permite reconocer el derecho de gentes sino que lo crea (Renoux-Zagamé 2003, p. 46).

---

<sup>13</sup> Suárez 1856, vol. 6, p. 146 =*De legibus* 7, 4, 4.

<sup>14</sup> Estatal es el «postliminio» más las formalidades de pago y formas contractuales. Natural es la ocupación como modo de adquirir la propiedad.

### 3. *Las agrupaciones humanas*

La inclinación natural a la vida social constituye uno de los rasgos esenciales de la antropología suareciana. De la gradación de comunidades en que se desenvuelve la vida social de las personas, sigue Suárez la exposición aristotélico-tomista: familia, aldea o pago y ciudad o reino<sup>15</sup>. Son los niveles local, regional y estatal, a los que añade a su manera el cosmopolita. El primer lazo de unión es el parentesco, la sangre o el linaje; luego la proximidad territorial y cuando a esto se añada el consentimiento estaremos en el nivel político.

El prototipo de comunidad perfecta es la *respublica* (algo así como el estado), porque es autárquica, dotada de unidad en su dirección, capaz de proporcionar todos los recursos para obtener los fines que le son propios y asegurar el florecimiento de la vida humana sin excluir alguna relación entre las comunidades. Suárez no tiene en mente una organización institucionalizada de estados ni menos aún admitirá alguna variedad de gobierno mundial unificado, que rechaza explícitamente. El Sacro Imperio romano germánico ya no cumple la providencial misión pacificadora que había propugnado Dante, ni Suárez tampoco reconoce al derecho del imperio (*ius commune*) valor de fuente supletoria en los nacientes estados europeos<sup>16</sup>.

La comunidad prototípicamente perfecta, la comunidad política, no se constituye agregativamente. La agrupación de familias, de provincias o regiones sí proporciona ciertas ventajas de defensa, colaboración científica, fomento de la amistad y funciones económicas. Pero no es suficiente para conferir la unidad moral que le dote de perfección. Para que exista una comunidad política ha de existir un pueblo que no se puede lograr con la mera acumulación de familias sino que es imprescindible que se añada «el consentimiento de todas las personas que forman esta comunidad»<sup>17</sup>, algún «pacto expreso o tácito»<sup>18</sup>.

La especie humana entera jamás ha formado un solo pueblo, sino que «poco después de la creación del mundo los hombres han comenzado a dividirse en diferentes repúblicas» (Suárez 1856, vol. 5, p. 181 =*De*

<sup>15</sup> Suárez, *De opere sex dierum* 5, 7, 1-3.

<sup>16</sup> *De legibus*, lib. 3, cap. 8.

<sup>17</sup> Suárez 1856, vol. 3, p. 417 =*De opere sex dierum* 5, 7, 14; además Suárez 1856, vol. 5, p. 28, 181 y 216 =*De legibus* 1, 6, 20; 3, 2, 4; 3, 12, 3.

<sup>18</sup> Suárez 1856, vol. 3, p. 414 =*De opere sex dierum* 5, 7, 3; además Suárez 1856, vol. 5, p. 28 =*De legibus* 1, 6, 19 y 20.

*legibus* 3, 2, 5). Suárez relaciona esta división de la humanidad con la primera separación que consistió en la multiplicación de familias. Pero no es la agrupación de familias lo que da origen al pueblo pues la diferencia cuantitativa no diversifica la especie, sino el pacto entre las personas de las diversas casas y la subordinación a algún superior<sup>19</sup>. Son las personas singulares las que cuentan, no los grupos domésticos.

Tal como sintetiza acertadamente Pécharman (1999, p. 120-1), «la causa material es de este modo reinterpretada a partir de la causa eficiente»; desde el momento del pacto, las familias (aldea, distrito o barrio) deben ser en realidad pensadas como una entidad moral incipiente o *quaedam civitatis inchoatio*. Sin ese principio voluntario, la pluralidad de familias que componen una ciudad seguiría siendo un montón de hogares, *pro acervo domorum*, que en vez de dar origen a un pueblo sería nada más que un agregado accidental de varias comunidades domésticas (Suárez 1856, vol. 3, p. 414= *De opere sex dierum* 5, 7, 3)<sup>20</sup>.

No hay materia preexistente al pueblo sino que por efecto inmediato del consentimiento las «personas particulares» se reúnen como miembros principales para formar un cuerpo político<sup>21</sup>. En el mismo sentido que Pécharman, explica André de Muralt (1978) la estructura escotista que subyace en la manera suareciana de concebir que la materia misma puede preexistir a la información del consentimiento (*Defensio fidei* 3, 2, 4-7). Ello evitaría la circularidad de tener que deslindar el *demos* después de que hubiera consentido el pueblo, mientras que no hay pueblo sin haberlo previamente demarcado<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> *De opere sex dierum* 5, 7, 4.

<sup>20</sup> También *De legibus* 3, 2, 3.

<sup>21</sup> Suárez 1856, vol. 5, p. 28 = *De legibus*, 1, 6, 20.

<sup>22</sup> Muralt lo expone como una de las vías utilizadas por la filosofía moderna para equilibrar los riesgos extremos de anarquía (los anabaptistas de Münster) y de absolutismo, aunque paradójicamente no ha cesado de «reclamar la soberanía natural del pueblo mientras desarrollaba las variedades contrarias del absolutismo monárquico» (Muralt 1978, p. 59). El modelo de Suárez se sirve de la estructura occamista de la distinción *ex natura rei*: en el momento mismo en que la materia-pueblo se constituye el poder político y la autoridad reside en el mismo sin necesidad de ulterior información. Dicho con los términos del eximio: «por el hecho mismo de reunirse los hombres en el cuerpo de una ciudad o república sin intervención de ninguna voluntad creada, se da en aquella comunidad semejante potestad, tan necesariamente que la voluntad humana no puede impedirlo» (*Defensio fidei* 3, 2, 6; *De legibus* 3, 3, 6). La materia tiene unidad final antes de tener unidad formal propia. Hay prelación lógica si no cronológica de la materia con respecto al acto formal. El poder político reside en la comunidad entera, no en tal o cual de sus miembros.

Sin embargo no son los miembros quienes constituyen el cuerpo sino que «los miembros quedan constituidos como tales por la unión moral» (Suárez 1856, vol. 5, p. 299 =*De legibus* 3, 31, 7) y entonces cada una de las personas particulares cobra relevancia en cuanto que miembros de esa comunidad (*ibíd.*, p. 213 =*De legibus* 3, 11, 7).

De la acumulación de partes meramente surge la *multitudo*, de manera que ésta puede ser considerada desde dos perspectivas, según que se trate de un conglomerado sin ningún orden ni unidad, ni física ni moral, o en cambio, que los hombres se reúnan por un consentimiento común<sup>23</sup>. La proximidad física constituye el grado más débil de unión, aunque insuficiente para dar inicio a una comunidad política. La multitud de hombres no es *populus* sino desde la perspectiva de la unidad de sus voluntades. Tal debe ser la comunidad humana a la que va dirigida cualquier ley, la colectividad que acota el ámbito de seres racionales sujetos a ley. Esta comunidad unificada moralmente por las voluntades de sus miembros es la que tendría potestad de otorgar leyes<sup>24</sup>.

¿Surgieron históricamente las sociedades por ampliación de familias?

Los estudios etnográficos nos enseñan que aún quedan sociedades de bandas que no se sedentarizan, cuyo vínculo de unión se basa en la convicción interna en su procedencia de un antepasado común. No tenemos sino hipótesis sobre los elementos que impulsan el tránsito hacia sociedades más estratificadas y jerarquizadas, el abandono del modo de vida igualitario por otro jerarquizado, la sustitución de la reciprocidad como principio rector de las relaciones sociales por el criterio redistributivo y la especialización funcional. Acaso por una combinación de necesidad económica y compulsión física u otras constricciones psicológicas y territoriales, según la hipótesis del antropólogo Carneiro.

En la antigüedad Cicerón y Santo Tomás explicaban el desarrollo de las ciudades como expansión de las familias<sup>25</sup>. Suárez no se atiene al origen histórico, pero aunque lo hubiese incorporado a su argumentación ello no sería incompatible con la función que atribuye a la prestación implícita del consentimiento (Rommen 1951; Skinner 1986; Höpfl

---

<sup>23</sup> *De legibus* 3, 2, 4. Cfr. *De opere sex dierum* 5, 7, 3, donde los modos de expansión de las casas o familias corresponden a las dos modalidades de *multitudo hominum*.

<sup>24</sup> *De legibus* 3, 3, 5; 3, 11, 7; *Defensio fidei* 3, 2, 6.

<sup>25</sup> Cicerón, *de officiis* 1, 17, 54; Tomás de Aquino, *In politicorum*, lectio 1, n. 30 (Marietti).

2004). En algún texto nos cuenta que el poder regio puede obtenerse de varios modos: por acuerdo o por conquista, pero incluso cuando haya habido un consentimiento previo sin violencia no es corriente que se otorgue de una sola vez sino «por partes y como sucesivamente, a medida que crece el pueblo» (Suárez 1859, p. 212= *Defensio fidei* 3, 2, 19). Sus ejemplos serían las familias de Adán, Abraham o semejantes, donde se obedecía al principio al patriarca como a pariente y más tarde al ir creciendo el pueblo pudo extenderse el consentimiento a obedecerle también como a rey. Pensado de este modo puede decir que la potestad real y la comunidad perfecta tendrían juntamente principio a la vez.

Además de un vínculo social común (parentesco, proximidad) que una a las familias en la prosecución del bien de la colectividad para que su acción sea eficaz y duradera, se necesita también que se sometan (consentimiento) a una autoridad superior que las gobierne. Ese poder de mando no está vinculado a ninguna persona determinada ni requiere una forma determinada, por más que en este periodo se vea favorablemente la monarquía, desde luego esta es la opción de nuestro jesuita. Señal de que el poder soberano está modulado por la voluntad humana es que incluso los regímenes monárquicos tienen competencias divergentes entre sí según hayan sido instituidos, confiriendo al rey poder absoluto o limitado, compartiendo potestades legislativas para algunas cuestiones, muchas o pocas, instituyendo la elección o la sucesión hereditaria<sup>26</sup>.

Lo que importa es traer a colación el denominado «egregio axioma de la teología»: que ningún rey o monarca tiene o ha tenido inmediatamente de Dios el principado político sino mediante la voluntad e institución de los hombres (Suárez 1859, p. 209= *Defensio fidei* 3, 2, 10).

Cada una de las formas de gobierno son de derecho de gentes, no naturales, pues depende del consentimiento de la colectividad el constituir sobre sí un determinado régimen y si existe causa legítima cambiarlo.

La democracia suareciana no es un régimen ideal sino el presupuesto teórico imprescindible para argumentar que el pueblo es depositario de la soberanía mientras no se organice de otra manera eligiendo gobernantes. El objetivo de Suárez obviamente no era el populismo, sino atacar la pretensión del rey inglés de equipararse al Papa, apoyado en la perniciosa doctrina que Gerson y la Sorbona parisiense sostuvieron igua-

---

<sup>26</sup> *Defensio fidei* 3, 2, 15-20; *De legibus* 3, 4, 1-5.

lando a la iglesia y al estado al defender que el poder del Papa no venía directamente de Dios. Mas el conciliarismo era polémica pasada, así que la preocupación inmediata se volcaba en evitar al Pontífice injerencias seculares. Su blanco se dirige contra el cesaropapismo y el absolutismo.

#### 4. *El derecho bélico*

La guerra es concebida por los escolásticos hispanos como un instrumento jurídico para restaurar el orden alterado, que desempeña una función análoga a la que en el ámbito intra-estatal realiza el mecanismo jurídico del proceso contradictorio. Era doctrina común en los teólogos que la declaración de guerra justa requería tres o cuatro condiciones: autoridad del soberano, causa bastante, buena intención y modo conveniente. Por consiguiente, en el derecho bélico hay tres zonas afectadas según se contemple el momento temporal anterior, posterior o durante la contienda<sup>27</sup>.

4.1. Primero, la del *ius ad bellum*. La competencia para declarar la guerra reside claramente en los reyes y señores soberanos pues estos no tienen por encima una autoridad superior que deshaga los agravios. Más dudoso es, en cambio, el nivel de exigibilidad para determinar la justicia de la causa. La reflexión escolástica generalmente condiciona la justicia a la satisfacción de criterios procedimentales, enunciados, no obstante, con cierta generalidad. Francisco Suárez exige preceptivamente acudir a instancias arbitrales y a propios consejeros prudentes y entendidos que aclaren las razones prácticas y teóricas del conflicto, cuyo dictamen no parece vinculante ni siquiera cuando haya unanimidad<sup>28</sup>. Da la impresión de que toda la argumentación está orientada a preservar la tranquilidad de conciencia del soberano y encubrir su arbitrio con hebras de moralidad pues la fase deliberativa no condiciona la decisión previamente tomada.

Ya entonces era conocido que el probabilismo moral y el abuso del casuismo desembocan ineludiblemente en el inmoralismo. Las teorías de la guerra justa refuerzan planteamientos sumamente intervencionistas, con el riesgo añadido en nuestros días de que la pretensión univer-

---

<sup>27</sup> Este es el esquema que estructura la reciente elaboración de Walzer (2001).

<sup>28</sup> Suárez 1858, vol. 12, p. 749-50 =*De charitate* 13, 6, 5-6.

salista de la doctrina de los derechos humanos combinada con la posibilidad real de intervenir militarmente con la excusa o justificación humanitaria, encubra intereses espurios. Ello hace urgente la búsqueda de una fundamentación compartida que cierre la sospecha schmittiana de que apelar a la humanidad revela la pretensión de negar al enemigo la calidad de hombres. Esta «remoralización regresiva» (Ferrara 2006, p. 26) de la política y del derecho paradójicamente abocaría en el exterminio y la imposición de políticas de fuerza ocultados tras la retórica obscena de los derechos humanos.

4.2. El *ius in bello* exige proporcionalidad en los medios de defensa frente a la agresión. Sin embargo las nuevas guerras hacen imposible distinguir entre soldados y civiles (no implicados) porque la victoria depende de amedrentar a la población y colapsar la economía.

4.3. En el *ius post bellum*, la finalidad de la guerra no es solamente vencer sino asegurar la paz futura. Aunque Suárez rechaza por inícuca la hipótesis de la guerra-contrato, reformula su hipótesis sin atender a la causa y al erigir al vencedor en dueño de lo conquistado sin obligación de restituir, lo que está haciendo en realidad es fundamentar la guerra en el acuerdo tácito. Como observa Haggemacher (1983, p. 294), este razonamiento compartido por la escolástica jesuita viene a reconocer «la posibilidad de una guerra cuyos efectos son bilaterales y abstractos».

El vencedor de una guerra justa tiene derecho a resarcirse de todos los gastos y daños que le haya ocasionado la confrontación. Para ello puede ejecutar a los culpables después de haberles juzgado como responsables de crímenes graves y haber probado la culpabilidad, pues la responsabilidad penal es individual.

En cambio, la confiscación de bienes y privación de la libertad puede afectar a todos, también a los inocentes (mujeres, niños o cualquier otra persona que no pueda guerrear). Recomendando que estos inocentes estén sólo afectados subsidiariamente, cuando no fuera suficiente para obtener satisfacción con los directamente implicados (*De charitate*, 13, 7, 10-12). Esta grande extensión de la responsabilidad se explica en la doctrina suareciana porque la privación de libertad de los vencidos es consecuencia de su concepción de la guerra como mecanismo reparador de la injusticia y además por causa de una visión organicista del estado, de tal manera que por el delito del todo

puede ser castigada la parte que por sí misma no hubiera participado en el crimen<sup>29</sup>.

La cautividad por guerra fue la manera normal de extenderse la esclavitud, aceptada por todas las naciones como un sistema adecuado de reparación. Era tradicionalmente presentada como resultado de un progreso moral de la humanidad en cuanto había conseguido civilizar las consecuencias atroces de una guerra, preservando la vida a cambio de la libertad. Todos reconocían que continuaría existiendo mientras no se arbitrara otro remedio mejor. No se aplicaba entre correligionarios, pero sí a los infieles, e incluso Suárez la admitió para súbditos rebeldes que profesaran otra religión (apóstatas o sarracenos y para los moriscos tras las guerras de Granada)<sup>30</sup>. En cambio, se rechaza la controvertida teoría aristotélica de la esclavitud natural que fue seguida por Ginés de Sepúlveda.

4.4. Son títulos que justifican la guerra el defenderse de una agresión, lo cual es palmario cuando el país ha sido invadido, pero en el caso de Suárez es algo más complicado o equívoco en cuanto la reacción puede ser considerada agresiva, esto es injusta, si no hay continuidad temporal entre el primer acto invasor y el de respuesta. Igualmente justifican la declaración de guerra los clásicos títulos de derecho de gentes, impedimento a la libertad de tránsito y de comercio, a los que añade la lesión grave a fama y honra, campo abonado para justificar cualquier dislate (*De charitate* 13, 4, 3). Merece por nuestra parte alguna atención colacionar aquí los dos títulos que legitimarían la intervención bélica humanitaria, que son la defensa de los inocentes y la defensa de la naturaleza humana o vida social.

Admite un limitado derecho de injerencia en países extranjeros por razones humanitarias, solamente por causa de defensa de los inocentes, obviamente para impedir homicidios. Ahora bien, podemos observar un ligero atisbo de comprensión de los motivos del extraño cuando reconoce que acaso esos sacrificios humanos «sean de los malhechores justamente condenados a muerte», en cuyo caso no podrían ser atacados por este título de justicia (Suárez 1858, vol. 12, p. 449-50 = *De fide* 18, 4, 4)<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> *De censuris* 36, 3, 5; *De charitate* 13, 7, 12.

<sup>30</sup> *De charitate* 13, 7, 13.

<sup>31</sup> En relación con Suárez, *De charitate* 13, 5, 4; 13, 4, 4; 13, 5, 2 y 5. También Bar-tolomé de Las Casas, *Apología* cap. 33.

Un segundo título que podría justificar la intervención es la defensa de la naturaleza humana. Ahora bien, informa que hasta la fecha no se habían encontrado pueblos tan rudos o bárbaros que hicieran necesario su conquista para imponerles un sistema de vida social<sup>32</sup>.

En ningún caso es lícito intervenir con afanes expansionistas o de colonización ideológica. Es inadmisibles compeler a los paganos para que cambien sus creencias y abandonen sus ritos<sup>33</sup>. Porque no son súbditos de la Iglesia. Sin embargo, a pesar de la retórica casi multiculturalista, conocemos que este tipo de argumentos nutrirán las justificaciones alegadas por la Corona para mantener la presencia en América o establecer un protectorado –legalmente los indios son súbditos civiles como lo eran los peninsulares, aunque la peculiar institución de la *encomienda* los coloca en una situación prácticamente de esclavitud (Pagden 1990). El hecho de que los cristianos tengan un deber de difundir sus creencias es el presupuesto que da ocasión a la transformación del extraño en enemigo pues ante cualquier reacción adversa podrá acudir si es oportuno a la protección armada. De manera que la única posibilidad de que los indios no se vieran sometidos es que aparenten complacencia ante los requerimientos reiterados de los tenaces evangelizadores, para no darles ocasión de interpretar la indiferencia o desagrado como signo de hostilidad. Los visitados a su pesar tienen que admitir las prédicas de los visitantes, no una ni dos veces, sino las que hagan falta, pues no hay compulsión para que se conviertan, aunque siendo imparciales habremos de admitir cierta coerción indirecta al adoctrinamiento. Por cierto, hay esta vez una cerrazón a la dificultad de que comprendan lo que les dicen, no solamente por lo abstruso del misterio que se predica, sino obviamente por la brecha idiomática. Bartolomé de las Casas se burlará acremente de la pantomima del Requerimiento, que los españoles leían pero no en lengua nativa, anunciando a los indios sus intenciones pacíficas de evangelizar.

4.5. Encontramos otro momento interesante, esta vez cuando colisiona el deber religioso de bautizar a los niños infieles capturados en guerra justa con el derecho paterno de recuperarlos. Prevalece el resca-

---

<sup>32</sup> Suárez 1858, vol. 12, p. 450 =*De fide*, 18, 4, 5; y en relación con *De charitate*, 13, 5, 4-5.

<sup>33</sup> Sobre la difusión del evangelio, véase ahora ampliamente el artículo de Doyle 1991-92.

te, que es derecho de gentes y evita males mayores. Porque este derecho asegura la paz, el orden y la convivencia internacional, evita mayores males y homicidios (Suárez 1860, vol. 20, p. 445-6 =*De sacramentis* 25, 6, 5). Es curioso ver el cúmulo de razones para explicar que no es útil retener a los niños, pues de pequeños no dan más que molestias, sus dueños o captores serán con seguridad soldados, de vida agitada e inestable, pero es que incluso si se aboliera la posibilidad de capturar niños como botín esto desalentaría a los soldados, que irían remisos a la guerra y aún preferirían matarlos que retener a algún prisionero al que deban cuidar sin poder luego resarcirse.

Creemos detectar un trabado, mínimo pero imprescindible material para juridizar las relaciones conflictivas y reconducir el choque de intereses a un terreno común de reglas y valores. Paz, respeto de la vida, restauración de la familia, retorno de los individuos a sus raíces, cierto reconocimiento de creencias diferentes, aunque —eso sí— fuera de las fronteras, las relaciones internacionales no tienen que estar condicionadas por convicciones sobre la trascendencia sino por las constricciones para la convivencia pacífica en este mundo. Con ello Suárez da un paso más hacia el derecho internacional laico.

### 5. *Actualidad e insuficiencias del modelo*

Obviamente han transcurrido muchos siglos y los estados hoy tampoco son soberanos. Nunca gozaron plenamente de autarquía, como bien reconocieron Vitoria y Suárez, ni han podido mantenerse en espacios clausurados herméticamente al exterior. Arrastramos desde medio siglo o más la moda de proclamar la disolución de la soberanía y la insuficiencia del estado para dar respuesta tanto las necesidades globales como regionales, siendo necesario sustituir la unidad política estatal por otras nuevas superiores y subestatales. Pero este estado que agoniza parece gozar de una mala salud de hierro pues sigue siendo el actor principal en el concierto global, junto con otros desde luego, mas insustituible.

Los defensores de un orden mundial superador del llamado sistema westfaliano de relaciones internacionales abogan por una estructura de base cosmopolita y principios de justicia distributiva global. Los más radicales proponen una asociación de individuos y prescindir de los estados. En cambio está más extendida entre los herederos actuales del kantismo, la convicción de que las relaciones de cooperación en el orden

internacional deben asumir el respeto de los derechos humanos y los requisitos del constitucionalismo. Una asociación cosmopolita debería constituirse en torno a ciertas normas fundamentales compartidas. El proyecto elaborado por David Held (2002) refuerza las instituciones existentes, reformándolas sin prescindir de los estados en esta emergente sociedad civil global integrada por organizaciones formales o informales y espontáneas que se perciben mejor con la metáfora reticular (Julios-Campuzano 2005; Courtois 2004).

La configuración de este nuevo orden socio-económico poliédrico y multicéntrico muestra una vez más las dificultades del tránsito del cosmopolitismo moral al político. Fueron detectadas por nuestros escolásticos hispanos cuando recuperaron la noción de humanidad en sentido casi político a la par que rechazaron la posibilidad de un gobierno unificado<sup>34</sup>. Una insuficiencia fue no concebir organizaciones supranacionales que gestionen parcelas de soberanía y cuyos acuerdos sean efectivos porque los estados participantes se hayan autolimitado. No lo valoraban sino como derecho paccionado, no derecho de gentes que era prácticamente universal. También concebían la guerra como un mecanismo jurídico para restaurar la injuria y por esta vía configuran la posibilidad de utilizar los argumentos de justicia con fines políticos, la injerencia humanitaria como cobertura ideológica de intereses estratégicos. Es una cuestión candente en la actualidad. Para hacerla frente tenemos la propuesta descarnada de Alessandro Ferrara (2006) de reducir el elenco de derechos humanos universales de la Declaración de 1948 y sustituirlo por un listado muchísimo más restringido de derechos verdaderamente fundamentales, pero sobre todo con otra declaración en la que la existencia misma de estos derechos universales dependa del acuerdo entre todos los representantes de todos los estados del mundo y solamente los estados. Para lo cual habría que deshacerse como mínimo de la paridad de sexos o del igualitarismo individual, entre otros elementos sospechosos de liberalismo eurocéntrico que presumiblemente no compartirían los asiáticos.

Esto es desastroso pues supone desconocer lo que deberíamos tener muy presente gracias a los maestros del derecho natural y de gentes: que hay criterios, principios y reglas cuya validez no depende de su posición sino de la naturaleza de su contenido. Una cosa es que también los pueblos decentes hayan de ser tenidos en cuenta; pero otra muy dis-

---

<sup>34</sup> Josef Isensee (2004) nos enumera las razones contra un gobierno planetario. Por lo mismo son conocidos los argumentos de Danilo Zolo (2000; 2005).

tinta es que se destruya en su mismo núcleo el concepto de estos derechos existentes «*ante posita leges*». Esto es magna enseñanza de Suárez y los iusnaturalistas, desde luego.

Debemos recuperar nuestra tradición intelectual, desde luego criticarla y superarla, pero partir de ella o al menos conocerla. No sería necesario sostener que Suárez ha sido «*the consummator of the Catholic Enlightenment*» (Pereira 1999, p. 152), ni mucho menos «*a champion of cosmopolitan solidarity*» y del pluralismo cultural y político (Noreña 1997, p. 271), basta con la honestidad intelectual de reconocer que abrió paso al Derecho Internacional moderno cuando redujo los asuntos que forman parte de él (prácticamente tiene que ver con la paz y libertad de tránsito), se fijó en los actores que en los momentos difíciles tienen capacidad efectiva de hacer algo (los estados) y reivindicó la realidad de una comunidad mundial que es algo más que moral puesto que impone derecho imperativo; pero ese derecho no procede ni requiere un gobierno unificado.

Aunque persiste el riesgo de tergiversar principios y derechos, la importancia en cualquier lugar del mundo de decisiones tomadas por los defensores de los derechos humanos hace que hoy ningún gobernante tenga la seguridad de que sus actos criminales serán impunes o podrán ser amnistiados. Reconocer esta realidad no significa renunciar a la pretensión de acabar para siempre con el mal, pero siendo muy conscientes de que no es posible mezclar la realidad con el deseo ni confundir a los hombres con espíritus bondadosos. En el dominio de la vida hay una tensión irrebalsable entre lo impecable o angelical del moralista enrocado en su torre de marfil y lo implacable o demoníaco del realista político que condena su alma para desviar el curso de la historia. Es digno de resaltar que quienes por profesión y vocación eran pregoneros de la beatitud, no desconocían los abismos más lúgubres de la naturaleza humana y aportaron vías de solución superadoras. Sería de esperar que los actuales cosmopolitas bienintencionados asumieran el rigor de los viejos teólogos iusnaturalistas ignorados o despreciados por absolutistas y etnocéntricos. La libertad individual se defiende mal cuando confundimos el relativismo cultural con el escepticismo ético.

### Bibliografía

- CAVALLAR, Georg (2002): *The Rights of Strangers: Theories of International Hospitality, the Global Community, and Political Justice since Vitoria*, Aldershot- Vermont: Ashgate.

- (2005): «Cosmopolis. Supranationales und kosmopolitisches Denken von Vitoria bis Smith», *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 53, p. 49-67.
- COURTINE, Jean-François (1999): *Nature et empire de la loi. Études suarezien-nes*, París: Vrin.
- COURTOIS, Stéphane (2004): «Droits individuels ou droit des peuples? Forces et limites du cosmopolitisme contemporain», *Archives de Philosophie* 67, p. 629-642.
- CUENA BOY, Francisco (1999): «Imperio romano e imperio hispano en el Nuevo Mundo. Continuidad histórica y argumentos jurídicos en el *Tratado comprobatorio* de Bartolomé de Las Casas», *Boletín del Instituto Riva-Agüero* 26, p. 125-142.
- DOYLE, John Patrick (1991-92): «Francisco Suárez: On Preaching the Gospel to People like the American Indians», *Fordham International Law Journal* 15, p. 879-951.
- (1999): «Francisco Suarez on the Law of Nations», en M. W. Janis and C. Evans edtr., *Religion and International Law*, Lancaster, UK: Kluwer, p. 103-120.
- ELLIOT, John (1996): *El Viejo Mundo y el Nuevo (1492-1650)*, Barcelona: Alta-ya.
- FERRARA, Alessandro (2006): «La globalización del Derecho. Razones para una *Segunda Declaración de los Derechos Humanos Fundamentales*», *Claves de razón práctica* 160, p. 26-31.
- HAAKONSEN, Knud (1996): *Natural Law and Moral Philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HAGGENMACHER, Peter (1983): *Grotius et la doctrine de la guerre juste*, París: Presses Universitaires de France.
- HAMILTON, Bernice (1963): *Political Thought in Sixteenth-Century Spain. A study of the political ideas of Vitoria, De Soto, Suárez and Molina*, Oxford: Oxford University Press.
- HELD, David (2002): «Law of states, law of peoples: three models of sove-reignty», *Legal Theory* 8, p. 1-44.
- HÖPFL, Harro (2004): *Jesuit Political Thought: the Society of Jesus and the State, c. 1540-1630*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ISENSEE, Josef (2004): «Muchos estados en un mundo. Una apología», *Persona y Derecho* 51, p. 191-224.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (2005): «Globalización, pluralismo jurídico y ciencia del derecho», *Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto* 82, p. 47-84.
- KASER, Max (2004): *Ius gentium*, trad. F. J. Andrés, Granada: Comares.
- MURALT, André de (1978): «La structure de la philosophie politique moderne. D'Occam à Rousseau», *Cahiers de la Revue de théologie et de philosophie* 2, Genève- Lausanne- Neuchâtel.

- NOREÑA, Carlos G. (1997): «Francisco Suárez on Democracy and International Law», en K. White edtr., *Hispanic Philosophy in the Age of Discovery*, Washington, D. C.: The Catholic University of America Press, p. 257-271.
- PAGDEN, Anthony (1988): *La caída del hombre natural. El indio americano y los orígenes de la etimología comparativa*, Madrid: Alianza.
- (1990): *Spanish Imperialism and the Political Imagination*, New Haven and London: Yale University Press.
- (1997): *Señores de todo el mundo. Ideologías del imperio en España, Inglaterra y Francia (en los siglos XVI, XVII y XVIII)*, Barcelona: Península.
- PÉCHARMAN, Martine (1999): «Les fondements de la notion d'unité du peuple selon Suarez», en Y. C. Zarka edtr., *Aspects de la pensée médiévale dans la philosophie politique moderne*, París, Presses Universitaires de France.
- PEREIRA, Josef (1999): «The Achievement of Suárez and the suarezianization of thomism», en A. Cardoso et al. coords, *Francisco Suarez (1548-1617) Tradição e Modernidade*, Lisboa: Edições Colibri, p. 133-156.
- PEREÑA, Luciano (1973): «La génesis suareciana del *ius gentium*». Estudio preliminar a F. Suárez, *De legibus (II, 13-20)*, Corpus Hispanorum de Pace, volumen XIV, Madrid: CSIC, p. XIX-LXXII.
- PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique (1992): *La polémica sobre el Nuevo Mundo. Los clásicos españoles de la Filosofía del Derecho*, Madrid: Trotta.
- RENOUX-ZAGAMÉ, Marie-France (2003): *Du Droit de Dieu aux droits de l'homme*, París: Presses Universitaires de France.
- RIBADENEYRA, Pedro de (1945): *Historias de la Contrarreforma*, Madrid: BAC.
- ROMMEN, Heinrich (1951): *La teoría del Estado y de la Comunidad Internacional en Francisco Suárez*, Madrid: CSIC.
- RODRÍGUEZ PANIAGUA, José María (1960): «La caracterización del derecho natural y del derecho de gentes por los autores de la escuela española», *Anuario de Filosofía del Derecho* 7, p. 5-36.
- SCHNEEWIND, Jerome B. (1998): *The invention of autonomy: a history of modern moral philosophy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SKINNER, Quentin (1986): *Los fundamentos del pensamiento político moderno. II. La Reforma*, México: Fondo de Cultura Económica.
- SODER, Josef (1973): *Francisco Suárez und das Völkerrecht: Grundgedanken zu Staat, Recht und internationalen Beziehungen*, Frankfurt am Main: Alfred Metzner.
- SUÁREZ, Francisco (1858-1861): *Opera omnia*, 25 tomos, París: L. Vivès.
- TRUYOL, Antonio (1980): «Francisco Suárez en la evolución del derecho de gentes», *Cuadernos Salmantinos de Filosofía* 7, p. 27-41.
- TUCK, Richard (1998): «The institutional setting», en D. Garber and M. Ayers edtr., *The Cambridge History of Seventeenth-Century Philosophy*, Volume I: Cambridge University Press, p. 9-32.
- (1999): *The rights of War and Peace. Political Thought and the International order from Grotius to Kant*, Oxford-New York: Oxford University Press.

- VIOLA, Francesco (2004): «Derecho de gentes antiguo y contemporáneo», *Persona y Derecho* 51, p. 165-189.
- VITORIA, Francisco de (1960): *Obras de Francisco de Vitoria. Relecciones teológicas*, Madrid: BAC.
- WALZER, Michael (2001): *Guerras justas e injustas. Un razonamiento moral con ejemplos históricos*, Barcelona: Paidós.
- WESTERMAN, Pauline C. (1998): *The disintegration of natural law theory: Aquinas to Finnis*, Leiden-New York-Köln: Brill.
- ZOLO, Danilo (2000): *Cosmópolis. Perspectivas y riesgos de un gobierno global*, Barcelona: Paidós.
- (2005): *Los señores de la paz. Una crítica del globalismo jurídico*, Madrid: Dykinson, Instituto de Derechos Humanos «Bartolomé de las Casas».
- ZORITA, Alonso de (1992): *Relación de los señores de la Nueva España*, Madrid: Historia 16.

# El paradigma jurídico de la globalización

Por  
Alfonso de Julios-Campuzano

**Resumen:** El futuro del derecho en la era de la globalización es, por decirlo sutilmente, incierto. Tan incierto como que se halla seriamente amenazado en su concepción moderna de derecho regulador. El nuevo paradigma que la globalización inaugura nos presenta un derecho dependiente del subsistema económico, al cual se subordina, un derecho versátil, adaptable y flexible que poco o nada tiene que ver con esa apariencia de cientificidad del sistema jurídico completo, unitario y coherente de la modernidad. En nuestro tiempo, empero, esa sensación de crisis paradigmática parece haberse agudizado, en la medida en que ya no es sólo el paradigma del Estado social el que muestra debilidad, sino que la crisis afecta a la propia soberanía nacional y al modelo estatal de producción jurídica que manifiesta actualmente síntomas inequívocos de agotamiento. Sus principios resultan ya insuficientes, y su estructura jerárquica y su configuración unidimensional quedan en entredicho. El derecho del Estado es ahora sólo una de las formas posibles de juridicidad.

**Palabras clave:** crisis paradigmática, ordenamiento jurídico, pluralismo jurídico, globalización, Ciencia del Derecho.

**Abstract:** The future of law in the globalisation age is, talking softly, uncertain. Uncertain because is seriously threatened in its modern conception as a normative law. The new paradigm of law under globalisation looks as a law depending of economic subsystem. A new model of law which operates as an instrument of economical field, a versatile, changeable and flexible one opposed to the cientifical appearance of the complete, unitarian and coherent legal system of modernity. However, currently this feeling of crisis becomes more and more acute, not only because the well-known welfare state crisis, but the crisis affects tightly

to national sovereignty principle and its based-upon-state model of legal production. This implies, in sum, the questioning of hierarchical and one-dimensional conception of state-based law. The landscape of law in the future is, necessarily, a plural one.

**Key words:** paradigmatic crisis, legal system, legal pluralism, globalisation, Jurisprudence.

### *1. La globalización y la crisis paradigmática*

Por globalización nos referimos a un conjunto poliédrico y a menudo contradictorio de procesos económicos, políticos, sociales y culturales que son característicos de nuestra era. Ese conglomerado de procesos es, sin duda, uno de las claves explicativas de nuestro tiempo, y su impacto en las realidades humanas en su más amplia dimensión no puede ser soslayado si queremos comprender cabalmente los cambios que se están operando en la política, en la cultura, en el arte, en la economía o en el derecho.

En términos económicos, las figuras más relevantes de la globalización, liderada por firmas multinacionales, son el desarrollo de redes de producción internacionales, la dispersión de las plantas de producción entre diferentes países, la fragmentación técnica y funcional de la producción, la fragmentación de la propiedad, la flexibilidad de los procesos productivos, el abastecimiento mundial, la interpenetración de los mercados financieros internacionales, los flujos transnacionales de información, los cambios en la naturaleza del empleo y el surgimiento de nuevas formas de trabajo. Desde este punto de vista la globalización ha supuesto la aparición de nuevos actores, tales como las organizaciones no gubernamentales, las corporaciones transnacionales y los nuevos movimientos sociales, y ha tendido a debilitar, fragmentar e incluso reestructurar el Estado (Snyder, 1999).

Cuál haya de ser el papel del derecho en todo este intrincado laberinto de reacciones encadenadas es algo que está aún por discernir, pero mucho me temo que la ruptura de paradigmas culturales homogéneos, la fragmentación sociopolítica y la consagración de la pluralidad y de la diferencia también en el ámbito de los órdenes jurídicos pueden arrastrar a la quiebra de algunos de los principios que lo constituyen conforme al paradigma gestado a partir de la modernidad (Julios-Campuzano, 2000). Quiero decir con ello que cuanto más se afirma la autosuficien-

cia del orden económico para la regulación de los ámbitos vitales, más se supedita el papel del derecho a la propia satisfacción de los intereses retroalimentados por las sinergias de las fuerzas económicas. Y esto, como es obvio, sólo puede redundar en la derrota de la racionalidad de los fines en aras de una racionalidad puramente instrumental que convierte a los valores también en moneda de cambio. En algún lugar, Charles Taylor nos recordaba que no podemos dejar de organizarnos mediante mercados pero que no debemos consentir que el mercado domine todos los ámbitos vitales (Taylor, 1994).

Seguramente, en esta frase se contenga uno de los principales retos del derecho en nuestro tiempo: la tarea de sobrevivir a la onda expansiva de una economía devoradora, compulsiva y frenética, que convierte todo lo que toca en un asiento contable de una cuenta de resultados; la labor se antoja difícil, pero de ella depende algo mucho más importante que el prurito, a medias heroico, a medias narcisista, de la propia supervivencia. Porque si el derecho sucumbe ¿qué será de la razón? Y si la razón es vendida en pública subasta ¿quién pensará por nosotros? El futuro del derecho en la era de la economía global es el futuro de la razón y de la posibilidad de una existencia digna de los hombres sobre la faz de la tierra: es el futuro del planeta y el futuro de la especie (Julios-Campuzano, 2002, 2003).

Partiendo de esta intuición, José Eduardo Faría advierte que la globalización precisa de la articulación de nuevos paradigmas de lo jurídico. Se trata, como puede apreciarse, de algo esencial a la tarea de reconstruir el fragmentado panorama de un derecho desbordado por la propia aceleración de las coordenadas espacio-tiempo. Y es que el proceso exponencial de aceleración e integración de mercados, de flujos financieros, económicos y de mercancías a nivel planetario, ha provocado una espiral creciente de reacciones de descentralización y fragmentación del poder. La creciente concentración a nivel global del poder económico desafía continuamente las estructuras político-jurídicas contemporáneas que se ven desbordadas por la irrupción de las coordenadas tecnológicas en el ámbito de la producción, del consumo y de la distribución de los bienes. La generalización del uso de las nuevas tecnologías en los diversos sectores económicos, desde la producción de mercancías a los mercados financieros y de capitales, ha supuesto la creación de una tupida red de intereses transnacionales que escapan a todo control político. Hemos entrado, sin duda, en una nueva configuración de las relaciones económicas, sociales y políticas que están alterando drásticamente nuestra propia compren-

sión de la realidad y la propia capacidad del orden jurídico para dar respuesta a las demandas apremiantes de un tiempo que se precipita en «*futuro continuo*». Por eso, indica Faria, el pensamiento jurídico contemporáneo parece estar enfrentándose a un drama de singular relevancia, pues hasta hace muy poco tiempo el escenario social, político, económico y cultural se había identificado con los Estados-nación y con su capacidad para articular y ordenar políticas públicas en orden a la consecución de determinados fines colectivos. El Estado, a través de sus mecanismos de representación y legitimación, era el principal actor de la vida política, un actor libre, autónomo y soberano, dotado de condiciones jurídicas y políticas para la producción de normas y la implementación de políticas. Y el ámbito internacional, durante mucho tiempo, fue también un desdoblamiento de las propias políticas y actores estatales (Faria, 2000).

Ese escenario es, ya, desde ahora, una reminiscencia del pasado. El complejo mundo de las relaciones internacionales ha dejado de ser unitario y también cesó de ser internacional en el sentido más puro del término. Hablamos ya de un espacio global que es, a la vez, múltiple e interdependiente. Frente a la simplicidad del contexto internacional, el espacio global es, a su vez, el precipitado de una multiplicidad de espacios y de escenas geográfico-temporales que se superponen y que interseccionan. Y en ese nuevo panorama el Estado queda descolocado, fuera de juego, al albur de las marejadas de múltiples e imprevisibles fuerzas de diversa naturaleza. En ese nuevo orden socio-económico poliédrico y multicéntrico, «*el derecho positivo afronta dificultades crecientes en la edición de normas vinculantes para los distintos campos de la vida socioeconómica; sus «reglas de cambio», sus «reglas de reconocimiento» y sus «reglas de adjudicación», que hasta entonces aseguraban la operatividad y la funcionalidad del sistema jurídico, se revelan ahora ineficaces; los derechos individuales, los derechos políticos y los derechos sociales, institucionalizados desde hace tiempo, son crecientemente «flexibilizados» o «descontitucionalizados»; conflictos colectivos de carácter pluridimensional son cada vez más difícilmente encuadrables en textos legales originariamente concebidos para dirimir conflictos unidimensionales e interindividuales; la intensificación de situaciones de interdependencia a escala mundial «desterritorializa» las relaciones sociales; la multiplicación de reivindicaciones por derechos de naturaleza supranacional relativiza el papel del Estado-nación, cuyo trazo característico principal es —entre otros— la territorialidad como unidad privilegiada de interacción; y las tradicionales normas abstractas,*

*generales e impersonales, articuladas en términos jerárquicos por una estructura constitucional, se ven crecientemente desafiadas en su efectividad por la aparición de reglas espontáneamente generadas en los diferentes ramos y sectores de la economía, a partir de sus necesidades específicas (como es el caso, por ejemplo, de los procedimientos normativos provenientes de las prácticas mercantiles adoptadas por las empresas transnacionales en la economía mundial)» (Faria, 2000, 15).*

## 2. Cartografía de la producción jurídica plural

Contemplado desde esta perspectiva, el futuro del derecho en la era de la globalización es, por decirlo sutilmente, incierto. Tan incierto como que se halla seriamente amenazado en su concepción moderna de derecho regulador. El nuevo paradigma que la globalización inaugura nos presenta un derecho dependiente del subsistema económico, al cual se subordina, un derecho versátil, adaptable y flexible que poco o nada tiene que ver con esa apariencia de cientificidad del sistema jurídico completo, unitario y coherente de la modernidad.

La globalización, inopinadamente, supone fractura, multiplicación, descentralización y diversificación de las instancias jurídicas de producción normativa. Y esto conlleva, en última instancia, una quiebra del propio ordenamiento jurídico y de algunos de sus principios fundamentales. De este modo, la globalización permea las estructuras estatales y determina la propia producción jurídica de los Estados nacionales, condicionando seriamente la discrecionalidad de los legisladores y socavando la congruencia relativa entre los espacios políticos, económicos y culturales. Como consecuencia de ello, no sólo la soberanía nacional, sino también la categoría de soberanía popular, tan crucial para la idea democrática, se vuelve problemática (Lechner, 1993). Queda claro, con ello, que la globalización exige una recomposición de lo jurídico, profundamente alterado en su funcionamiento por la irrupción de esas nuevas formas de producción normativa; recomposición que pasa necesariamente por la necesidad de concebir el derecho desde una perspectiva global, superando los localismos anacrónicos de los viejos sistemas jurídicos estatales para articular respuestas globales a problemas de alcance planetario.

En definitiva, el impacto que la globalización produce sobre el orden jurídico es, sin duda, trascendente. Tanto que voces autorizadas del pensamiento jurídico contemporáneo han coincidido en señalar que la irrup-

ción de la globalización en el ámbito de las relaciones económicas, sociales y políticas provoca profundas alteraciones y disfunciones en la concepción jurídica tradicional, cuya vigencia se ve de esta forma cuestionada cada vez con mayor insistencia. La globalización introduce una ruptura con el paradigma jurídico anterior, en la medida en que rebasa los conceptos, categorías e instituciones del derecho regulador. Bien es cierto que la crisis paradigmática no es un fenómeno radicalmente nuevo. Va unida a la debilidad del paradigma jurídico del Estado social que se hace especialmente patente a partir de los años setenta y que adquiere carta de naturaleza, como recuerda Habermas, al convertirse en tema expreso de la dogmática jurídica (Habermas, 1998). La crisis de ese paradigma tiene mucho que ver sin duda con la compleja, escabrosa e impenetrable estructura del orden jurídico del Estado social, en el que no sólo conviven distintas y contradictorias orientaciones programáticas —condicionales o finalistas— sino que la sobreabundancia de normas y la aparición de tipologías normativas también novedosas con respecto al periodo anterior, como son las normas procedimentales y de organización, no contribuye a la racionalización y simplificación del sistema, antes bien, sigue compeliendo al legislador a regular materias complejas y ámbitos funcionales que obedecen a su propia lógica interna<sup>1</sup>. Existe, además, una circularidad interna entre la complejidad del ordenamiento y la potestad regulatoria de la administración. En palabras de Schuck: «*El movimiento hacia la potestad normativa de la administración está íntimamente conectado con el creciente recurso a la discrecionalidad administrativa como modalidad legal dominante, y ese ejercicio de discrecionalidad genera, a su vez, mayor complejidad*» (Schuck, 2000, 8).

En nuestro tiempo, empero, esa sensación de crisis paradigmática parece haberse agudizado, en las medida en que ya no es sólo el paradigma del Estado social el que muestra debilidad, sino que la crisis afecta a la propia soberanía nacional y al modelo estatal de producción jurídica que manifiesta actualmente síntomas inequívocos de agotamiento.

---

<sup>1</sup> El derecho característico del Estado social viene definido, como pone de manifiesto la juridificación del campo de lo social, por una situación paradójica cifrada en la ambivalencia de aseguramiento de la libertad y sustracción de la libertad que resulta de la dialéctica de la libertad jurídica y la libertad fáctica y que, por tanto, surge de la propia estructura de ese proceso de juridificación. Habermas certifica el agotamiento del paradigma del Estado social cuyos efectos se han trasladado al ámbito jurídico provocando con ello una reflexión de los expertos en derecho y un estudio de los modelos sociales inscritos en el propio derecho (Habermas, 1998).

Sus principios resultan ya insuficientes, y su estructura jerárquica y su configuración unidimensional quedan en entredicho. El derecho del Estado es ahora sólo una de las formas posibles de juridicidad. Y no la más importante si atendemos a las limitaciones que los nuevos actores jurídicos introducen con sus nuevas formas de juridicidad en el espacio de gobernabilidad de los legisladores estatales. Por eso, quienes sostienen la tesis del agotamiento del paradigma jurídico basado en la unidad de producción normativa del Estado nacional alegan con convicción irrefutable que el pluralismo normativo introduce un sesgo diferenciador esencial en el desarrollo del fenómeno jurídico en la era de la globalización.

La globalización supone así una ruptura importante en lo referente a las formas de producción jurídica. Adiós al imperio del derecho uno y estatal, cuya existencia presuponía racionalidad y orden. Adiós al protagonismo jurídico del Estado como elemento vertebrador del sistema jurídico, como actor único en el escenario de una producción legislativa centralizada<sup>2</sup>. Se acabó el imperio del derecho estatal porque su reino ya no es de este mundo; ya no nos sirve para solucionar la cascada de problemas que afectan al género humano en cualquier lugar del planeta<sup>3</sup>. El nuevo escenario está plagado de incertidumbres, incertidumbres que penetran también en la esfera jurídica; la existencia de un panorama jurídico complejo, difuso y deshilvanado no puede sino sumirnos en la perplejidad.

Inmerso en esa preocupación, Jarrod Wiener se pregunta por el impacto de la globalización en términos de producción normativa y de armonización jurídica<sup>4</sup>. Es evidente que la globalización ha generado

---

<sup>2</sup> Sobre este aspecto, Prieto Sanchís concluye: «*En suma, la concepción decimonónica de las fuentes del Derecho, que prácticamente se reducía al monopolio y a la omnipotencia del Derecho del Estado, expresado a través de la ley, puede considerarse superada*» (Prieto, 1999, 19).

<sup>3</sup> La vastísima bibliografía sobre la crisis del modelo estatal es tan prolija que podría llenar bibliotecas enteras. Ello nos obliga a ser extraordinariamente escuetos. Algunos análisis interesantes, recogidos en Held, D. and McGrew, A. (2000), son los de Keohane, R.O., «Sovereignty in International Society»; Mann, M., «Has Globalization Ended the Rise and Rise of the Nation-State?», y Strange, S., «The Declining Authority of the States». Ver también Krasner, S.D (1995).

<sup>4</sup> Acerca de los interrogantes que le acucian, el autor se pregunta: «*How do states that are highly integrated into transnational networks ensure that their laws and regulations apply to transnational criminals? How do states protect their economic security from shocks from outside, such as the collapse of imprudently supervised banks? How do states protect their societal security from undesirable transnational forces that puncture their borders by means of computer network?*» (Wiener, Jarrod, 1999, p. 1).

nuevas interacciones que colisionan con los esquemas clásicos de validez y vigencia territorial de las normas jurídicas y, en la medida en que esto sucede, el derecho se queda inerte ante su incapacidad para dar una respuesta adecuada a fenómenos que escapan a la posibilidad de un control inmediato y directo por parte del derecho estatal. La disolución de las coordenadas espacio/tiempo a través de la contribución de las nuevas tecnologías ha traído consigo algunos problemas de indudable calado que conciernen, por ejemplo, a conflictos en torno a cuál haya de ser la legislación aplicable en múltiples supuestos, cuestión particularmente candente a la vista de las inagotables posibilidades que ofrece Internet para la criminalidad internacional: ¿cómo ha de procederse —por ejemplo— cuando un delito se produce a través de la red desde un tercer Estado no afectado directamente por la acción delictiva? Estos y otros interrogantes conducen al autor a concluir que *«la tecnología ha conectado a sociedades e individuos situados en diferentes partes del globo hasta tal extremo que el potencial surgido de esa mirada de relaciones sociales ha avanzado mucho más rápido que las instituciones sociales que gobiernan esas relaciones. Los individuos se han convertido en actores globales, mientras que las estructuras que establecen reglas, derechos y obligaciones permanecen unidas al territorio y a una concepción de la sociedad previa a la era de la información»*(Wiener, 1999, viii).

La porosidad del Estado es también la porosidad del derecho estatal y de la concepción sistemática que le es inherente. El ordenamiento jurídico es ya otra cosa. La estructura piramidal que tanto juego había dado hasta ahora para explicar y comprender la jerarquía normativa y el principio de unidad es ya una pieza de museo entre los recursos pedagógicos de la docencia del derecho. Nadie puede ya reducir el pluralismo normativo a una unidad forzada en cuyo vértice aparece, por mor de la cientificidad, una norma presupuesta. En los tiempos actuales, un planteamiento de esta naturaleza resulta difícilmente asumible aun recurriendo a una norma existente, de forma real y efectiva, como es la constitución. El concepto de orden en su dimensión tradicional parece así desvanecerse; en su lugar, parece que sólo podemos aspirar a un equilibrio precario que permita salvaguardar una dosis relativa de seguridad jurídica. La superposición de los múltiples niveles de juridicidad y su frecuente solapamiento introduce de esta forma un elemento desestabilizador en aquella concepción sólidamente asentada del derecho cierto, previsible y regular. La multiplicación de las instancias legislativas y la propia proliferación de arsenal normativo estatal ha creado un panora-

ma difuso en el que el concepto de ordenamiento en su acepción clásica o tradicional ha quedado diluido: «*La pluralidad de fuentes —afirma Prieto Sanchís— representa no solo un golpe mortal para el legalismo estatalista, sino que obliga a también a replantearse en otros términos la idea de unidad del ordenamiento; unidad que ya no puede lograrse a través de un sistema jurídico jerarquizado y escalonado, sino que precisamente intenta reconstruirse a partir de la Constitución como expresión de un marco de consenso y unidad, ya no formal, sino material y sustantivo y, sobre todo, procedimental, donde han de coexistir diversas concepciones de la justicia*» (Prieto, 1999, 37).

La multiplicación de las instancias productoras de derecho y la concatenación de sus respectivos ámbitos de validez convierte al sistema jurídico en algo abierto, flexible y poroso cuyas normas se entrelazan sin fin con normas procedentes de distintas instancias, de modo que el sistema se expande a través de los múltiples nexos colaterales de complejas redes normativas. En este nuevo escenario el reparto ha cambiado: ya no es el Estado el que asume el peso de la función; amén de un amplio repertorio de instancias creadoras de juridicidad, al margen de la propia oficialidad estatal, el Estado ha de convivir con agencias administrativas, corporaciones de derecho público, que participan de redes normativas de carácter transnacional. Como ha puesto de relieve Slaughter, estas nuevas agencias estatales poseen autonomía y capacidad reguladora y se relacionan entre ellas a través de complejas redes que se extienden por todo el mundo. Estas «redes gubernamentales» o, más generalmente, «redes regulatorias transgubernamentales» actúan de forma rápida, flexible y descentralizada, atributos que le permiten funcionar de forma óptima en un medio ambiente de informaciones vertiginosamente cambiante. A partir de ahí, Slaughter ofrece una clasificación de las redes transgubernamentales de la cual nos servimos para exponer las características principales de la diversas estructuras de cooperación transgubernamental:

- a) Redes gubernamentales en el seno de organizaciones internacionales: este modelo resulta, hasta cierto punto habitual pues refleja la participación de los gobiernos, a través de agencias u organismos autónomos en foros e instancias internacionales. El elemento distintivo reside, sin embargo en la especialización de los miembros de la agencia y en su propia autonomía en los procesos decisorios. Una vez que la agencia se ha incorporado

al organismo internacional, su dependencia jurídica respecto del Estado permanece intacta, su dependencia fáctica, por el contrario, resulta ser al final una mera apariencia tanto como su propia legitimidad democrática —a título meramente ejemplificativo podremos citar el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional o la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico—.

- b) En segundo lugar, las redes gubernamentales incorporadas a la estructura de un acuerdo ejecutivo: se trata de un modelo menos ortodoxo, por cuanto que surge fuera de una institución internacional formal. No obstante, los miembros de estas redes operan dentro de una estructura acordada previamente por sus respectivos gobiernos. Entre ellos, pueden citarse, p.e., los acuerdos ejecutivos entre el presidente de los Estados Unidos y el presidente de la Comisión Europea para fomentar la creciente cooperación, incluyendo la Declaración Transatlántica de 1990, la nueva Agenda Transatlántica de 1995 y el Acuerdo de Asociación Económica Transatlántica de 1998. Otros acuerdos de esta naturaleza se han producido en el marco del G-7, recientemente rebautizado como G-8 tras la incorporación de la Federación Rusa.
- c) Por último, hay que mencionar a las redes gubernamentales espontáneas, que surgen de la interacción de agencias que actúan en el ejercicio de su autonomía y emergen, fuera de toda oficialidad, ya adopten la forma de tratados, convenios o acuerdos ejecutivos. Su carácter necesariamente informal las convierte en redes esencialmente incontrolables pues, al amparo de la laxitud de su estatuto jurídico, crean modelos de cooperación transgubernamental que excede en la práctica el propio marco jurídico estatal (Slaughter, 2001).

Esta proliferación pone de relieve que la interdependencia y homogeneización de lo económico no va seguida de un proceso paralelo en el ámbito jurídico, cuyos centros de producción se multiplican a nivel global abriendo con ello una fase de feudalización de lo jurídico: frente a la razonable unidad en los focos de producción legislativa del Estado-nación, la globalización ha comportado un proceso de fragmentación, de descentralización y de multiplicación de las esferas de producción jurídica. Frente al formalismo jurídico del Estado de Derecho, surge

ahora un «derecho sumergido», que es a la vez emergente, y que quiebra de pleno las dinámicas «legitimadoras» del Estado democrático; un derecho informal, cambiante, versátil, adaptable y flexible, capaz de dar respuesta a las demandas crecientes de los flujos financieros y económicos globales. El carácter distintivo de ese derecho global —indica Fitzpatrick— es que no es un derecho nacional; va mas allá de él y, como consecuencia de ello, lo debilita y lo hace crecientemente irrelevante (Fitzpatrick, 2001). Ese pluralismo jurídico global se caracteriza, fundamentalmente, por dos elementos que son señalados por Snyder:

- 1) En primer lugar, un elemento estructural, relativo a la variedad de instituciones, normas y procesos de resolución de conflictos registrados y localizados en diferentes ámbitos del mundo, entendiendo por tal no un espacio necesariamente geográfico sino un foro o una institución, como el arbitraje comercial, las asociaciones de comercio, etc.
- 2) En segundo lugar, un elemento relacional, que concierne básicamente a las relaciones entre ámbitos de naturaleza diversa en términos de estructura y de proceso. Estas relaciones de estructura y proceso constituyen el campo jurídico global y determinan las características básicas del pluralismo jurídico global, tales como la igualdad o la jerarquía, el dominio o la sumisión, la creatividad o la imitación y la convergencia o la divergencia<sup>5</sup>.

Ese pluralismo jurídico global, agrega Snyder, no es sólo una parte importante del contexto en el que las redes económicas globales se construyen, en el sentido de que es un factor que debe ser tenido en cuenta por los actores estratégicos, sino que es parte integrante, constitutiva, de las redes económicas globales: *«En otras palabras, las redes económicas globales son construidas sobre un campo de juego global, que es organizado o estructurado parcialmente por el pluralismo jurídico global. El pluralismo jurídico global, sin embargo, no se limita a propor-*

---

<sup>5</sup> En términos de relación estructural, por ejemplo, los ámbitos pueden ser autónomos o incluso independientes, parte del mismo o de diferentes regímenes, parte de un sistema simple o complejo de gobernación. En términos de proceso, pueden ser totalmente diferentes, coincidir parcialmente o formar parte de un conjunto más amplio, conjunto estructural, formado a través de la convertibilidad mutua de reglas y recursos en un dominio de acción en el que uno pertenece al otro (Cfr. Snyder, 1999, 15-16).

*cionar las reglas del juego, sino que constituye el juego mismo, incluyendo a los jugadores»* (Snyder, 1999, 16-17).

De este análisis, Snyder extrae unas cuantas conclusiones que someramente exponemos: a) el pluralismo jurídico global es un modelo explicativo que nos permite comprender el fenómeno de la multiplicidad de ámbitos o emplazamientos que operan en la economía global con morfología de red; b) en segundo lugar, esos ámbitos pueden ser clasificados provisionalmente en tres amplias categorías: unos están basados en el mercado y son fruto de la acción directa de los actores económicos en el desarrollo de sus transacciones; otros se constituyen sobre una base política, integrándose por tanto en el diseño institucional de las estructuras políticas establecidas; los terceros, por último, están basados en convenciones y derivan, consiguientemente, de acuerdos o tratados internacionales; c) en tercer lugar, esos diferentes ámbitos difieren en su estructura institucional, esto es, en sus instituciones, normas y procesos, lo cual no impide que exista una trama de interrelaciones sobre la base de acuerdos institucionales sobre jurisdicción o sobre la interconexión de sus procesos de resolución de conflictos; d) los ámbitos no son igualmente vulnerables a las presiones económicas, de modo que su permeabilidad depende en gran medida de la propia configuración de las instituciones, de los procesos y de los tipos de normas; e) las organizaciones internacionales que ocupan el mismo espacio en cadenas globales de mercancía están a menudo en conflicto; f) considerados en su conjunto, los diferentes ámbitos no están ordenados necesariamente de manera jerárquica entre ellos; g) finalmente, estos ámbitos o emplazamientos no actúan, normalmente, como alternativas en la resolución de conflictos, como se podría esperar si uno presume que las normas que gobiernan las redes económicas globales están ordenadas de forma jerárquica, sino que actúan de forma sectorial y a menudo vinculada con otros ámbitos mediante relaciones de interdependencia (Snyder, 1999).

### 3. *La Pulverización del Derecho Legislativo*

La expansión de las nuevas formas de organización económica se proyecta hacia el ámbito político creando formas también nuevas de distribución del poder que vienen a superponerse o a limitar jurídica o fácticamente el alcance competencial real de las estructuras jurídicas estatales. El derecho formal del Estado se ve así constreñido por un caudal

normativo flexible cuya producción ignora garantías esenciales del Estado de Derecho, un derecho que se elabora al margen tanto de las exigencias básicas de legitimación democrática de carácter consensual como de los criterios de legitimidad de las normas en función de su contenido, cuyos límites vienen establecidos en las constituciones estatales en forma de derechos fundamentales. La ingente producción normativa de los múltiples centros de poder en la era de la globalización conculca garantías y principios esenciales del derecho moderno, como la propia publicidad de las normas y los cauces procesales de producción establecidos en garantía de los propios ciudadanos.

Como advierte Zagrebelsky, nuestro tiempo está marcado por lo que el autor denomina la «pulverización» del derecho legislativo, fenómeno que tiene su causa en la multiplicación de leyes de carácter sectorial y temporal, normas, en definitiva, de reducida generalidad o de bajo grado de abstracción (Zagrebelsky, 1995). Las razones de esa desaparición de las características clásicas de la ley se pueden cifrar, sintéticamente, en el carácter extraordinariamente heterogéneo de nuestras sociedades, caracterizadas por una amplia diversificación de grupos y estratos sociales que provoca una acentuada diferenciación de tratamientos normativos, ya sea como implicación empírica del principio de igualdad del Estado social, ya sea como consecuencia de la presión que los intereses corporativos ejercen sobre el legislador. Además, la vitalidad de esos grupos exige con frecuencia la promulgación de normas jurídicas específicas y temporales, cuya producción afecta al principio de abstracción. Debe considerarse, por último, el carácter crecientemente «contractual» de los contenidos de la ley, en la medida en que los procesos de elaboración legislativa están cada vez más mediatizados por la intervención de múltiples actores sociales (organizaciones de consumidores, sindicatos, partidos, etc.) que «consensúan» con el poder político el contenido de las normas, lo cual rezuma ocasionalidad. Se quiere decir con ello que la estabilidad de las normas se ve amenazada por la correlación de fuerzas entre esos grupos de presión y actores sociales, que pugnarán cuando se incremente su cuota de poder social por cambiar las normas por otras más favorables. Esa amplia «contractualización» de la ley produce una situación en la que las mayorías legislativas de carácter político son sustituidas, cada vez con más frecuencia, *por cambiantes coaliciones legislativas de intereses* que operan mediante el sistema del *do ut des*. Al socaire de este regateo, la racionalidad del ordenamiento parece saltar en pedazos, pues a menudo las leyes pactadas, para poder conse-

guir el acuerdo social y político que persiguen, no sólo resultan contradictorias, caóticas y oscuras, sino que transmiten la idea de que todo es susceptible de transacción entre las partes, incluso los más altos valores, los derechos más intangibles. La ocasionalidad que esto provoca, sentencia Zagrebelsky, «*es la perfecta contradicción de la generalidad y abstracción de las leyes, ligadas a una cierta visión racional del derecho impermeable al puro juego de las relaciones de fuerza... En estas circunstancias, se reduce notablemente la aspiración de la ley a convertirse en factor de ordenación. Más bien expresa un desorden al que intenta, a lo sumo, poner remedio ex post factum*» (Zagrebelsky, 1995, 38).

El impacto que la globalización tiene sobre la propia estructura estatal afecta, como es evidente, a su organización institucional y provoca una crisis del principio de soberanía que, de una u otra forma, se traduce a nivel interno también en forma de crisis de legitimidad. El surgimiento de cauces informales de producción jurídica alcanza, qué duda cabe, a los mecanismos legitimadores del Estado de Derecho, de tal guisa que esas nuevas fuentes de producción normativa provocan la quiebra del principio democrático en la medida en que representan expresiones de juridicidad ajenas a los circuitos de formación de la voluntad colectiva. No faltan quienes vinculan esta irrupción de nuevas formas de juridicidad al fenómeno de la postmodernidad. Esa es la tesis, entre otros, de Paulo Ferreira da Cunha: «*Paralelamente, nuevas formas de Derecho van ganando fuerza. De nuevas praxis, la costumbre. De nuevo, el contrato. De nuevo, las normas corporativas. Bien sea al nivel microscópico de las empresas, de la vecindad, de los sindicatos, de las asociaciones, o bien al nivel macroscópico de las relaciones internacionales (CEE, Lex Mercatoria, etc.), el Derecho estatal y legal cede terreno para dar paso a fórmulas alternativas que bien podrían ser, en su pluralidad y hasta en su fragmentación un tanto caótica, propias de la postmodernidad*» (Ferreira da Cunha, 1991, 55)<sup>6</sup>.

De esta forma, la concepción monista del fenómeno jurídico, que identificaba el derecho con el derecho del Estado en cuanto derecho único y racional, es progresivamente suplantada por nuevos cauces y for-

---

<sup>6</sup> Este planteamiento resulta ser compartido por un amplio espectro de la doctrina, entre los que destaca, de manera notoria, además de la posición de Ferreira da Cunha, la aportación de Boaventura de Sousa Santos. Nuestra posición sobre esta cuestión ha quedado fijada en De Julios-Campuzano, 2000.

mas de producción jurídica que comienzan paulatinamente a abrirse paso en un contexto interdependiente; y esas nuevas formas jurídicas transnacionales permean los ámbitos hasta ahora impenetrables y autosuficientes de los ordenamientos jurídicos estatales. De esta guisa, se generan lo que Habermas ha denominado agujeros de legitimidad, ocasionados fundamentalmente por los desplazamientos de competencias del Estado no sólo a nivel supranacional. En este ámbito la proliferación de organizaciones internacionales de muy diversa configuración y características provocan una eclosión de normatividades en conflicto que se interrelacionan creando relaciones mutuas de interdependencia y de recíproca exclusión. Junto a las organizaciones gubernamentales internacionales y las conferencias internacionales permanentes, las organizaciones no gubernamentales, como *Amnistía Internacional* y *Greenpeace*, tienen cada vez un poder mayor en el contexto transnacional y acceden con facilidad a la red informal de instancias productoras de derecho. Como ha subrayado Nowrot, en el contexto de las complejas interacciones de la globalización, la sociedad internacional ha de funcionar como un sistema abierto que posee la flexibilidad necesaria para conformar una nueva dinámica de desarrollo del sistema internacional, a través de la incorporación de nuevas y poderosas entidades no estatales capaces de actuar como sujetos del derecho internacional y proporcionar un marco jurídico para sus actividades<sup>7</sup>.

Sin embargo, esa visión pluralista del fenómeno jurídico como algo esencialmente diverso y complejo compite con aquella configuración tradicional de lo jurídico como expresión de la estructura estatal, no sólo a nivel internacional sino también a nivel interno. El impacto de estas nuevas formas de juridicidad está aún por calibrar, pero estamos en condiciones de augurar que su irrupción anticipa el final de una época que, marcada por el apogeo de la concepción científicista del derecho y de la dogmática jurídica, estableció una identificación plena entre los principios de legitimidad, estatalidad y racionalidad a tenor de la cual el derecho es considerado legítimo no en función de algún factor metajurídico, sino por

---

<sup>7</sup> Un estudio exhaustivo del impacto que las Organizaciones no Gubernamentales están teniendo en la conformación del derecho contemporáneo y los cambios que se están produciendo como consecuencia de su acción, puede encontrarse en el trabajo de Nowrot, 1999 (cfr. especialmente, p. 613); Sobre la pérdida creciente de protagonismo de los Estados en el ámbito internacional y el auge de nuevos foros puede verse Habermas, 2000, 94-97.

ser el único derecho, estatal y racional. Esta concepción, en última instancia, se resuelve, como recuerda el profesor Coelho, en una tautología, según la cual el derecho es legítimo porque es el derecho y es el derecho porque es legítimo (Coelho, 1991). Esa identificación formal entre derecho y Estado a partir de la equiparación incondicional entre legitimidad y legalidad fue gráficamente reflejada por Kelsen cuando afirmó que todo Estado, por el mero hecho de serlo, es Estado de Derecho (Kelsen, 1925).

La quiebra del modelo centralizado de producción jurídica provoca una dispersión del derecho socialmente válido, un derecho que rompe con frecuencia los cauces formales de validez y que penetra intersticialmente los ámbitos no regulados del derecho estatal; un derecho que adquiere dimensiones cada vez más inabarcables y que define y completa el ámbito de la producción jurídica tradicional a distintos niveles. La descentralización del poder, la multiplicación y proliferación de instancias de gobierno en los distintos ámbitos de la vida social y política se traduce en una multiplicación de nuevas formas de producción jurídica, de suerte que la variedad normativa corresponde así a diversos niveles de alcance. En cualquier caso, el nuevo orden internacional emergente apunta hacia un orden multilateral en el que el Estado habrá de redefinir su papel en las nuevas coordenadas de la interdependencia y compartir el escenario que hasta ahora ocupaba en solitario con nuevos actores internacionales que constituyen, ya hoy, una pujante realidad; ese es el caso de las Organizaciones no Gubernamentales y de las corporaciones transnacionales. La transición desde una sociedad internacional hacia una sociedad global esta cristalizando en una organización multilateral del espacio transnacional, fiel reflejo de una sociedad civil crecientemente activa caracterizada por la proliferación, no necesariamente negativa, de actores transnacionales (Nowrot, 1999).

En consecuencia, la ruptura del paradigma unitario del derecho vinculado al dominio jurídico-político del Estado-nación ha traído consigo un panorama de pluralismo normativo, en el que conviven simultáneamente y en ámbitos coincidentes de la vida socio-política, diferentes órdenes normativos con espacios regulatorios compartidos y frecuentes intersecciones en sus contenidos prescriptivos; normas jurídicas superpuestas y parcial o totalmente coincidentes en sus ámbitos de validez que se entrecruzan de modo constante, creando con ello problemas nuevos y de difícil solución con los recursos que proporcionan los conceptos y categorías jurídicas tradicionales (Faria, 2000). Y es que la creciente interdependencia económica y la intensificación de los intercambios

ha contribuido a crear espacios globales que trascienden las limitadas coordenadas de los mercados a nivel local: «*Con el fenómeno de la globalización —nos recuerda Faria—, las estructuras institucionales, organizacionales, políticas y jurídicas forjadas desde los siglos XVII y XVIII tienden a perder tanto su **centralidad** como su **exclusividad**. En el ámbito de una economía transnacionalizada, las relaciones entre los problemas internacionales y los problemas internos de cada país van siendo progresivamente invertidas, de tal forma que los primeros ya no son más sólo parte de los segundos; por el contrario, los problemas internacionales no sólo pasan a estar por encima de los problemas nacionales, sino también a condicionarlos*» (Faria, 2000, 16).

#### 4. *El ordenamiento jurídico y la Ciencia del Derecho ante el nuevo paradigma*

Este proceso de descentralización jurídica al que asistimos genera, frente a la pretensión ilustrada de un derecho transparente y previsible en su producción y consecuencias, un nuevo paradigma del derecho que introduce la opacidad en los procesos de gestación de las normas: instancias que desconocemos y a las que no tenemos acceso legislan aspectos concretos de nuestra vida diaria, sin que existan garantías que protejan los intereses de una ciudadanía despojada de control sobre esas nuevas instancias legisladoras. Nuestra era, como ha advertido Volkmar Gessner, está marcada por la quiebra de la certeza jurídica que había constituido, durante siglos, la piedra angular de la racionalidad del derecho moderno (Gessner, 2000). El impacto de la *lex mercatoria* sobre los órdenes normativos nacionales resulta extraordinariamente desestabilizador. Este orden normativo, apunta Gessner, está lejos de ser comprensible y puede conducir en muchos casos, por tanto, a la inseguridad y a la incertidumbre acerca de la situación jurídica<sup>8</sup>. Sumidos en intermina-

---

<sup>8</sup> Este heterogéneo conjunto normativo ha recibido a lo largo de la historia un repertorio variado de denominaciones: desde el derecho comercial internacional, transnacional o supranacional, pasando por costumbres o usos mercantiles y por principios generales del derecho comercial internacional, hasta llegar a la denominación *lex mercatoria*, sobre la que parece existir un consenso acerca de su aceptación. Con independencia de la etiqueta, el ámbito de la *lex mercatoria* está determinado por su objeto constitutivo: las prácticas comerciales de la comunidad mercantil internacional. Por su composición, se trata de

bles redes normativas, vivimos al albur de complejas e indescifrables instancias de poder, conscientes de que el caudal normativo es mayor del que nadie jamás pudiera llegar a conocer.

La opacidad de estas nuevas formas jurídicas es la expresión más rotunda de la desprotección y el abandono de la ciudadanía en el ámbito transnacional, que se ve privada no sólo de la posibilidad de participar en los procesos de formación de la voluntad de los nuevos órganos legisladores, sino también, y principalmente, del recurso a una jurisdicción transnacional que proteja sus derechos e intereses. Surge así un derecho emergente e informal, apartado de los cauces tradicionales de la producción jurídica estatal, un derecho cambiante, versátil y adaptable que interfiere permanentemente las esferas hasta ahora exclusivas de producción legislativa de los Estados.

Este proceso de multiplicación y descentralización de las instancias de producción normativa es paralelo a la aparición de nuevos actores en la escena internacional, un complejo entramado de organizaciones empresariales cuyo ámbito trasciende cualquier concreta ubicación geográfica de carácter regional o internacional. Es la corporación transnacional que viene a sustituir a la caduca empresa multinacional (Faria, 2000). En su lugar, el nuevo modelo organizativo que representa la corporación transnacional está dotado de una estructura ágil, flexible y operativa, que le permite actuar con presteza y dinamismo en la toma de decisiones, una estructura que, ahora sí, carece de una concreta ubicación espacial. La corporación transnacional está en todas partes: allí donde la racionalidad del cálculo coste/beneficio aconseje su presencia. Frente a la rígida, compacta, centralizada y monolítica organización jerárquica de la empresa multinacional, estrictamente definida en cuanto a funciones y cometidos y diseñada para posibilitar un control férreo de la cúspide ejecutiva en los procesos decisorios, la corporación transnacional se presenta como una red extraordinariamente flexible en sus estructura interna y está dotada de un alto grado de autonomía de los cuadros dirigentes locales en los procesos de toma de decisiones. Esto

---

un conjunto normativo ampliamente heterogéneo en el que se incluyen costumbres pero también acuerdos y reglas comerciales de otra naturaleza. Elementos de este orden legal son los siguientes: a) los principios generales del derecho reconocidos por las naciones comerciales; b) reglas universales, como las costumbres y prácticas uniformes de los créditos documentales; c) cláusulas contractuales universalmente utilizadas, como los INCOTERMS; d) modelos standards de contratación universalmente utilizados; e) códigos de conducta; f) resoluciones arbitrales (Gessner, 2000, 173).

le permite operar con rapidez, en un proceso de adaptación continua a las demandas de un mercado que cambia incesantemente. La compañía global se organiza mediante divisiones empresariales. Su organización reticular y descentralizada es, precisamente, la expresión más inequívoca de las mutaciones profundas que la globalización está produciendo en el ámbito de la economía y, más concretamente, de la producción y distribución de bienes y servicios (De Julios-Campuzano, 2003). Y es que, como afirma Grahame Thompson, la corporación transnacional representa el epítome del capital global; su base de operaciones, más que un país concreto o un grupo de ellos, es la arena global (Thompson, 1993). Se surte y manufactura en una amplia variedad de localizaciones geográficas a lo largo del planeta y tiene una visión global de su mercado, sin quedar reducida a un solo centro de operaciones<sup>9</sup>. Un nuevo modelo empresarial para desarrollar estrategias también novedosas y cuyo control escapa de pleno a las posibilidades regulatorias de los derechos estatales. Sus normas de carácter interno y sus acuerdos a nivel transnacional con otras corporaciones son, con frecuencia, inaccesibles a jurisdicción alguna de aliento estatal-internacional. Esta urdimbre jurí-

---

<sup>9</sup> Un ejemplo paradigmático de la materialización de esta nueva forma de producción global es el que protagoniza la compañía Mattel, fabricante de la muñeca Barbie. En un estudio sobre las redes económicas globales y el pluralismo jurídico global, el profesor Snyder ha puesto de relieve cómo la importación masiva de juguetes procedentes de Asia provoca en ciertos casos reacciones próximas a la xenofobia. Esto, evidentemente, no afecta a la muñeca Barbie que es vista como un producto tradicionalmente occidental, aunque en la etiqueta aparezca el rótulo «Made in China». Esto sugiere, efectivamente que, en la producción de Barbie, China proporciona el espacio de fabricación, la electricidad, la mano de obra, así como el algodón para la fabricación de los vestidos. Se oculta, sin embargo, el hecho de que Japón suministra el pelo de nylon; Arabia Saudita, el petróleo; Taiwán manufactura ese petróleo para convertirlo en piezas de plástico para el cuerpo, mientras que de Japón, Estados Unidos y Europa proceden prácticamente todas las herramientas y la maquinaria; la mayoría de los moldes (el artículo más caro) provienen de Estados Unidos, Japón o Hong-Kong; Estados Unidos proporciona los pigmentos de pintura y todo lo relativo al empaquetado, y Hong-Kong finalmente se encarga de prestar los servicios financieros y de seguros y el transporte de los envíos de material hacia las factorías del sur de China junto con la recogida de los productos ya manufacturados y su distribución. La muñeca Barbie, concluye el autor, es quíntaesencialmente americana en su origen, estilo y cultura, pero Barbie es un producto global, si por global entendemos la fragmentación del proceso de producción, la dispersión de las instalaciones productivas entre diferentes países y la organización de la producción dentro de redes internacionales de producción (Snyder, 1999, 8-9). Sobre las corporaciones transnacionales y su influencia en el desarrollo del pluralismo jurídico, ver Blackett, 2001.

dica informal distorsiona gravemente los procesos de producción normativa formales de los Estados y de los foros internacionales en los que éstos están representados y configura un panorama plural de producción jurídica en el que, de una u otra forma, las normas y acuerdos de las corporaciones transnacionales condicionan el margen de gobernabilidad de los Estados. De esta forma, el cambio radical en la dinámica de actuación del sistema de producción y de organización de los mercados a nivel planetario se constituye en un factor determinante de la crisis de las instituciones jurídicas del Estado-nación que se ven progresivamente desbordadas por las estructuras, mecanismos y procedimientos jurídicos surgidos en el ámbito de la economía global. De este modo, asistimos a la gestación de una nueva forma de pluralismo jurídico global surgido al amparo de las redes económicas globales, es decir, de un complejo entramado de relaciones entre actores estratégicos que involucra a un amplio repertorio de participantes, ya sean corporaciones transnacionales, Estados u organizaciones internacionales o regionales. De esta forma, se produce una coimplicación entre diferentes estructuras de gobierno basadas bien en el mercado, bien en la política o bien en acuerdos internacionales (Snyder, 1999).

Consecuentemente, el derecho de los Estados compite en distintos ámbitos de validez personal, material, espacial o temporal con toda una tupida red de normas, en muchos casos informales, surgidas al abrigo de la expansión exponencial del mercado y del sistema de producción global, nuevas formas de juridicidad entre las que destacan la legislación producida por los organismos multilaterales, los nuevos patrones de contractualidad jurídica, el surgimiento de un derecho privado transnacional entre organizaciones, el desarrollo de un derecho «intraorganizacional» o la emergencia de la *lex mercatoria*, entre otras (Faria, 2000). Y esto plantea, en suma, algo que ya fue anticipado por Gunter Teubner y Niklas Luhmann con su concepción sistémica de la sociedad. La complejidad del sistema social y del propio subsistema económico genera necesidades que sólo pueden encontrar respuesta dentro de las reglas de productividad del sistema capitalista. Obviamente, este tipo de lecturas resultan descorazonadoras, pero no es menos cierto que la expansión exponencial del subsistema económico y la absorción por éste de los diferentes espacios del mundo de la vida ha generado un único espacio social en el que todo ha quedado ya mediado por intereses económicos, de suerte que las reglas de la racionalidad económica constriñen y determinan el desarrollo y la evolución de los sistemas jurí-

dicos. La expansión del sistema a nivel planetario implica también, necesariamente, la creación de normas adecuadas a la racionalidad del cálculo coste/beneficio, una urdimbre normativa que pueda satisfacer las propias exigencias internas de funcionamiento del sistema. Con ello se pone de relieve la configuración autopoiética del sistema, capaz de generar los mecanismos necesarios para su reproducción y funcionamiento, provocando con ello un desbordamiento de las instancias de producción normativa que se ven arrinconadas por nuevos espacios de creación de derecho. Príban ha expresado los riesgos de una concepción del derecho de esta naturaleza: «*La teoría del derecho autopoiético contiene el problema de la legitimación del derecho dentro de la esfera del sistema jurídico positivo donde es un asunto de procedimientos que sustentan la autoreproducción del sistema. El principal defecto de tal legitimación por el procedimiento no es el carácter decisionista de su estrecha identificación de la legitimidad con el control social. Sus principales defectos son la reducción de la legitimación a procesos pasivos de procedimientos técnicos (learning procedures) y su exclusión deliberada de la creencia en la legitimidad de la contingencia social*» (Príban, 2001, 114).

Ese desplazamiento de los poderes de decisión jurídica —nos recuerda Faria— genera la necesidad de organismos, mecanismos y sistemas supranacionales de coordinación macroeconómica, de orientación comercial, de armonización de las diferentes legislaciones en vigor, de articulación de intereses financieros y de resolución de los conflictos que pueden comprometer el «medio ambiente» de las instituciones financieras y de los agentes productivos<sup>10</sup> —en fin, de una inédita, amplia y com-

---

<sup>10</sup> Las teorías sistémicas del derecho que parten de la consideración del sistema jurídico como un sistema autopoiético se basan, en opinión de Sousa Santos, en un programa más vasto de procesualización y reautonomización del derecho. Sin embargo, en opinión del profesor portugués, la discusión sobre la procesualización y la reflexividad del derecho es, en gran parte, una cuestión falsa pues descansa sobre una concepción misticadora: aquella que sostiene la autonomía del derecho en el Estado liberal. De hecho, esa autonomía del derecho frente al Estado desaparece en el Estado liberal, en la medida en que la reducción del derecho a derecho del Estado, llevada a cabo por el Estado constitucional en el siglo XIX bajo la cobertura ideológica de la Ciencia del derecho, transformó la autonomía del derecho frente al Estado en autonomía del derecho dentro del Estado. El cientificismo del derecho, propagado por el positivismo jurídico, fue crucial en este proceso, ya que funcionó como un espejo que simultáneamente reflejaba y disimulaba el estatismo del derecho. La falsa cuestión, continúa el profesor de la Universidad de Coimbra, reside en el presupuesto de que la especificidad operativa del derecho es suficientemente

pleja estructura jurídica de naturaleza multilateral destinada a asegurar el funcionamiento, sin riesgos, traumas e inseguridades, de un orden económico globalizado— (Faria, 2000). Evidentemente, como ha notado el profesor Pérez Luño, estos procesos erosionan los cauces de legitimación democrática de las normas jurídicas de los ordenamientos estatales en beneficio de una legitimación técnica basada en las exigencias de funcionamiento inherentes a la propia estructura del sistema (Pérez Luño, 1984).

Justamente en este contexto, la labor normativa de las grandes empresas transnacionales, unida al protagonismo regulatorio de las grandes instancias económicas globales, ataca de lleno a la propia legitimidad de un orden jurídico cada vez más caótico que invade las esferas competenciales de los Estados. Asistimos, con ello, a la quiebra de algunos principios esenciales del derecho moderno:

- a) El principio de racionalidad, profundamente afectado por la superposición de modelos de racionalidad contrapuestos que conforman tendencias conflictivas en el seno de los propios órdenes jurídicos. Y es que, como atinadamente ha señalado Lars Eriksson, en el derecho contemporáneo se está produciendo una confrontación entre dos modelos de racionalidad: de un lado, la racionalidad formal, concretada por la concepción dogmática tradicional que da cuerpo jurídico al Estado de Derecho liberal-burgués y que se concreta en el principio de la autonomía privada; de otro, la racionalidad material, incorporada al Derecho por obra de las transformaciones que la aparición del Estado social ha producido en el orden jurídico y que incorpora criterios sustantivos de justicia a través del principio de intervención estatal (Eriksson, 1997; De Julios-Campuzano, 2000). La superposición del subsistema económico, con el postulado

---

«material» para que pueda cuestionarse el derecho estatal sin cuestionar el Estado. Es evidente que esa especificidad suscita algunos problemas operativos particulares como, por ejemplo, la demora y costos de la justicia, la brutalidad policial o la discrepancia entre el derecho escrito y el derecho aplicado, pero se trata de problemas cuya naturaleza no es técnico-jurídica sino política. Esto es evidente, sobre todo, en dos de los defectos de la juridificación de la vida social, resaltados por los defensores de las tesis procesualistas y autopoieticas: la ineficacia y la materialización o sobrecarga (Cfr. Sousa Santos, 2000); sobre el alcance de las teorías sistémicas del derecho y las consecuencias prácticas de la autopoiesis, puede verse Příban and Nelken, 2001.

de la racionalidad instrumental, sobre el espacio de racionalidad de los objetivos estatales genera un desquiciamiento del orden jurídico que se traduce en un déficit de racionalidad del ordenamiento.

- b) Fruto de lo anterior, los principios de unidad y coherencia se resquebrajan, provocando una fragmentación a nivel interno de los ordenamientos jurídicos estatales que aparecen, ahora ya, como un aglomerado de normas encadenadas por su propia secuencia lógica de validez, pero cuya unidad y congruencia material se ve acosada por la continua interferencia de otras esferas normativas de ámbito transnacional —oficiales o no— que determinan la eficacia de las propias normas jurídicas nacionales. Quiere ello decir que el orden jurídico comienza a dejar de ser tal, en la medida en que su ámbito de validez es amenazado de forma creciente por complejos entramados normativos elaborados en las altas instancias de los intereses económicos supranacionales, intereses cuya traducción en normas condena al derecho del Estado a la subordinación de lo público-estatal a lo privado-transnacional. Esta intersección de normas inter-trans-nacionales, fundamentalmente de carácter privado, genera, sin lugar a dudas, un proceso de deshilvanación de las estructuras jurídicas y de confusión de normas de muy diverso origen y ámbito de validez.
- c) La superposición del subsistema económico como ámbito independiente de lo político y superior a él y su expansión sobre otros subsistemas de la vida social se traduce, también, en una crisis del principio de legitimidad del ordenamiento jurídico. Desde el momento en que la inflación normativa de las múltiples instancias creadoras de derecho «informal», interfiere y limita los propios ámbitos competenciales de los Estados-nación, el derecho se deslegitima pues sus contenidos normativos carecen con frecuencia del respaldo ciudadano a través de cauces democráticos de legitimación. A medida que la producción jurídica se descentraliza y los órganos de producción legislativa se multiplican, la legitimidad se difumina hasta convertirse en una mera exigencia formal, una apariencia de legitimidad que no satisface las demandas de democratización real de la ciudadanía. La legitimidad del orden jurídico es, cada vez más, una ilusión, una imagen mistificada, una ficción, en

suma, cuya preservación se convierte en la tabla de salvación del propio ordenamiento jurídico, de la ciudadanía, de la democracia y del Estado de Derecho. Pero ya nadie puede ignorar la cruda realidad de todo un complejo entramado de normas jurídicas producido por múltiples instancias transnacionales ajenas a todo acceso democrático y cuyos contenidos no sólo condicionan, sino que cercenan, el margen de discrecionalidad de los legisladores nacionales.

Asistimos, en definitiva, como ha aseverado Jarrod Wiener a la crisis del modelo jurídico instaurado tras la paz de Westfalia que consagró el liderazgo jurídico-político del Estado-nación en la esfera internacional a partir de la entronización de la soberanía territorial y la reserva a los Estados de la capacidad jurídica en el orden internacional. En las coordenadas de la globalización este orden parece estar en franco retroceso, cuando no seriamente amenazado. La soberanía territorial es, cada vez más, un concepto en periodo de redefinición: una soberanía que trasluce precariedad e interdependencia, una soberanía que sólo puede cimentarse sobre la incontestable realidad de la porosidad estatal y la cooperación mutua. En ese sentido, el concepto de soberanía necesita ser readaptado a las nuevas circunstancias del orden global: una soberanía cuya supervivencia depende en buena medida de su capacidad para reconocerse precaria, deficiente y profundamente condicionada por el vasto repertorio de acontecimientos de un mundo interconectado. El desafío al que hemos de hacer frente se define, pues, en estos términos: ¿cómo conciliar el sistema jurídico de Westfalia construido sobre la diferenciación y la compartimentación de diferentes jurisdicciones legales con las nuevas demandas de una sociedad civil cuyos actores con frecuencia se desenvuelven a nivel transnacional mediante la explotación de las tecnologías de la comunicación? (Wiener, 1999).

Twining ha apuntado que la gran tarea que se abre ante nosotros es la elaboración de una nueva dogmática jurídica generalista o universalista, capaz de superar aquella compartimentación geográfica del saber jurídico que vino a imponer el modelo del Estado-nación: un nuevo saber sobre el derecho construido desde una perspectiva global, porque sólo en términos de globalidad podrá ser entendido el mundo en el futuro; una teoría del derecho de carácter cosmopolita, abierta, por tanto, a una concepción plural del fenómeno jurídico, superadora de las visiones estatistas y de la perspectiva etnocéntrica que redujo el estudio del dere-

cho a las dos grandes tradiciones jurídicas gestadas en Occidente: la tradición del *common law* y la tradición del derecho continental. Esto implica, sin perjuicio de un análisis pormenorizado, un renacimiento de la jurisprudencia general y una reconsideración del derecho comparado desde una perspectiva global como elementos claves de una perspectiva jurídica cosmopolita (Twining, 2000; 2005).

Ese ejercicio de reconsideración del derecho comparado debe incluir, por tanto, todas las principales tareas de la teoría jurídica, incluyendo la síntesis, la construcción y la elucidación de conceptos, el desarrollo crítico de principios normativos generales, el desarrollo de teorías intermedias empíricas o normativas, la elaboración de hipótesis de trabajo que proporcionen información a los diversos participantes y el examen crítico de los presupuestos subyacentes al discurso jurídico. En nuestro tiempo, la interpenetración de las tradiciones jurídicas forma parte de nuestra vida diaria. La interdependencia ha acabado con los ordenamientos autárquicos y conclusos, y todo forma ya parte de un entramado normativo en el que los diferentes niveles de juridicidad se mezclan y vuelven a entremezclarse en interminables redes normativas. De este modo, toda descripción o interpretación comprende, como mínimo, una comparación implícita. Por otra parte, esa omnipresente realidad hace que en las actividades profesionales, en los estudios jurídicos o en nuestra actividad científica nos encontremos con fuentes materiales e ideas desarrolladas en más de una jurisdicción y en más de una cultura jurídica. Con ello, la interpenetración entre el derecho cosmopolita y el derecho comparado se hace cada vez más evidente: el método comparativo necesita ser tratado como un elemento central del método jurídico (Twining, 2000).

Difícil tarea, ciertamente, si seguimos aferrados a los esquemas caducos de una Ciencia del Derecho forjada a la sombra del Estado. Nuestros problemas son consecuencia de la insuficiencia de ese modelo teórico maltrecho que apenas sirve sino para mostrarse vencido y superado. En el alborar de un nuevo siglo, los juristas tendrán que hacer frente a grandes desafíos. Un horizonte de inquietante infinitud se abre ante nosotros. Confiamos, sin embargo, en que la razón nuevamente se abrirá camino para encontrar certezas allí donde todo se muestra incierto. Ese es el reto que la teoría del derecho tiene ante sí: la búsqueda de respuestas ante realidades de hoy, que ya no pueden ser comprendidas con los esquemas caducos de un saber desbordado por la dinámica de los acontecimientos sociales. Construir la teoría jurídica del mañana requerirá, sin duda, un trabajo arduo que sólo ahora comenzamos a entrever.

*Bibliografía*

- BLACKETT, Adelle (2001): «Global Governance, Legal Pluralism and the Decentred State: A Labour Law Critique of Codes of Corporate Conduct», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8, pp. 401-447.
- COELHO, Luiz Fernando (1991): *Teoria Crítica do Direito*, 2.<sup>a</sup> edic., Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris.
- ERIKSSON, Lars (1997): «Tendencias conflictivas en el derecho moderno», en Aarnio, A. et alii, *La normatividad del derecho*, Barcelona: Gedisa, pp. 113-125.
- FARIA, José Eduardo (2000): *O Direito na economia globalizada*, reimpr., Sao Paulo: Malheiros.
- FERREIRA da Cunha, Paulo (1991): *Pensar o Direito*, Vol. II: *Da Modernidade a Postmodernidade*, Coimbra: Almedina.
- FITZPATRICK, Peter (2001): *Modernism and the Grounds of Law*, Cambridge University Press, Cambridge.
- GESSNER, Volkmar (2000): «Globalization and Legal Certainty», en Held, D. and McGrew, A. (eds.), *The Global Transformations Reader. An Introduction to the Globalization Debate*, Cambridge: Polity Press.
- HABERMAS, Jürgen (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- (2000): *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, Barcelona: Paidós.
- HELD, David and MCGREW, Anthony (eds.) (2000): *The Global Transformations Reader. An introduction to the Globalization Debate*, Cambridge: Polity Press.
- JULIOS-CAMPUZANO, Alfonso de (2000): *En las Encrucijadas de la Modernidad. Política, Derecho y Justicia*, Sevilla: Universidad de Sevilla.
- (2002): «La Globalización y la crisis paradigmática de los Derechos humanos», *Revista de Estudios Políticos*, 116, 189-218.
- (2003): *La Globalización Ilustrada. Ciudadanía, Derechos humanos y Constitucionalismo*, Madrid: Instituto de Derechos humanos «Bartolomé de las Casas» – Dykinson.
- KELSEN, Hans (1925): *Allgemeine Staatslehre*, Berlin: Springer.
- KEOHANE, Robert O. (2000): «Sovereignty in International Society», en Held, David and McGrew, Anthony (eds.), *The Global Transformations Reader. An introduction to the Globalization Debate*, Cambridge: Polity Press, pp. 109-123.
- KRASNER, Stephen D. (1995): «Compromising Westphalia», *International Security*, 20 (3), 115-151.
- LECHNER, Norbert (1993): *Los nuevos perfiles de la política: un bosquejo*, Santiago de Chile: Flasco.
- MANN, Michael (2000): «Has Globalization Ended the Rise and Rise of the Nation-State?» en Held, David and McGrew, Anthony (eds.), *The Global*

- Transformations Reader. An introduction to the Globalization Debate*, Cambridge: Polity Press, pp. 136-147.
- NOWROT, Karsten (1999): «Legal Consequences of Globalization: The Status of Non-Governmental Organizations Under International Law», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 6, pp. 579-645.
- PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique (1984): *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid: Tecnos.
- PRÍBAN, Jiri (2001): «Legitimation Between the Noise of Politics and the Order of Law: A Critique of Autopoietic Rationality», en Příban, J. and Nelken, D. (eds.), *Law's New Boundaries. The consequences of legal Autopoiesis*, Aldershot: Ashgate.
- PRIETO Sanchís, Luis Fernando (1999), *Constitucionalismo y Positivismo*, seg. edic., Biblioteca de Ética, Filosofía del Derecho y Política, México: Fontamara.
- SCHUCK, Peter H. (2000): *The Limits of Law. Essays on Democratic Governance*, Boulder: Westview Press.
- SLAUGHTER, Anne-Marie (2001): «The Accountability of Government Networks», *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 8.
- SNYDER, Francis (1999): *Global Economics Networks and Global Legal Pluralism*, EUI Working Papers, 99/6 European University Institute, Florencia.
- SOSA Santos, Boaventura de (2000): *A crítica da razão indolente. Contra o desperdício da experiência. Para um novo senso comum: a Ciência, o Direito e a Política na transição paradigmática*, Sao Paulo: Cortez.
- STRANGE, Susan (2000): «The Declining Authority of the States», en Held, David and McGrew, Anthony (eds.), *The Global Transformations Reader. An introduction to the Globalization Debate*, Cambridge: Polity Press, pp. 148-155.
- TAYLOR, Charles (1994): *La ética de la autenticidad*, Barcelona: Paidós.
- THOMPSON, Grahame (1993): «Economic autonomy and advanced industrial State», en Macgregor, Anthony, *Global Politics, Globalization and the Nation-State*, Cambridge: Polity Press.
- TWINING, William (2000): *Globalisation and Legal Theory*, London: Butterworth.
- (2005): «General Jurisprudence», en Escamilla, Manuel y Saavedra, Modesto, *Law and Justice in a Global Society*, IVR 22<sup>nd</sup> World Congress – Anales de la Cátedra Francisco Suárez, pp. 609-650.
- WIENER, Jarrod (1999): *Globalization and the Harmonization of Law*, London: Pinter.
- ZAGREBELSKY, Gustavo (1995): *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid: Trotta.



**II**  
**PLURALISMO JURÍDICO**



## Pluralismo jurídico y Derecho vivo: la concepción sociológica de Ehrlich

Por  
Ana Cebeira Moro

**Resumen:** Eugen Ehrlich, jurista austriaco que publicó sus principales obras en los primeros años del siglo XX, es el principal representante del pluralismo jurídico desde el punto de vista sociológico. En su obra confluye la sociología del derecho con una concepción plural del mismo, en contraste con el monismo estatalista kelseniano. Al haber vivido en Bucovina, una región en la que convivían nueve etnias diferentes con costumbres distintas, subrayó la importancia del «derecho vivo» frente al derecho oficial de los códigos. El derecho, para Ehrlich, está ante todo en la vida interna de los pueblos y no en la voluntad de legislador. Cada grupo social tiene su propio derecho, que regula su organización y las relaciones entre sus miembros. El Estado es tan sólo un grupo social más, aunque en la etapa histórica que vivimos sea el más importante.

**Abstract:** Eugen Ehrlich, an Austrian lawyer who published his main works in the beginning of the 20th century, is the most relevant theorist of the legal pluralism from a sociological point of view. In his writings, legal sociology goes along with a plural conception of the law; this conception contrasts sharply with a kelsenian statist monism. For many years Ehrlich lived in Bucovina, a region where nine ethnic communities with distinct customs lived together; so he could explain the relevance of the «living law» against the «official law» of the codes. Law, for Ehrlich, is to be found above all in the intern life of the peoples and not in the will of a legislator. Each social group has its own legal order, which regulates its organisation and the relations between its members. The state is only a social group among others, even though it is the most important of them in the Modernity and in the contemporary Age.

1. *Introducción: Bucovina, una región multiétnica*

El actual debate sobre el multiculturalismo tiene su interés también para el Derecho y ha dado lugar a las tesis características del llamado pluralismo jurídico. Sin embargo, no debe creerse que dicho debate carece de raíces en Europa sino que, por el contrario, nos encontramos con algunos autores que ya desde comienzos del siglo XX y desde una perspectiva sociológica se encaran con este problema. Entre ellos destaca especialmente el jurista austriaco Eugen Ehrlich. En las páginas que siguen me propongo reformular precisamente en estos términos relativos al pluralismo jurídico algunas de las tesis básicas de este autor siguiendo, para ello, básicamente el libro de Gregorio Robles «Ley y Derecho vivo», publicado en Centro de Estudios Políticos y Constitucionales en 2002.

Se da la circunstancia de que Ehrlich nació y vivió gran parte de su vida en una región del este del entonces Imperio Austro-húngaro llamada Bucovina. En ella vivían pacíficamente hasta nueve etnias diferentes: armenios, alemanes, judíos, rumanos, rusos, rutenos, eslovacos, húngaros y gitanos. Este hecho marcaría, en cierto modo, las concepciones de Ehrlich desde sus primeros escritos al tratar de entender de qué manera cada grupo social y étnico mantenía sus propias normas con gran independencia respecto del derecho oficial del Imperio.

Realizó sus estudios universitarios en Viena, obteniendo el doctorado en Derecho en el año 1886 y compatibilizando el ejercicio como abogado con sus estudios del Derecho romano. Sus estudios de Derecho romano tuvieron la influencia clara de la obra de R. von Ihering<sup>1</sup> y de la Escuela Histórica del Derecho, centrando su atención en la idea de que el Derecho proviene del pueblo<sup>2</sup>. Años más tarde, en 1900, es nombra-

---

<sup>1</sup> Rudolf von Ihering (1818-1872), enseñó en Viena de 1868 a 1872 y pasó al año siguiente a Gotinga. El carácter fundamental de su persona es haber mantenido una atención constante sobre el análisis de la experiencia jurídica como componente de la experiencia humana común. De ahí su búsqueda de un *espíritu* del Derecho revelando sus dimensiones y su justificación histórica. Hay en él un esfuerzo constante por una construcción dogmática cada vez más precisa y rigurosa, instrumento del conocimiento crítico del núcleo vital (*espíritu*) de las instituciones, que condiciona tanto su elaboración normativa exacta como su colocación coherente en la totalidad del sistema.

<sup>2</sup> González Vicén, Felipe (1950): «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», recogido en F. González Vicén (1979): *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, pp. 47-140 y p. 107.

do Catedrático de Derecho romano en la Universidad «Franz-Joseph» de Czernowitz, llegando a ser Rector en 1906-07<sup>3</sup>.

En su producción científica hay que distinguir sus estudios dogmáticos de derecho romano en los cuales sigue la tradición del análisis conceptual pero en los que ya se deja entender en muchas ocasiones su tendencia hacia el sociologismo y sus trabajos dedicados a la crítica de la jurisprudencia tradicional ya al alumbramiento de una nueva disciplina: la sociología del derecho. Es en el año 1913 cuando aparece la obra más importante de Ehrlich titulada *Grundlegung der Soziologie des Rechts*<sup>4</sup> («Fundamentación de la Sociología del Derecho») que le hará famoso como fundador de la nueva disciplina, que para su íntegra comprensión es necesario completarla con otros trabajos, algunos de índole propiamente sociológica y otros que hacen referencia a cuestiones de metodología jurídica pero también importantes para su comprensión global<sup>5</sup>. Esta obra constituye una sociología del Derecho orientada fundamentalmente al estudio de la relación entre el Derecho y la realidad social más que a la práctica jurídica<sup>6</sup>.

Al comienzo de la Primera Guerra Mundial, Ehrlich abandonó Czernowitz y se marchó a vivir a Viena, llevando a cabo una cierta actividad política a favor de Austria<sup>7</sup>, lo cual le perjudicó notablemente, por

---

<sup>3</sup> Su disertación inaugural llevó por título «*Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*» (*Los hechos del Derecho consuetudinario*), recogido primero en 1907, en Leipzig y Viena, y posteriormente en Ehrlich, E. (1986): *Gesetz und lebendes Recht. – Vermischte kleinere Schriften*, recopilados por M. Rebinder, Berlín (Duncker and Humblot), pp. 104-132.

<sup>4</sup> Publicada en Munich y Leipzig y más tarde en 1929 y 1967. Hay traducción americana de W. L. Moll con introducción de Roscoe Pound (1936): *Fundamental Principles of the Sociology of Law*, Cambridge Mass; Nueva York, 1962. Hay versión italiana de A. Febbrajo (1976) titulada *I fondamenti della Sociologia del diritto*, Milán: Giuffrè. Cito por esta última.

<sup>5</sup> Según declaró el propio autor, su obra *Die juristische Logik* de 1918 fue escrita como complemento a la *Grundlegung*. Además de estas dos obras fundamentales, escribió otros escritos menores como «*Über Lücken im Rechte*» (1888), «*Freie Rechtsfindung des lebenden Rechts*» (1911), «*Soziologie des Rechts*» (1913-14), «*Gesetz und lebendes Recht*» (1920) y «*Die soziologie des Rechts*» (1922).

<sup>6</sup> Robles Morchón, Gregorio (1981): «Introducción» en Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*, Madrid: Pirámide, p. 9.

<sup>7</sup> No se le puede considerar a Ehrlich un participante activo en empresas políticas, salvo en los últimos años de su vida, pero sí se le puede considerar un pensador liberal conservador pues su concepto de «Derecho vivo» conduce a «rehabilitar las raíces históricas de las instituciones y a contemplar el Derecho como un producto de la sociedad» (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho vivo*, p. 22).

parte de los nacionalistas rumanos, cuando en 1918 se declaró Bucovina una región perteneciente a Rumania. Ehrlich trató de habilitarse en Sociología del Derecho en la Universidad de Berna, utilizando sus contactos en Viena, pero le denegaron su traslado. Sus últimos años fueron duros a causa de la diabetes que sufría y muere en Viena el 2 de Mayo de 1922.

Primero me referiré a la concepción general que Ehrlich mantiene de la sociología jurídica para pasar después al estudio de su concepto central: el de derecho vivo, que es el derecho característico de los grupos sociales. Por último me referiré a la distinción entre normas de la acción, normas de decisión y proposiciones jurídicas. Todo ello entendiendo que la tesis que subyace a la obra ehrlichiana es la del pluralismo socio-jurídico.

## 2. *El carácter social del Derecho: la sociología del Derecho como la «verdadera» ciencia jurídica*

Ehrlich no fue un filósofo, ni tampoco un teórico del conocimiento jurídico pero lo cierto es que, como cualquier otro autor, parte de una determinada manera de entender el conocimiento jurídico. El concepto de Derecho del que parte este autor, está influenciado por dos direcciones intelectuales que dominan en el siglo XIX y que estaban en el ambiente en los años de su formación universitaria, como son el positivismo<sup>8</sup>, que contempla a la sociedad en su última fase, como algo estático, es decir, ve las cosas en su quietud, y el historicismo social<sup>9</sup> que la

---

<sup>8</sup> El positivismo, como es sabido, da origen a la sociología como ciencia de la sociedad. Pretende la generalización del modelo epistemológico de la física a todos los ámbitos del saber, incluidos aquellos que no tienen como objeto el estudio de la naturaleza física, sino el de las producciones humanas (cultura).

<sup>9</sup> La concepción social de la historia es propia de la Escuela histórica del Derecho que reacciona contra los excesos de la visión ilustrada que propugnaba una concepción abstracta y antihistórica del Derecho. El Derecho es estudiado históricamente para ir descubriendo los lazos que lo unen con el pasado. El Derecho de un pueblo sigue un desarrollo orgánico, el cual permite que las sucesivas innovaciones jurídicas se inserten en la continuidad histórica. Del mismo modo que las reglas de un idioma no crean la lengua de un pueblo, sino que, por el contrario, son producto de la historia viva de la lengua en evolución, así sucede con el Derecho, para cuya comprensión es necesario penetrar en la conciencia del pueblo interpretado dinámicamente (*Volksgeist*).

contempla como algo dinámico, en continua evolución, tratando de dar explicación a tales cambios. De algún modo se siente también continuador de la Escuela histórica del derecho en su rama germanística (Beseler). Esta confluencia de tendencias le llevó precisamente hacia la sociología del derecho<sup>10</sup>.

En contraposición a la concepción tradicional del Derecho de los juristas, que lo conciben como un conjunto de normas de decisión<sup>11</sup>, Ehrlich concibe el Derecho como un orden constituido por reglas del obrar en virtud de las cuales los hombres no sólo actúan en su vida real sino que también deben actuar<sup>12</sup>. El Derecho tiene su origen en la sociedad, esto es, se sitúa en la vida social de los hombres y constituye un orden que, por lo general, no necesita de la coacción para su funcionamiento. Por eso, es un punto de partida erróneo para Ehrlich considerar al Derecho como un conjunto de normas esencialmente coactivas. El Derecho está en la vida social y a ella hay que acudir para conocerlo, en contra de las posturas formalistas y legalistas, propias de la concepción estatista del derecho, que consideran el Derecho como algo ya dado y cuyo conocimiento supone tan sólo una labor de exégesis, desligada del acontecer social.

Para Ehrlich, según dice en su brevísimo prólogo de *I fondamenti della sociologia del diritto* «el centro de gravedad de la evolución del Derecho, tanto el presente como el pasado, no se encuentra en la legislación, ni en la jurisprudencia o en las decisiones judiciales sino que se encuentra en la sociedad misma». El Derecho no está contenido en la ley, ni tampoco en la jurisprudencia de los jueces sino que el Derecho está en la vida, en la sociedad, por lo que es preciso una nueva forma de investigar sus raíces. Esa nueva ciencia es la sociología del Derecho, como verdadera teoría científica del Derecho, basada sólo en el conocimiento de los hechos y alejándose del carácter abstracto-deductivo que poseía la ciencia jurídica tradicional. Esta nueva ciencia, la sociología del Derecho, es una parte de la sociología general

---

<sup>10</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 114.

<sup>11</sup> Como consecuencia de esta forma de entender el Derecho, la Jurisprudencia «práctica» tradicional ha ligado el concepto del Derecho a la función de los jueces y demás autoridades del Estado, definiendo, en definitiva, el fenómeno jurídico como fenómeno estatal (Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, p. 31).

<sup>12</sup> Rehbinder, M. (1967): *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlín, pp. 56 y ss. Citado en Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y Derecho*, p. 31.

que, como tal, tiene que utilizar el mismo método que ésta: la «observación directa de la vida»<sup>13</sup> y del Derecho contenido en ella, esto es, el Derecho vivo o vivido.

La sociología jurídica toma como punto de partida el concepto de sociedad como conjunto de grupos humanos que están en contacto entre sí para «un intercambio de bienes espirituales o económicos»<sup>14</sup>. Este es el punto de partida pluralista que de modo inequívoco atraviesa toda la obra de Ehrlich. Dentro de los grupos sociales, señala que unos son los grupos primitivos u originarios, como la tribu, la familia o la comunidad doméstica y otros nacen de la unión de estos originarios, como son la asociación, el municipio, el pueblo o el Estado<sup>15</sup>. El orden interno de los grupos sociales hace que posean una organización manifestada en «normas» que señalan a cada individuo su lugar y su tarea dentro de la comunidad<sup>16</sup>. De ahí que el Derecho, en sus orígenes, surja como orden de los diversos grupos sociales, esto es, como elemento organizativo de los mismos. El Derecho de los grupos originarios va orientado a guardar el orden, que lo crea cada grupo espontáneamente sin que sea impuesto por una voluntad superior que así lo dictamine. La forma más vieja y originaria del Derecho no es otra que el orden interno de estos grupos. La existencia de cada grupo depende de que haya reglas ordenadoras que indiquen a cada miembro perteneciente al grupo su posición dentro del mismo, sus relaciones de dominación y de obediencia así como sus tareas<sup>17</sup>.

Siendo esto así, Ehrlich mantiene un concepto sociológico del derecho que, como tal, está vinculado a la pluralidad de los grupos sociales. Es por tanto un fenómeno social que se manifiesta de varias formas en el interior de los grupos. La sociología del Derecho tiene por misión averiguar cómo van apareciendo estos fenómenos sociales y trata de proporcionar la explicación causalista y funcional de los mismos<sup>18</sup>. Para Ehrlich la auténtica cien-

---

<sup>13</sup> Ehrlich, Eugen, *I fondamenti...*, p. 409.

<sup>14</sup> *I fondamenti...*, p. 35.

<sup>15</sup> *I fondamenti...*, p. 36.

<sup>16</sup> *I fondamenti...*, p. 53.

<sup>17</sup> Rehbinder, M. (1981): *Sociología del Derecho*, Madrid: Pirámide, 1981, p. 59.

<sup>18</sup> «Para explicar los comienzos, la evolución y la naturaleza del Derecho, es preciso que se investigue ante todo el ordenamiento de los grupos sociales. Todos los intentos realizados hasta ahora de esclarecer lo que es el Derecho, han fracasado por no haber tomado como punto de partida el orden interno de los grupos sino las proposiciones jurídicas» (Ehrlich, E., *Grundlegung*, pp. 29-30). Citado en Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 38.

cia jurídica ha de ser una ciencia factualista, observacional, descriptivista y causalista, características todas ellas de la sociología del Derecho como «ciencia que estudia la relación entre el Derecho y la sociedad»<sup>19</sup>. De este modo, se concibe el Derecho como parte de la sociedad y, como tal, la sociología del Derecho se encamina al estudio de la sociedad misma en cuanto se manifiesta en normas sociales que el grupo social considera jurídicas<sup>20</sup>.

Desde el planteamiento propuesto por Ehrlich, la sociología jurídica debe centrarse fundamentalmente en tres campos de investigación: en primer lugar, el estudio de los hechos a que el Derecho da lugar en una determinada situación en la vida social (como por ejemplo, las decisiones judiciales o los documentos jurídicos, los cuales son, según Ehrlich, los que dominan la vida jurídica); en segundo lugar, el estudio de la proposición jurídica, considerada como hecho y no como aplicación práctica y, por último, en tercer lugar, la investigación de las fuerzas sociales que se encuentran tras las proposiciones jurídicas (como por ejemplo, la influencia que ejerce la situación geográfica en el modo de ser de las instituciones jurídicas en determinados ámbitos culturales). Conjugando estos tres ámbitos de estudio, el autor propone un nuevo modelo de ciencia jurídica que supere las insuficiencias del formalismo imperante en su época<sup>21</sup>.

### 3. *El Derecho de los diversos grupos sociales: el Derecho vivo*

Según el planteamiento propuesto por Ehrlich, el Derecho es algo previo al Estado que surge históricamente para dar cohesión a los distintos grupos sociales. Para Ehrlich, el Estado en sus comienzos no guarda mucha relación con el Derecho pues se consolida como un «órgano de la sociedad»<sup>22</sup> que pretende lograr más coherencia y control sociales

---

<sup>19</sup> Ehrlich, Eugen (1913-14): «Soziologie des Rechts», en *Die Geisteswissenschaften*, pp. 202-205 y pp. 230-234; ahora en *Gesetz und lebendes Recht*, pp. 179-194.

<sup>20</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 29.

<sup>21</sup> Gómez García, Juan Antonio (2005): «Derecho, vida y Derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich» en *Eugen Ehrlich, Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, p. 15.

<sup>22</sup> *I fundamenti...*, p. 169.

<sup>23</sup> No se debe confundir Derecho estatal y Derecho legal. No todo lo que está en la ley es Derecho estatal y así muchas disposiciones legales provienen del Derecho social y del Derecho de juristas. Lo que diferencia al Derecho estatal del Derecho legal no es tanto la forma en que aparece sino porque su contenido provienen del Estado (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 61).

para lo cual genera sus propias normas<sup>23</sup>. El Derecho estatal es el Derecho que proviene del Estado, entendiendo que el Estado es un grupo social más que surge en un momento concreto de la historia de la Humanidad y que hoy ha adquirido una gran importancia. Sólo existe el Derecho estatal cuando existe una Administración de Justicia y una Administración dirigida y apoyada en medios de poder militares y policiales. El Derecho estatal se presenta así como una imposición del Estado sobre la sociedad y está formado, sobre todo, por «normas de decisión» dirigidas a los jueces y demás autoridades estatales para que se imponga la voluntad del Estado por medio de la coacción.

Dentro del Derecho estatal podemos diferenciar el Derecho organizativo, como conjunto de las normas de acción del aparato estatal, y el Derecho protector, encargado de conservar la vida estatal en caso de conflicto mediante la actuación del aparato estatal correspondiente. Esto se fundamenta en que las normas del Estado no son aceptadas unánimemente por la sociedad sino que son impuestas a través de los propios medios de coacción que posee<sup>24</sup>. A diferencia de las normas jurídicas que han surgido del seno de la sociedad, el Derecho estatal depende de su aparato coactivo para hacerse eficaz. De ahí que la estatalidad esté vinculada a la coactividad a diferencia del Derecho vivo que regula las relaciones sociales espontáneamente.

Una de las tergiversaciones más graves que se derivan de sostener una concepción estatista es, para Ehrlich, la de considerar la coactividad como una característica esencial del Derecho, convirtiendo así al fenómeno sancionatorio como piedra angular de todo el sistema jurídico, ya que todo desemboca en él<sup>25</sup>. Ehrlich no desconoce esta tesis de la coactividad del Derecho que estuvo en auge en las doctrinas jurídicas del siglo XIX y se extiende a todo el positivismo jurídico posterior, pero su planteamiento sociológico del Derecho le lleva a sostener otras consecuencias. Se fija sobre todo en los hechos observables y, desde ellos, sostiene que la coacción es un fenómeno psico-social que cumple una

---

<sup>24</sup> Rehbinder, M., *op.cit.*, p. 66.

<sup>25</sup> Según Ehrlich, en la concepción estatista provoca una cadena que desemboca en la consideración del Derecho como un «orden coactivo». Desde esta perspectiva, el Derecho es identificado con la ley, ésta se dirige al juez como norma de decisión que resuelve conflictos donde la sanción coactiva aparece como el último eslabón de la cadena a seguir. Es una consecuencia lógica de la concepción global (*I fundamenti...*, p. 26).

función determinada, que no es otra que mantener la vida interna del grupo<sup>26</sup>. La función de la coacción es la presión social que ejerce en los miembros del grupo para que cumplan sus mandatos. Para Ehrlich, el temor a la sanción, es decir, el miedo a la coacción, es sólo un elemento más de todos los que mueven al hombre a actuar conforme a las normas sociales, incluidas las jurídicas<sup>27</sup>. Desde el punto de vista psico-social, los motivos reales que mueven a una persona a obedecer las normas sociales son otros que el temor a la sanción jurídica que ocupa un lugar bastante secundario<sup>28</sup>. Las normas sociales, antes de mostrar su faceta coercitiva, cumplen una función educadora y proporcionan a los individuos un conjunto de pautas de comportamiento social a seguir. En base a la reciprocidad en las pautas seguidas por los individuos, se van generalizando unos comportamientos que permiten averiguar los Derechos y deberes que cada ciudadano posee dentro del grupo social. Para la sociología del Derecho, pues, es más importante averiguar los motivos por los que se obedecen las normas que conocer cómo son las normas jurídicas.

El desarrollo que ha experimentado el Derecho estatal en los últimos siglos ha llevado a un continuo distanciamiento entre el Derecho que realmente cumple la sociedad y el Derecho escrito en los códigos y leyes. Esta dualidad es vista por Ehrlich quien habla en un artículo publicado en 1920 de «ley y Derecho vivo»<sup>29</sup> como algo diferente y, a veces, contrapuesto, esto es, como aquel que rige la vida real de los hombres en sus relaciones recíprocas<sup>30</sup>. El Estado y la actividad de los ju-

---

<sup>26</sup> Esta afirmación de Ehrlich de que «la coacción no es una característica esencial del Derecho», hoy en día plantea muchas dudas y el Derecho, como señala el profesor G. Robles Morchón, es coactivo en el sentido de que existen en todo ordenamiento jurídico, normas que prevén sanciones y normas que mandan su ejecución (Robles Morchón, Gregorio (1998): *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho (I)*, Madrid: Civitas, pp. 347 y ss).

<sup>27</sup> Rehbinder, M. (1981): *Sociología del Derecho*, Madrid: Pirámide, p. 61.

<sup>28</sup> En su planteamiento, Ehrlich nos pretende mostrar el lugar que ocupa la sanción coercitiva estatal dentro de los motivos por los que el hombre actúa correctamente dentro del grupo social, llegando a la conclusión de que su lugar es bastante secundario en relación con otros motivos (Ehrlich, Eugen, *I fundamenti...*, p. 29).

<sup>29</sup> En dicho artículo trata de explicar la recepción y aplicación que tuvo el Derecho alemán en el japonés con sus costumbres y hábitos sociales y económicos diferentes (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho vivo*, p. 69).

<sup>30</sup> Ehrlich, E. (1967): *Die Erforschung des lebenden Rechts*, recogido en *Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von*

ristas dejan de ser consideradas como el centro de atención principal de lo jurídico y éste se traslada a la «sociedad», entendida genéricamente, y también a los grupos sociales centrando la atención en lo que acontece en la vida social y no en lo que la ley prescribe<sup>31</sup>. El Derecho vivo no es un Derecho esencialmente coactivo, sino que los hombres cumplen sus normas por consideraciones diferentes al temor de la sanción que les puedan imponer los tribunales del Estado<sup>32</sup>. El Derecho vivo es, para Ehrlich, un conjunto de normas que en su convivencia social el hombre considera de obligado cumplimiento y acata a ellas su comportamiento habitual. Forma el «trasfondo social» de las leyes y de los códigos y, a veces, se sitúa al margen de éstos. Una cosa es «lo que la ley prescribe» y otra, que puede ser diferente, «lo que realmente sucede»<sup>33</sup>. El Derecho realmente vivido en la sociedad es el que domina en la vida misma, a diferencia del Derecho estatal, compuesto de «proposiciones jurídicas» (disposiciones legales) y que ha de ser aplicado, en última instancia por los jueces. Lo que se ha de intentar es poner en consonancia este Derecho oficial con el Derecho vivo de cada comunidad<sup>34</sup>.

Lo característico en el Derecho vivo es su vigencia social y presencia constante dentro del grupo social. Es el Derecho que rige las relaciones sociales dentro del grupo y ha de tenerse en cuenta en ellas, a veces incluso con independencia de lo que expresen los textos legales para el caso<sup>35</sup>. Son las reglas que regulan realmente el comportamiento humano que manifiesta así su auténtica raíz al verlo surgir, no de proposiciones abstractas dirigidas a las autoridades, sino del mismo hacer de los hombres. Este Derecho vivo se manifiesta mediante realidades sociales denominadas *hechos del Derecho*. Todo ello manifiesta una concepción antiestatalista de Ehrlich propia de un autor inspirado en gran parte en

---

*Eugen Ehrlich*, Berlín. Este trabajo forma parte conjunta del libro antes citado con otros dos más, de carácter también sociológico titulados, *Ein Institut für lebendes Recht y Das lebende Recht der Völker der Bukowina*, recopilados por Manfred Rehbinder.

<sup>31</sup> Gómez García, Juan Antonio (2005): «Derecho, vida y Derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich» en *Eugen Ehrlich, Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, p. 19.

<sup>32</sup> Robles Morchón, Gregorio (1997): *Sociología del Derecho*, Madrid: Civitas, 2.ª ed., 1997, pp. 34-35.

<sup>33</sup> *I fundamenti...*, p. 398.

<sup>34</sup> *I fundamenti...*, p. 399.

<sup>35</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 73.

las ideas del liberalismo que resaltan el valor de todo lo social y ven con desconfianza el intervencionismo estatal.

### 3.1. Los hechos del Derecho

Ehrlich concibe el Derecho como un conjunto de «organizaciones» de tipo institucional y sostiene que para conocer las fuentes que originan el Derecho es preciso «investigar las fuerzas motoras o generadoras de la génesis o desarrollo de las organizaciones jurídicas»<sup>36</sup> las cuales son «hechos» preexistentes a las proposiciones jurídicas del legislador y, como tales hechos, corresponde a la sociología su estudio y su observación. Lo que ha de hacer la teoría sociológica de las fuentes del Derecho, es investigar los hechos sociales que generan esa organización interna del grupo que «indica a cada individuo su posición y sus tareas dentro del grupo social»<sup>37</sup>. La tarea de las fuentes del Derecho ha de ser conocer cuáles son las fuerzas motoras que generan el desarrollo efectivo de las instituciones jurídicas. Estas «fuentes sociales» del derecho las distingue Ehrlich de las «fuentes de conocimiento» del mismo que según él son dos: el documento jurídico moderno y la observación directa de la vida social (de sus cambios, costumbres, usos...)<sup>38</sup>.

Los hechos sociales generadores de derecho (hechos jurídicos) son los siguientes: el uso, el dominio, la posesión y la declaración de voluntad. En todos ellos se pone de manifiesto la idea de que es la realidad social y económica la que engendra el Derecho, que está constituido por las normas del obrar que rigen el comportamiento habitual de los hombres. A partir de estos hechos se genera, en cualquier sociedad, la organización interna y las normas sociales que le dan forma. Por eso, para el autor, esos hechos sociales son las verdaderas fuentes del Derecho que sustituirían a las fuentes tradicionales del mismo, pues los ve como el entramado sustancial de toda sociedad a través de la «fuerza normativa de lo fáctico»<sup>39</sup>.

---

<sup>36</sup> *I fondamenti...*, p. 105.

<sup>37</sup> *I fondamenti...*, p. 107.

<sup>38</sup> Gómez García, J. A., (2005): «Derecho, vida y Derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich» en Eugen Ehrlich, *Escritos sobre Sociología y Jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons, p. 19.

<sup>39</sup> *I fondamenti...*, p. 107.

El uso o práctica social para Ehrlich es un concepto más amplio que el de «Derecho consuetudinario». Lo que se pretende en ella es establecer una posición o tarea a cada uno de sus miembros para proporcionar equilibrio y armonía al grupo en su conjunto. Establece para ello una estructura organizativa dentro del grupo para que éste sea coherente ya que el uso está en la base no sólo de los grupos más elementales sino también de los grupos más avanzados.

La dominación o relación de poder es algo que se da en todo grupo social como hecho del Derecho anterior a la proposición jurídica después regulada por ella. Las relaciones de dominio y de sometimiento dividen a los miembros del grupo en dominadores o dominados que, a su vez, van formando subgrupos entre ellos. Estas relaciones de dominación, en realidad, no son necesarias para la unidad del grupo en sí mismo aunque en determinados casos, indirectamente, pueden servir de soporte al grupo social. No siempre son las mismas, sino que dependen en gran medida de la «constitución económica» que posea la sociedad de que se hable<sup>40</sup>. Ehrlich señala dos tipos de relaciones de dominación y sometimiento: las que tienen un origen «natural» dentro de las uniones familiares (por ejemplo, los hijos y la mujer, en relación con el *pater*) y las que tienen un origen más «social» (por ejemplo, la esclavitud y la servidumbre). Ambos tipos se fundamentan en la «falta de protección» de los dominados ante posibles peligros externos a la relación. Generalmente, los «dominados» en esa relación pertenecen a un colectivo humano expuesto a ser atacado si no posee esa protección que le ofrece la relación en la que se encuentra. A su vez, a cambio de tal protección han de prestar algún servicio económico, personal o de cualquier otra índole<sup>41</sup>.

Por su parte, la posesión como «hecho del Derecho» concede el uso y la utilización de una cosa a alguien «conforme a la naturaleza económica de la misma»<sup>42</sup> siendo posterior a la misma la tutela que le otorga el ordenamiento jurídico para su protección. Desde un punto de vista económico, la posesión es un elemento decisivo para la economía, pues es el que mejor refleja la estructura económica de una sociedad y, en consecuencia, «es uno de los ámbitos del Derecho más cambiantes». Todo cambio en la economía repercute de inmediato en el Derecho posesorio»<sup>43</sup>. Al compa-

---

<sup>40</sup> *I fundamenti...*, p. 113.

<sup>41</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 44.

<sup>42</sup> *I fundamenti...*, p. 117.

<sup>43</sup> *I fundamenti...*, p. 122.

rar esta posesión con la propiedad, Ehrlich defiende ambos conceptos como «hasta cierto punto intercambiables» si bien en caso de que el propietario y el poseedor no coincidan en la misma persona, es el ordenamiento jurídico el encargado de conceder al propietario medios de tutela o protección para llegar a ser poseedor<sup>44</sup>.

Y, por último, la declaración de voluntad que puede ser de tres tipos: la del contrato, la de las disposiciones de última voluntad y la del estatuto societario. El elemento definidor del contrato, para Ehrlich, es la «deuda», puesto que el mero intercambio de posesión de dos objetos no llega a ser un contrato propiamente dicho. Posteriormente a este «contrato de deuda» surge el «contrato de responsabilidad» y, por último, el «contrato de crédito» según la complejidad que vaya adquiriendo la vida social y económica de esa comunidad<sup>45</sup>. Similares argumentos son utilizados por Ehrlich para referirse al hecho del Derecho de las disposiciones de última voluntad. No admite la idea generalizada de que es la familia quien posee el Derecho hereditario sobre los bienes del difunto, sino que más bien defiende que este derecho se encuentra en la comunidad doméstica (que no necesariamente coincide con la familia). La transmisión *post mortem* de los bienes se ha de vincular, por tanto, a la situación de posesión de bienes de la comunidad doméstica y no a las disposiciones testamentarias propiamente. En tal caso, el hecho del Derecho sería la posesión y sólo en una etapa posterior aparece como hecho del Derecho la declaración de voluntad<sup>46</sup>. Y, por último, en cuanto al estatuto, podemos decir que o bien proviene de la práctica social o bien deriva de un contrato (de sociedad).

Todos estos tipos de hechos sociales del Derecho marcan la génesis del Derecho positivo que va iniciando su desarrollo como grupo social mediante las prácticas sociales internas que van generando un conjunto de normas sociales para regular la posición social que ocupa cada miembro y los comportamientos correctos en sus relaciones<sup>47</sup>. También se encuentra la posesión que pone límites a las relaciones que pueden tener los miembros del grupo con las cosas materiales. Más adelante, surge la

---

<sup>44</sup> *I fondamenti...*, p. 127.

<sup>45</sup> *I fondamenti...*, p. 133.

<sup>46</sup> *I fondamenti...*, p. 137.

<sup>47</sup> Según el estudio realizado por el profesor G. Robles Morchón esta práctica social interna sería, en realidad, el «único hecho social originario» sobre el cual se montarían el resto de hechos sociales progresivamente (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 47).

dominación, como especie de posesión (de personas) y, por último, el contrato y la herencia. El contrato se origina por el intercambio de posesiones que realizan los miembros del grupo social y la herencia se hace necesaria a la hora de regular el régimen de la posesión de los que han convivido con el difunto en las tareas sociales y económicas. Con el tiempo, estas relaciones sociales se van transformando en relaciones jurídicas.

#### 4. *Pluralismo jurídico y tipos de normas*

Según Ehrlich, todas las normas sociales son, al mismo tiempo, pautas externas de la acción que regulan la conducta humana, porque tienen el carácter de un deber, y también criterios de la acción acatados por sus miembros en base a la convicción social compartida de que tales comportamientos son vinculantes y obligatorios. Las normas son, en principio, normas sociales, y sólo una parte de ellas son normas jurídicas. La sociedad se rige, en su conjunto, por normas sociales y sus miembros reconocen, generalmente, determinadas normas que regulan sus relaciones como normas vinculantes y obligatorias con mayor fuerza que las demás, son las normas jurídicas. Desde el punto de vista sociológico, la manera de determinar lo que es Derecho es averiguar cuáles son las normas que el grupo social considera como jurídicas y cuáles no<sup>48</sup>. Las normas jurídicas son las encargadas de establecer el entramado organizativo del grupo, es decir, son las llamadas por Ehrlich normas de organización que estructuran su orden interno. Estas normas de organización indican a los miembros del grupo su posición y sus tareas<sup>49</sup> y tienen su origen social en la práctica social interna de las mismas que se produce en el grupo.

Junto a las normas de organización Ehrlich habla de las normas de decisión, que también son normas de la acción, esta vez dirigidas a los jueces que van vinculadas a la resolución de conflictos. Su función consiste en volver a pacificar la vida del grupo que está en desorden a causa de la infracción del Derecho. A diferencia de las normas de organización, las normas de decisión no provienen de manera inmediata de la sociedad sino que, más bien, son el resultado del Derecho a través del Estado y de los juristas. Junto a la decisión sobre una cuestión de hecho,

---

<sup>48</sup> Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 53.

<sup>49</sup> *I fundamenti...*, p. 151.

aparece la decisión sobre la consecuencia jurídica de una infracción del orden del grupo que ha de darla el juez. Ambas decisiones en conjunto producen la norma de decisión<sup>50</sup>. Son normas creadas por los juristas y, una vez codificadas, van dirigidas a los órganos de decisión (de ahí su nombre), especialmente a los jueces que llevan a cabo tal labor para consolidar la paz necesaria a fin de mantener el grupo social. Estas normas adquieren una forma estable gracias a lo que Ehrlich denomina «ley de la constancia»<sup>51</sup>. El juez, ante un caso concreto, aplica una decisión basada en un principio general que tiene la intención de ser justo y adecuado al contexto social en que se aplica<sup>52</sup>. Por eso, también ha de poderse aplicar a los casos similares. Una vez encontrada la norma de decisión adecuada sirve como pauta para futuras decisiones. De este modo, se va elaborando progresivamente el Derecho, gracias a estas normas de decisión que consolidan la llamada «soberanía jurídica del Estado»<sup>53</sup>. Esta constancia de las normas constituye lo que Ehrlich llama «el fundamento de la jurisprudencia de los tribunales y de la ciencia jurídica», lo cual permite que las normas de decisión se transformen en «proposiciones jurídicas» expresadas en palabras con carácter general<sup>54</sup>. Son los juristas los que realizan esta transformación de la norma de decisión en proposiciones jurídicas por medio del juez en la fundamentación de posteriores decisiones. En el supuesto de que exista una norma de decisión o una proposición jurídica, parece como si el juez no tuviera que encontrar una norma de decisión nueva, sino simplemente aplicar lo existente. Pero, en realidad, el juez siempre tiene que decidir si esa norma o esa proposición jurídica es aplicable al caso concreto por lo que el juez siempre encuentra nuevas normas de decisión. En la labor de búsqueda y generalización de la norma, el jurista se ve fuertemente influenciado por el entorno social (relaciones de poder, consideraciones de oportunidad, la idea de justicia social) que le convierten en un mero órgano de la sociedad en la que debe defender su propuesta frente a otras opiniones encontradas.

En un principio, el Derecho estatal estaba compuesto por las normas de decisión, pero con el desarrollo del Derecho administrativo, tam-

---

<sup>50</sup> Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, p. 64.

<sup>51</sup> *I fundamenti...*, p. 161.

<sup>52</sup> Rehbinder, M., *Sociología del Derecho*, p. 65.

<sup>53</sup> *I fundamenti...*, p. 162.

<sup>54</sup> *I fundamenti...*, p. 165.

bién se incluyen las llamadas por Ehrlich, normas de intervención que son las encargadas de orientar y dirigir, sin que sea necesaria su intervención, la actuación de las autoridades administrativas del Estado<sup>55</sup>. Dentro del Derecho estatal, Ehrlich distingue las normas de primer orden, que van directamente dirigidas a regular la vida política, social y económica de la sociedad y las normas de segundo orden, que tienen como función, prestar garantía y protección para el cumplimiento de las primeras<sup>56</sup>.

El sustrato material jurídico que regula las relaciones jurídico-sociales en la realidad social es el Derecho vivo que se actualiza en forma de proposiciones jurídicas. El Derecho vivo es el concepto genérico del que deriva el de proposición jurídica como una de sus formas específicas. El concepto de «proposición jurídica»<sup>57</sup> del que parte Ehrlich admite la idea de que existen distintos tipos de proposiciones de los cuales el más importante es el de las que «contienen normas jurídicas»<sup>58</sup> si bien, el Derecho no se agota en estas proposiciones jurídicas sino que sólo constituyen una parte del mismo. De este modo, sirven de base o fundamento a las decisiones de los tribunales y a las intervenciones directas de las autoridades jurídicas. Ehrlich defiende una estructura bímembre de las proposiciones jurídicas<sup>59</sup> en la que se conecta un supuesto de hecho, que es un hecho del Derecho de los ya mencionados, con una consecuencia jurídica que adquiere la forma de mandato o prohibición<sup>60</sup>. Distingue

---

<sup>55</sup> *I fondamenti...*, p. 445.

<sup>56</sup> Las normas de segundo orden no tienen un origen estatal sino social, aunque con el devenir del tiempo, se han estatalizado (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 62).

<sup>57</sup> Esta palabra fue utilizada por muchos autores durante el siglo XIX y principios del XX pero no siempre con el mismo sentido. Algunos autores la identificaron con el concepto de «norma jurídica» mientras que otros, entre los que se encuentra Ehrlich, piensan que la proposición jurídica sería la norma jurídica que ha sido elevada a la categoría de proposición al incluirla en un cuerpo legal (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 35).

<sup>58</sup> Junto a las proposiciones jurídicas que contienen normas de Derecho, existen otras que no las contienen. Las primeras son la forma externa en que aparece dicha norma, mientras que las segundas son aquellas que o bien no poseen un carácter normativo o bien contienen una norma social no jurídica (Ehrlich, E., *I fondamenti*, p. 209).

<sup>59</sup> Ehrlich, E. (1899): *Das zwingende und nichtzwingende Rect. Im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena; reimpresión Darmstadt, 1970. Citado en G. Robles Morchón, *Ley y Derecho*, p. 58.

<sup>60</sup> Esta manera de ver la proposición normativa encaja con su concepción general del Derecho, según la cual éste no es un orden coactivo (Robles Morchón, Gregorio, *ley y Derecho*, p. 59).

también tres tipos de proposiciones jurídicas. Un primer tipo que tiene por objeto proteger los hechos del Derecho existentes en el grupo social a través de los tribunales y de las autoridades administrativas. De esta forma, se pretende garantizar el cumplimiento efectivo de las normas que surgen de los hechos del Derecho, reforzando el reconocimiento social de tales normas. Frente a este primer tipo, una segunda modalidad ofrece la posibilidad, desde el poder legislativo, de crear o eliminar hechos del Derecho. Y, por último, estarían aquellas proposiciones jurídicas encargadas de imponer determinadas consecuencias a determinados hechos del Derecho sin que, necesariamente, dichas consecuencias provengan directamente de esos hechos<sup>61</sup>.

La concepción de Ehrlich fue criticada duramente en una recensión por H. Kelsen pocos años después de la aparición de *I fondamenti della sociología del diritto*<sup>62</sup>. Kelsen sostiene una concepción monista del derecho y además desde el punto de vista jurídico, mientras que Ehrlich mantiene una posición pluralista y desde el punto de vista sociológico. No voy a entrar en este debate sino sólo dejar constancia de que ya a comienzos del siglo XX el problema del pluralismo ocupó la mente de juristas prestigiosos.

#### A MODO DE CONCLUSIONES

Ehrlich fue uno de los juristas de su tiempo más críticos con el pensamiento jurídico tradicional. Fue pionero en el planteamiento de una nueva disciplina como es la sociología del Derecho, planteó la necesidad de trabajar sobre un horizonte hasta ese momento no explorado<sup>63</sup>. Se puede decir que fue un precursor en la sociologización del pensamiento jurídico y, como consecuencia, en el desarrollo de una nueva ciencia sobre el derecho como es la sociología jurídica. Ahora bien, su ubicación en un lugar alejado de Viena, como era Czernowitz, le man-

<sup>61</sup> *I fondamenti...*, pp. 238-242.

<sup>62</sup> Vid. Robles Morchón, Gregorio, *Epistemología y derecho*, Madrid: Pirámide, en especial, su capítulo primero titulado «Normativismo y sociologismo: la polémica entre Kelsen y Ehrlich en torno a la naturaleza de la ciencia jurídica», pp. 27-41.

<sup>63</sup> Hoy se le puede considerar como uno de los fundadores de la sociología del Derecho. La época de finales del siglo XIX y principios del XX, fue un momento propicio para el desarrollo de esta nueva ciencia que se ve respaldada por un florecimiento de autores y publicaciones de jurisprudencia sociológica y de sociología del Derecho (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho*, p. 23).

tuvo alejado de los ambientes más propicios para llevar a cabo un programa de investigación del Derecho vivo acorde con los cambios que iban surgiendo. Centró, sobre todo, su investigación del Derecho vivo en la sociedad campesina, que era lo que tenía más cerca, si bien consciente de que sus formas de vida pertenecían ya a un pasado superado y en continua transformación.

Lo importante de la obra de Ehrlich no son tanto sus investigaciones sobre instituciones concretas de la sociedad bucovina, sino la elaboración teórica de un nuevo planteamiento dentro de las ciencias jurídicas. Desde los inicios de su producción científica se le puede ver firme en su crítica a las ideas o dogmas fundamentales del legalismo y la jurisprudencia de conceptos siendo un defensor de una nueva forma de estudio del Derecho, contribuyendo con sus aportaciones al nacimiento de una nueva ciencia, como es la sociología del Derecho. Desde esta perspectiva mantuvo su posición pluralista.

Ehrlich siempre sintió curiosidad por el contraste que veía entre el Derecho establecido por el Estado, mediante leyes, y el Derecho como forma de vida social que tiene su realidad en la propia vida social y en los grupos sociales más que en la voluntad del legislador. Es probable que el medio social de la Bucovina y las diferencias entre el orden jurídico austriaco y las distintas etnias allí existentes, le llevaran a tratar de encontrar una vía científica para solucionar tales diferencias, la cual creyó encontrar en la sociología del Derecho y en el movimiento del Derecho libre<sup>64</sup>.

Ehrlich es, en realidad, representante de una «sociología histórica del derecho» puesto que contempla los hechos jurídicos tanto en el presente como en el pasado y de ellos extrae conclusiones teóricas las cuales pretenden formar el estatuto de una sociología teórica del Derecho, en consonancia con lo que él llamaba «ciencia teórica» o «ciencia pura». Es un historiador del Derecho romano que hace un estudio de la historia de la ciencia y de las instituciones para poder llegar a una ciencia general de carácter positivo, que no es otra que la sociología del Derecho. Es una sociología que surge del estudio de la entraña misma de la

---

<sup>64</sup> «Derecho vivo» y «Derecho libre» son dos conceptos próximos pero no idénticos. Mientras que el primero hace referencia al Derecho que se vive dentro de una sociedad y sus grupos sociales, el segundo se refiere al Derecho elaborado al margen del escrito en la ley, si bien no necesariamente en contra de ésta (Robles Morchón, Gregorio, *Ley y Derecho vivo*, p. 19).

evolución social del Derecho. Para Ehrlich el concepto sociológico del Derecho va vinculado a la idea del pluralismo jurídico ya que admite tantos ordenamientos cuantos grupos sociales haya en la comunidad si bien armonizados en la unidad superior de la sociedad que los engloba.

Frente a la identificación de Derecho y Derecho estatal que propone la concepción estatalista-legalista del Derecho, Ehrlich propone una concepción científica y sociológica en la que el Estado no es la única fuente de todo el Derecho existente sino que el Derecho es un producto de la sociedad donde el Estado sólo es un órgano más de la misma. Defiende un pluralismo jurídico donde no se puede reducir todo el Derecho al Derecho estatal ya que implicaría absolutizar el punto de vista del legislador.

En Ehrlich el «Derecho vivo» es el complejo jurídico-institucional resultado del modo de ser y del desarrollo histórico de una determinada sociedad que regula las relaciones entre sus miembros con independencia de lo que dispongan los textos legales, esto es, en palabras del autor, las proposiciones jurídicas. Ehrlich deriva su concepto de «Derecho vivo» del Derecho que regula la vida social aunque no necesariamente ha de estar formulado en «proposiciones jurídicas». Lo jurídico se observa en los «hechos del Derecho» de tal forma que el «Derecho vivo» es visto como un orden vivido en la realidad y la norma jurídica una regla de la acción social. El conocimiento de esta realidad jurídica exige una metodología específica que ofrezca una concepción de ciencia jurídica también específica. Por eso, Ehrlich concibe de forma «científica» el Derecho atendiendo sobre todo a los hechos sociales actuales del Derecho más que a una exclusiva consideración de las proposiciones jurídicas. Este propósito se ha de llevar a cabo mediante la reformulación de la ciencia jurídica tradicional positivista en una auténtica sociología del Derecho, única ciencia capaz de llegar a conocer y estudiar la realidad jurídica, pues es la única que permite la observación directa de la vida.

### *Bibliografía*

- EHRlich, Eugen: «*Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts*» (*Los hechos del Derecho consuetudinario*), recogido primero en 1907, en Leipzig y Viena, y posteriormente en *Gesetz und lebendes Recht. – Vermischte kleinere Schriften*, recopilados por M. Rebinder, Berlín (Duncker and Humblot), 1986.
- (1976): *I fondamenti della sociologia del diritto*, trad. A. Febbraio, Milano: Giuffrè Editore.

- (1913/14): «Soziologie des Rechts», en *Die Geisteswissenschaften*, pp. 202-205 y pp. 230-234; ahora en *Gesetz und lebendes Recht*, pp. 179-194.
- (1967): *Die Erforschung des lebenden Rechts*, recogido en *Recht und Leben, Gesammelte Schriften zur Rechtsstatsachenforschung und zur Freirechtslehre von Eugen Ehrlich*, Berlín, 1967.
- (1899): *Das zwingende und nichtzwingende Rect. Im Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich*, Jena, 1899; reimpresión Darmstadt, 1970.
- GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio (2005): «Derecho, vida y Derecho vivo en el pensamiento iusfilosófico de Eugen Ehrlich» en *Eugen Ehrlich, Escritos sobre sociología y jurisprudencia*, Madrid: Marcial Pons.
- GONZÁLEZ VICÉN, Felipe (1950): «El positivismo en la filosofía del Derecho contemporánea», recogido en F. González Vicén, *Estudios de filosofía del Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad de La Laguna, 1979.
- REHBINDER, Manfred (1967): *Die Begründung der Rechtssoziologie durch Eugen Ehrlich*, Berlín, 1967.
- (1981): *Sociología del Derecho*, Madrid: Pirámide.
- ROBLES MORCHON, Gregorio (1981): «Introducción» en Manfred Rehbinder, *Sociología del Derecho*, Madrid: Pirámide.
- (1997): *Sociología del Derecho*, Madrid: Civitas, 2.ª ed.
- (1982): *Epistemología y Derecho*, Madrid: Pirámide.
- (1998): *Teoría del Derecho. Fundamentos de Teoría Comunicacional del Derecho (I)*, Madrid: Ed. Civitas.
- (2002): *Ley y Derecho vivo. Método jurídico y sociología del derecho en Eugen Ehrlich*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

# Pluralismo jurídico: la semilla cosmopolita en el pensamiento crítico iberoamericano

Por  
Antonio Carlos Wolkmer

**Resumen:** Teniendo en cuenta la experiencia histórica y la perspectiva de América Latina, el autor pretende reflexionar sobre las posibilidades de una cultura jurídica más pluralista, democrática y emancipadora. El primer momento de reconstrucción pasa pedagógicamente por forjar e instrumentalizar un pensamiento crítico-interdisciplinar, construido a partir de las luchas sociales y de la legitimidad fundada en prácticas internalizadas por nuevos sujetos históricos. Esa nueva postura práctico-reflexiva sirve de substrato para una auténtica filosofía política y jurídica de la alteridad, centrada en la relación de la vida humana con dignidad.

**Abstract:** In the context of the historical experience and the Latin American perspective, this study aims to reflect about the possibilities of a juridical culture more pluralist, democratic and emancipated. The first moment of the reconstruction pedagogically passes through forging and instrumenting a critical and interdisciplinary thought. The foundations of this construction are the social struggles and the legitimacy based on internalized practices by the new historical subjects. This novel practical-reflexive approach is a substratum of an authentic political and juridical philosophy of alterity, centered in the human live realization with dignity.

## *Introducción*

Uno de los mayores desafíos de las últimas décadas es cómo participar del contexto social de la globalización mundial en desarrollo, pero sin dejar de estar integrado y actuar activamente en el plano cultural de la legitimidad local. Se trata de construir un proyecto social y político que

sea capaz de emancipar y reordenar las relaciones tradicionales entre Estado y Sociedad Civil, entre el universalismo ético y el relativismo cultural, entre la razón práctica y la filosofía del sujeto, entre las formas convencionales de legalidad y las experiencias no-formales de jurisdicción.

Reinscribir un nuevo modo de vida estimula la inserción cultural por otras modalidades de convivencia, de relaciones sociales y reglamentaciones de las prácticas emergentes e instituidas. En tal escenario, el énfasis no estará en el Estado y en el Mercado, pero sí ahora en la Sociedad Civil como nuevo espacio público que haga efectiva la pluralidad democrática. En su capacidad generadora, la nueva esfera pública proporciona, para los horizontes institucionales, nuevos valores culturales, nuevos procedimientos de práctica política y de acceso a la justicia, proyectando nuevos actores sociales como fuente de legitimación del espacio social y de la constitución emergente de los derechos.

Así, de ahí en más, ante el surgimiento de nuevas formas de dominación y de exclusión producidas por la globalización y por el neoliberalismo que afectaron sustancialmente prácticas sociales, formas de representación y de legitimación, se impone repensar el poder comunitario, el retorno de los sujetos históricos y la producción alternativa de juridicidad a partir de la pluralidad de fuentes. Evidentemente la constitución de una cultura jurídica pluralista fundada en los valores del poder de la comunidad está necesariamente vinculada a los criterios de una nueva legitimidad. El nivel de esa eficacia pasa por la legitimidad de los actores sociales involucrados y de sus necesidades y reivindicaciones. Por consiguiente, es fundamental destacar, en la presente contemporaneidad del Derecho, las nuevas formas plurales y diferenciadas de legitimación del Derecho.

Antes que nada, para que se constituya una cultura jurídica pluralista, alternativa y democrática es necesario, primero, reflexionar y forjar un pensamiento crítico, construido a partir de la praxis social, capaz de viabilizar nuevos conceptos, categorías, representaciones e instituciones sociales.

### *1. La instrumentalidad de la crítica como base de la emancipación en el contexto histórico de América latina*

Importa, ahora, avanzar en la delimitación de un instrumental teórico capaz de expresar y sustentar todo discurso acerca de una práctica pluralista y diferenciada del Derecho en la perspectiva de América Latina.

Inicialmente, es necesario señalar los diversos sentidos emanados de la expresión «crítica», término que no deja de ser ambiguo y amplio, pues representa innumerables significados, siendo interpretado y utilizado de diversas formas en el espacio y en el tiempo. De cualquier modo, la «crítica» surge como elaboración dinámica que sobrepasa los límites naturales de las teorías tradicionales, no ajustándose apenas a describir lo que está establecido o a contemplar, de un modo equidistante, los fenómenos sociales y reales (Wolkmer 1999). Se reconoce, también, que la «crítica» puede revelar, y esclarecer lo dicho por Paulo Freire (Wolkmer 2002, pp. 2-3), «(...) aquel conocimiento que no es dogmático, ni permanente, *pero* que existe en un continuo proceso de hacerse a sí mismo. Y, siguiendo la posición de que no existe conocimiento sin praxis, el conocimiento «crítico» sería aquel relacionado con un cierto tipo de acción que resulta de la transformación de la realidad. Solamente una teoría «crítica» puede ser el resultado de liberación del ser humano, pues no existe transformación de la realidad sin la liberación del ser humano».

Como proceso histórico identificado a lo utópico, a lo radical y a lo desmitificador, la «crítica» asume la «función de abrir alternativas de acción y margen de posibilidades que se proyectan sobre las continuidades históricas» (Habermas in 1998, p. 44). Una posición «crítica» tiene que ser vista, por consiguiente, no sólo como una evaluación crítica «de nuestra condición presente, pero sí en una en trabajar en dirección a una nueva existencia (...)» (Quinney in Wolkmer 2000, p. 5).

Entendiendo la crítica como instrumental pedagógico de ruptura y de liberación, la cuestión que se presenta a continuación es cómo viabilizarla en la inserción de la trayectoria de sociedad y de cultura como aquella de América Latina. Aunque engendrado históricamente por discontinuidades y flujos deterministas alienígenos, se puede creer en la existencia de un pensamiento auténtico latinoamericano.

En realidad, el pensamiento latinoamericano contenido, explícita o implícitamente, en la producción cultural de sus autores, escritores y filósofos, refuerza la premisa de que lo importante «(...) no es intentar afirmar tal pensamiento como verdad o como aquel más adecuado a la región, pero al contrario, un pensamiento como (...)» (Santiago 1998, p. 27), manifestación apto para instrumentalizar la fuerza de su crítica en el sentido de contribuir a la des-construcción de las viejas prácticas de saber y de poder dominantes.

En efecto, la edificación de un pensamiento crítico latinoamericano no implica la total negación o la ruptura radical con otras formas racio-

nales de conocimiento heredadas del iluminismo y producidas por la modernidad europea o norteamericana, pero sí un proceso dialéctico de asimilación, transposición y reinención. Se trata de ir concretando, como dice el filósofo peruano Augusto Salazar Bondy, una práctica cultural crítica en la cual se irá reformulando la realidad histórica; es el trabajo de recreación en la dirección emergente para el nuevo proyecto de emancipación, síntoma genuino y auténtico de un pensamiento crítico orientado políticamente para la desalienación y para la liberación (Salazar Bondy 1982; Zea 1975, 1976, p. 526).

Como ya se advirtió en otro momento (Wolkmer 1999, pp. 9-11), una teoría o pensamiento de perspectiva crítica opera en la búsqueda de liberar al hombre de su condición de alienado, de su reconciliación con la naturaleza no-represora y con el proceso histórico por él formado. La «crítica», como saber y práctica de la liberación, tiene que demostrar hasta qué punto los individuos están cosificados y formados por los determinismos históricos, pero no siempre son conscientes de las implicancias hegemónicas, de las opresiones disimuladas y de las falacias ilusorias del mundo objetivo/real. El pensamiento crítico tiene la función de provocar la autoconciencia de los sujetos sociales oprimidos que sufren las injusticias por parte de los sectores dominantes de los grupos privilegiados y de las formas institucionalizadas de violencia y de poder (local o global). Sin duda, la «crítica» como dimensión epistemológica e ideológica tiene un papel pedagógico altamente positivo, a medida que se transforma como instrumental operante adecuado al esclarecimiento, resistencia y emancipación, yendo al encuentro y respondiendo a las ansias, intereses y necesidades de todos aquellos que sufren cualquier forma de discriminación, explotación y exclusión.

De igual modo, para constituir una nueva cultura de la alteridad y de la pluralidad, a través de ciertas categorías críticas emergentes en la perspectiva latinoamericana, ya sea como forma de destrucción de la dominación, ya sea como instrumento pedagógico de la liberación, abarca dos condiciones esenciales:

- 1) se inspira en la «praxis concreta» y en la situación histórica de las estructuras socioeconómicas de América Latina, secularmente explotadas, dependientes, marginadas y colonizadas;
- 2) las categorías teóricas y los procesos de conocimiento se encuentran en las propias culturas teológica, filosófica y socio-política latinoamericanas (Wolkmer 1999, pp. 268-269). En este

sentido, cabe aprehender los substratos fomentadores de un pensamiento con identidad propia y de vanguardia, provenientes tanto de la *Teología* (Gustavo Gutiérrez, Hugo Assmann, Clodovis y Leonardo Boff) y de la *Filosofía* (Enrique D. Dussel, Augusto Salazar Bondy, Leopoldo Zea, Alejandro Serrano Caldera, Raul Fernet-Betancourt) como de la *Economía* (Rui Marini, Theotônio dos Santos, Celso Furtado, Franz J. Hinkelammert), de la *Geografía* (Milton Santos), de la *Pedagogía* (Paulo Freire), de la *Sociología* (Forestan Fernández, Aníbal Quijano, Orlando Fals Borda, Pablo González Casanova), de la *Antropología* (Manoel Bonfim, Darcy Ribeiro), de la *Política* (José Martí, José Carlos Mariátegui), de la *Literatura* (Rubén Darío, Pablo Neruda, Gabriel García Márquez), de la *Música* (Heitor Villa-Lobos, Ariel Ramírez), de la *Cinematografía* (Glauber Rocha), de la *Teatro* (Augusto Boal), de la *Pintura* (Diego Rivera, David Siqueiros, José C. Orozco, Cândido Portinari) y del *Derecho* (Jesús A. de la Torre Rangel, David Sánchez Rubio).

## 2. *La inserción de la crítica en la producción de la filosofía de la política y del derecho*

Teniendo en cuenta los conceptos de «crítica», como expresión del conocimiento radical, desmitificador y como transposición de lo instituido opresor, se pasa, ahora, a la clara conexión con lo que sea política y derecho como instrumentales de la práctica alternativa emancipadora. En concreto, el «criterio» base de toda filosofía crítica de la política y del derecho será expresar la defensa de los principios básicos de la vida humana digna, y de la libertad y de la justicia (Sánchez Rubio 2000, pp. 180-183).

Es en esta perspectiva que una filosofía política crítica asume la responsabilidad por operacionalizar la razón de ser y la fundamentación para combatir lo que Enrique Dussel designa como «la no-verdad, la no-validez (deslegitimación), la no-eficacia de la decisión, de la norma, de la ley, de la acción, de la institución o del orden político vigente e injusto desde la perspectiva específica de la víctima, del excluido» (Dussel 2001, p. 54). Así, la filosofía política crítica revela un diagnóstico correcto y una praxis transformadora de las patologías de lo instituido y de las diversas formas de la «negatividad material» (miseria, marginalización,

exclusión, negación de la ciudadanía). El punto de partida de la filosofía política crítica es la «negatividad material», factor determinante para que el orden político vigente imposibilite la «reproducción de la vida» y la «participación» legítima y democrática de los «oprimidos del proceso de globalización, de las clases explotadas, de las poblaciones autóctonas excluidas, de los marginales, de los inmigrantes pobres y tantos otros grupos sociales afectados (...)» (Dussel 2001, pp. 58-59). La política crítica debe, también comprometerse con los «actores sociales diferenciados y excluidos», buscar «organizar los movimientos sociales necesarios» y contribuir para edificar «positivamente alternativas a los sistemas político, jurídico, económico, ecológico y educativo vigentes (...)» (Dussel 2001, p. 60). La verdadera filosofía política crítica, que sobrepasa el nihilismo e individualismo crítico post-modernista, pautado según Dussel, por estrategias crítico-emancipadoras, desencadenando luchas en diferentes «frentes de liberación» (de los excluidos, pobres, razas discriminadas, sexos oprimidos, viejos abandonados, niños explotados, pueblos ignorados, culturas exterminadas, etnias menospreciadas)» y afirmando el desarrollo de la vida y de la libertad humanas en su dimensión universal. En suma, la filosofía crítica de la política debe actuar asumiendo la responsabilidad por la dignidad del otro y contribuyendo a implementar estructuras políticas justas y legítimas, mediante «nuevas normas, leyes, acciones e instituciones políticas» (Dussel 2001, p. 64).

De igual modo, como se puede proyectar una nueva filosofía política, no menos relevante es extender la problemática a una juridicidad crítica de perspectiva pluralista.

Resulta, también, imprescindible tener como punto de partida para cualquier reflexión sobre derecho y justicia la inclusión del paradigma de la «vida humana» con dignidad. En la perspectiva de las premisas orientadoras de la ética de la alteridad, Enrique Dussel advierte lo imperativo de la vida humana para la construcción de una realidad social justa, que restaure «(...) la dignidad negada de la vida de la víctima, del oprimido o del excluido» (Dussel 2001, p. 93). Esta perspectiva de la alteridad que prioriza al ser humano concreto, se manifiesta en la fundamentación crítica de otra juridicidad y en la condición real de emergencia de nuevos derechos esenciales. De este modo, frente a los grandes paradigmas de la tradición occidental (ser, conocer y comunicación) (Azevedo 2001, pp. 184-185), Dussel presenta, en la transposición de la totalidad excluyente y en la dimensión, ahora, de la exterioridad libera-

dora, elementos críticos de una ética centrada en el «Otro», base para repensar la cuestión de la justicia y de los derechos humanos.

Así, el concepto de liberación, tomado de la ética de la alteridad de Dussel, ha favorecido el surgimiento de un análisis crítico de la juridicidad formalista y opresora por parte de los jusfilósofos como Jesús Antonio de la Torre Rangel (México) y David Sánchez Rubio (España).

Hay que considerar, como afirma Jesús A. de la Torre Rangel que el derecho tiene su raíz en el ser humano. Sin dudas, «es el Otro, desde la exterioridad, el que dará siempre la pauta de una búsqueda histórica de la vigencia real de los derechos humanos, de Justicia y del bien común» (Torre Rangel 2001, p. 100). Pero en particular, según Torre Rangel (1986, p. 56), la juridicidad moderna, por ser alienante, será sobrepasada por un pensamiento crítico-filosófico que tome en cuenta la « (...) lucha del pueblo por justicia, cuando el otro sea reconocido como otro. El primer momento será reconocer la desigualdad de los desiguales, y a partir de allí vendrá el reconocimiento pleno no ya del desigual, pero sí del distinto portador de la justicia como otro. El Derecho perderá su generalidad, su abstracción y su impersonalidad. Y el rastro del otro como clase alienada que provoca la Justicia (...). Por esta razón, (...) la búsqueda de Justicia concreta rompe con todo un aparato jurídico que sólo existe para mantener el lucro y el poder» (Torre Rangel 1986, p. 56).

En otra juridicidad crítica que parte de los aportes de Dussel y Hinkelammert, David Sánchez Rubio muestra, también, que la liberación se legitima como la expresión de lucha de los excluidos por sus derechos. Al relacionar liberación con justicia y derechos humanos, el profesor de la Universidad de Sevilla, deja claro que, «(...) hablar de liberación es apostar por una determinada concepción de Justicia cuya opción son los pobres y que, en el contexto actual, se manifiesta (...) con las víctimas del sistema social capitalista» (Sánchez Rubio 2000, p. 178). Esto explica la razón del concepto de Justicia y cómo pasa a ser tan importante en América Latina. Precizando todavía más, puntualiza Sánchez Rubio que la Justicia reclamada por los colectivos marginalizados y por los pobres excluidos de sus derechos se revela la fuente más auténtica «(...) de toda lucha contra situaciones de explotación. El Derecho a la vida y el Derecho a la libertad, entendidos en un sentido tanto individual como colectivo, forman el espacio mínimo a partir del cual la dignidad humana se desarrolla en los contextos de adversidad, miseria y dominación» (Sánchez Rubio 2000, pp. 157 y 180).

Por lo tanto, el pensamiento crítico, forjado en la denuncia y en la lucha de los propios oprimidos contra las falsas legitimidades y las falacias opresoras del formalismo legalista de la modernidad, sirve de sustrato para una auténtica y genuina filosofía jurídica de la alteridad. Reconoce Dean F. B. de Almeida que, al contribuir para superar el formalismo juspositivista, la propuesta de la alteridad jurídica latinoamericana «(...) representa una nueva postura práctico-reflexiva (...) rompiendo con la hegemonía del pilar regulación y con el mito de la modernidad norteamericana» (Almeida 2002, p. 24).

En estas condiciones norteadas por una filosofía jurídica crítico-emancipadora, las prácticas plurales de juridicidad se evaden del individualismo sistémico de dominación para transformarse en instrumento responsable por el cambio social. Esa filosofía jurídica de la alteridad, incorporando las necesidades fundamentales (libertad, justicia, vida digna y derechos humanos) de nuevos actores históricos, posibilita el verdadero descubrimiento de un sujeto social emergente, un derecho que revela y legitima por sobre todo la dignidad del Otro, que lo respeta y lo protege. El derecho orientado para la liberación deja de legitimar y asegurar el interés de los sectores sociales dominantes «(...) para transformarse en el instrumento vivo de humanización de la sociedad latinoamericana (...)» (Almeida 2002, p. 25).

En síntesis, la crítica permite una consideración histórica para reconocer una nueva cultura jurídica marcada por el pluralismo comunitario-participativo y por la legitimidad construida a través de las prácticas internalizadas por nuevos sujetos sociales.

### 3. *Formas plurales y alternativas de legitimación del derecho*

En la crisis del proyecto cultural de la modernidad occidental, se constata la transposición de modelos de fundamentación y del desarrollo para nuevos parámetros científicos de conocimiento. Los modelos de referencia político y jurídico de corte racionalista, individualista y universal están siendo radicalmente debatidos en lo que atañe a sus conceptos, sus fuentes y sus institutos frente a la pluralidad de transformaciones técnico-científicas, de las experiencias de vida diferenciadas, de la complejidad creciente de bienes valorados y de necesidades básicas, así como de la emergencia de actores sociales, portadores de nuevas subjetividades (individuales y colectivas). Además, las necesidades, los con-

flictos y los nuevos problemas producidos por la sociedad en el inicio del milenio generan también formas alternativas de legitimación de derechos que desafían y dificultan la teoría clásica del Derecho (Wolkmer 2001, pp. 2-3).

Así, los presupuestos sustantivos que constituyen y sustentan nuevas formas de legitimación, requieren de la Justicia, requieren del Derecho, deben ser buscados en la acción participativa de los sujetos sociales emergentes y en la justa satisfacción de sus necesidades fundamentales.

En primer lugar, cabe considerar que en el espacio de la «pluralidad de interacciones de las formas de vida, emplear procesos comunitarios significa adoptar estrategias de acción vinculadas a la participación consciente y activa de nuevos sujetos sociales. Es ver en cada esencia humana (individual y colectiva) un ser capaz de actuar de forma solidaria y emancipadora, cediendo al inmovilismo pasivo y a los beneficios individualistas comprometidos» (Wolkmer 2000, p. 97).

Es de este modo que la reconsideración y la redimensionalidad del concepto histórico de «sujeto» está una vez más asociado a una tradición de utopías revolucionarias de luchas y resistencias. En la presente contemporaneidad, en un escenario de exclusiones, opresiones y carencias, las prácticas emancipadoras e insurgentes de las nuevas identidades sociales (múltiples grupos de intereses, movimientos sociales, cuerpos intermedios, redes de intermediación, ONGs) se revelan como portadoras potenciales de nuevas y legítimas formas de hacer política, así como fuente alternativa y plural de producción jurídica (Wolkmer 2000b, p. 104).

La ineficacia de las instancias legislativas y jurisdiccionales del clásico Derecho Moderno favorecen «la expansión de procedimientos extrajudiciales y prácticas normativas no-estatales», ejercidas dialógicamente y consensualizadas por sujetos sociales que, a pesar de, a veces, oprimidos e «insertos en la condición de «ilegalidad» para las diversas esferas del sistema oficial, definen una forma plural y emancipadora de legitimación. [...]. Los centros generadores de Derecho ya no se reducen a las instituciones y a los órganos representativos del monopolio del Estado Moderno, pues el Derecho, por estar inserto en las prácticas y en las relaciones sociales de las cuales es fruto, emerge de diversos centros de producción normativa.

Las nuevas exigencias globalizadas y los conflictos en espacios sociales y políticos periféricos, tensos y desiguales, se hace, hoy en día,

significativo reconocer, en la figura de los nuevos movimientos sociales, una fuente legítima de engendrar prácticas de justicia alternativa y derechos emergentes, así como viabilizar prácticas legitimadoras de resistencia al desenfrenado proceso de desreglamentación y desconstitucionalización de la vida (Wolkmer 2000b, pp. 104-105).

Puesta la tematización de los sujetos sociales, cabe considerar también la constitución de las necesidades humanas y su justa satisfacción como criterio para ser pensadas nuevas formas de legitimación en el ámbito de la juridicidad. La estructura de las necesidades humanas (existenciales, materiales y culturales) que permea la colectividad se refiere tanto a un proceso de subjetividad, modos de vida, deseos y valores, como a la constante «ausencia» o «vacío» de algo anhelado y no siempre realizable. Por ser inagotables e ilimitadas en el tiempo y en el espacio, las necesidades humanas están en permanente redefinición y creación (Wolkmer 1994, p. 43). El conjunto de las necesidades humanas varían de una sociedad o cultura para otra, abarcando un amplio y complejo proceso de socialización. Hay que distinguir, por lo tanto, en la problemática de las necesidades, sus implicancias contingentes con exigencias de legitimación.

De esta forma, una necesidad «puede ser reconocida como legítima si su satisfacción no incluye la utilización de otra persona como mero medio» (Heller y Fehér 1989, pp. 171-172). Se hace, de veras, condenable cualquier determinación arbitraria sobre la calidad y la cantidad de las necesidades, le cabe al ciudadano —comprometido con el procedimiento justo— no sólo rechazar la idea de objetivaciones cotidianas interiorizadas por dominación, sino como, sobre todo, «practicar el reconocimiento de todas las necesidades, cuya satisfacción no supone el uso» y la explotación de los demás miembros de la comunidad (Heller 1990, pp. 238-239). Es en esta perspectiva compartida que importa rescatar la presencia plural de los nuevos sujetos sociales que se transforman en fuentes de legitimación de una nueva forma de hacer efectiva la justicia y una nueva manera de constituir derechos (Wolkmer 2001, pp. 245 y 247).

Así, la razón de ser de una juridicidad alternativa está en la trasgresión a lo convencional instituido e injusto, en la posibilidad de revelarse como instrumental de construcción de una sociedad más justa, edificada en valores nacidos de prácticas sociales emancipadoras.

En síntesis, los presupuestos de fundamentación de la producción de nuevos derechos y de múltiples experiencias de jurisdicción comuni-

taria están directamente asociados a la fuerza de la legitimidad de las subjetividades plurales recientes y al nivel de la justa satisfacción de las necesidades de la vida humana con dignidad.

### *Bibliografía*

- ALMEIDA, Dean Fabio Bueno de (2002): *América Latina: filosofía jurídica da alteridade*. Curitiba. [Mimeo]
- AZEVEDO, Mônica Louise de (2001): «Direitos humanos e filosofia da libertação». *Revista Argumenta*. Jacarezinho: Fundinopi.
- DUSSEL, Enrique (2000): *Ética da libertação*. Na idade da globalização e da exclusão. Petrópolis: Vozes.
- (2001): *Hacia una filosofía política crítica*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- FREIRE, Paulo. In: WOLKMER, Antonio Carlos (2002): *Introdução ao pensamento jurídico crítico*. 4 ed. São Paulo: Saraiva.
- HABERMAS, Jürgen. In: SANTIAGO, Gabriel L (1988): *As utopias latino-americanas: em busca de uma educação libertadora*. Campinas: Alínea.
- HELLER, Agnes (1978): *Teoría de las necesidades en Marx*. Barcelona: Península.
- HELLER; FEHÉR, Ferenc (1989): *Políticas de la postmodernidad*. Barcelona: Península.
- (1990): *Más allá de la justicia*. Barcelona: Crítica.
- HERRERA FLORES, Joaquín (2005): *Los Derechos Humanos como Productos Culturales – Crítica del Humanismo Abstracto*. Madrid: Catarata.
- QUINNEY, Richard. In: WOLKMER, Antonio Carlos (2000): *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SALAZAR BONDY, Augusto (1982): *Existe una filosofía de nuestra América?* 8 ed. México: Siglo Veintiuno.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (2000): *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- (2004): «Direitos Humanos, Ética da Vida Humana e Trabalho Vivo». In: Wolkmer, Antonio C (Org.). *Direitos Humanos e Filosofia Jurídica na América Latina*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. pp. 139-178.
- TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la (1986): *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: CIRA.
- (2001): *Derechos humanos desde el jusnaturalismo histórico analógico*. México: Porrúa/UAA.
- (2005): *Iusnaturalismo, Personalismo y Filosofía de la Liberación: una visión integradora*. Sevilla: MAD.
- WOLKMER, Antonio Carlos (1994): «Sobre a teoria das necessidades: a condição dos novos direitos». In: *Alter Ágora*. Florianópolis: CCJ/UFSC, n. 01.

- (1999): «Matrizes teóricas para se repensar uma crítica no direito». In: *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos*. Bauru: ITE, n. 25.
- (2000): *Ideologia, estado e direito*. 3 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- (2000): «Direitos, poder local e novos sujeitos sociais». In: RODRIGUES, H. W. [Org.]. *O direito no terceiro milênio*. Canoas: Ulbra.
- (2003): *Introducción al Pensamiento Jurídico Crítico*. Bogotá: ILSA.
- (2001): *Pluralismo jurídico - Fundamentos de uma nova cultura no direito*. 3 ed. São Paulo: Alfa-Omega.
- (2006): *Pluralismo Jurídico – Fundamentos de una Nueva Cultura del Derecho*. Sevilla: MAD.
- (2003): «Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos novos direitos». In: *Os Novos Direitos no Brasil: natureza e perspectiva*. São Paulo: Saraiva.
- ZEA, Leopoldo (1975): *La filosofía americana como filosofía sin más*. 3 ed. México: Siglo Veintiuno.
- (1976): *El pensamiento latinoamericano*. 3 ed. Barcelona: Ariel.
- YOUNG, Iris Marion (2000): *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Ediciones Cátedra/Universitat de Valencia.

## Pluralismo jurídico y emancipación social (Aportes desde la obra de Antonio Carlos Wolkmer)

Por  
David Sánchez Rubio

**Resumen:** En este trabajo, teniendo presente el contexto de la globalización, se ofrecen una serie de elementos necesarios para articular una concepción pluralista del Derecho desde un punto de vista emancipador y teniendo como protagonistas a los movimientos sociales. A partir de los planteamientos del filósofo y sociólogo del Derecho brasileño Antonio Carlos Wolkmer, se defiende un pluralismo jurídico progresista de corte democrático-comunitario.

**Abstract:** This paper offers a set of ideas in order to develop a pluralist notion of the law in the framework of globalization. According to an emancipatory\* process, legal pluralism is based on social movement practices. Antonio Carlos Wolkmer –a Brazilian sociologist and philosopher- claims a progressive legal pluralism. Community and democracy are the main features of his theory of legal pluralism.

### *1. El cuento de la rana y el charco: el problema entre el paradigma monista y pluralista del Derecho*

Me gustaría contar una anécdota que me sucedió en agosto de 1998 en la capital de Ecuador, Quito, cuando impartía un curso de postgrado sobre Derecho económico. Dentro del mismo, surgió una fuerte polémica entre los asistentes acerca de las nociones de monismo y pluralismo jurídicos en el actual contexto de los procesos de globalización. Uno de los estudiantes, abogado de profesión, se acercó a mí después de la clase con la intención de darme una pequeña lección argumentativa a favor del monismo jurídico. Y lo hizo contándome la siguiente curiosa historia:

«Eran dos ranas que vivían en un charco. Un día, una de ellas decidió abandonar el lugar porque se sentía aburrida. Necesitaba conocer nuevas fronteras. Tras despedirse de su compañera partió, dejando a su amiga triste y sola. Con el transcurso del tiempo, pasado un año, la rana viajera regresó al charco. Su amiga, llena de felicidad, tras darle un cálido abrazo, le preguntó: «¿Qué tal el viaje? ¿Cómo te ha ido por ahí?». El anfibio aventurero le respondió que muy bien, que había conocido paisajes únicos e indescriptibles y cosas increíbles y maravillosas. La rana amiga le volvió a preguntar: «¿Y qué es lo que más te ha llamado la atención?». Tras meditar un rato, el anfibio viajero le respondió: «pues mira, lo que más me ha sorprendido ha sido descubrir un charco como este pero tan grande tan grande, que no se veía el otro lado.» Evidentemente la rana viajera se refería al mar».

Terminado el relato, el abogado ecuatoriano me señaló: «moraleja, cuando hablamos del Derecho, estamos hablando del charco. Cualquier otra cosa que no sea el charco, es decir, el Derecho, será otra cosa, pero no es el charco, no es el Derecho. Por tanto, hablar de pluralismo jurídico es referirse a sistemas normativos que no son jurídicos, es decir, fuera del marco del Estado y del Derecho estatal no hay expresiones jurídicas. Referirnos a ellas es aludir a otra cosa, al igual que cuando describimos el mar no nos estamos refiriendo al charco».

Con estas palabras y este cuento me quedé algo perplejo. Resultaba curioso que este estudiante aludía, principalmente, a un conflicto ya tradicional sobre si hay sistemas normativos no estatales que pueden ser calificados de jurídicos. En este caso, para este abogado andino, sólo el Estado resulta ser la fuente única de creación de las normas jurídicas. Otras normas de origen social y en donde intervienen otros actores, quedan fuera del charco, por tanto, no pueden ser calificadas como Derecho.

Seguidamente, tras pensármelo un rato, recreándome un poco, le contesté al estudiante lo siguiente: es cierto que un charco es un charco, y que para la mayoría de la gente, el Derecho es el Derecho. No obstante, a pesar de que existan múltiples definiciones que acentúan bien el elemento normativo o el institucional o el estructural e, incluso, el social o el valorativo del fenómeno jurídico, también hay que reconocer que de la misma manera que el charco es el charco, los hay de diverso tama-

ño, unos más grandes y otros más chicos. Incluso también nos encontramos con concentraciones de agua que ni se reducen a un charco ni tampoco al mar: hay estanques, charcas, lagunas, lagunillas, embalses, presas, bardos... Por esta razón, también aparecen tipos de sistemas jurídicos distintos (Derecho estatal, Derecho canónico, la *lex mercatoria*, Derecho indígena, Derecho de la Unión Europea...). Pero lo más sorprendente de todo es: «¿de dónde procede el agua del charco?» –Le pregunté–. El abogado me contestó: «de la lluvia». Le volví a inquirir: «¿Y el agua de la lluvia de dónde viene?». Respondió: «del mar». «Luego hay elementos básicos y centrales –afirmé– que unen el charco con las otras clases de acumulación hídrica» (relaciones humanas, relaciones de poder, necesidades, ideologías, sujetos, actores sociales...). Asimismo, inmediatamente le comenté que el charco puede estar lleno de agua estancada y putrefacta si no se renueva. Incluso puede secarse si hay un periodo largo de sequía. Las ranas pueden acabar muertas si se descuidan.

Mi moraleja, que va dirigida tanto hacia él como hacia los lectores de esta obra que estamos presentando al público hispanohablante, se centra en lo siguiente: cuando hablamos del fenómeno del pluralismo jurídico nuestra posición dependerá, no solamente de la noción que tengamos sobre lo que es el Derecho (si es como el charco o, por el contrario, implica más cosas que no se reducen a él), sino también de la disposición y la capacidad que poseemos para visualizar, relacionar y vincular los distintos elementos del mundo en donde vivimos y en el que, también, participamos, formando el ámbito jurídico parte del mismo. Además, hay que tener en cuenta quiénes son los actores que consideramos intervienen en el proceso de creación de la realidad y, en el caso del Derecho, en el proceso de su generación, su interpretación y su uso. Por esta razón, podemos concebir el mundo jurídico como un único sistema independiente y separado del contexto histórico, social, cultural, político y económico, o todo lo contrario, entendiéndolo como un sistema o varios sistemas insertos, interrelacionados y vinculados con los diversos elementos que conforman la vida en sociedad, en donde los seres humanos participan de diversa manera en el proceso de dotación de sentido de las normas y las instituciones.

Asimismo, la capacidad de análisis y los niveles de profundidad vienen mediados por la disposición que se tenga a la hora de saber distinguir y, simultáneamente, no separar los componentes interrelacionados que conforman tanto nuestros ricos mundos en general, como el ámbito jurídico en particular. En este proceso de distinción y diferenciación

conceptual, adoptaremos una concepción más monista-estatalista o más pluralista, según pensemos dónde reside la centralidad y las claves fundamentales del campo del Derecho.

Finalmente, tampoco hay que olvidar el contexto cultural en el que nos movemos. Muchas veces consideramos que nuestros marcos categoriales y nuestros esquemas mentales son universales, ignorando la trayectoria histórica y la ubicación espacio-temporal y cultural de todo aquello que interpretamos (en este caso las instituciones jurídicas) y con lo que interpretamos (las teorías). Damos por hecho que lo que sucede en la historia occidental es la única historia válida. Cuando hablamos de conceptos como Estado o Derecho, partimos de la premisa que su creación sólo puede tener el molde que marcaron los procesos históricos desarrollados al interior de Occidente. No pensamos que esas mismas instituciones pueden tener un significado diferente en otros contextos culturales. Incluso siguiendo con el cuento, para otros pueblos, designar el charco no sea la manera más adecuada de referirse al Derecho<sup>1</sup>.

Por estas y otras razones, según la postura o posición que se tome en torno a una visión monista o pluralista del fenómeno jurídico, toda una gama de concepciones aparecen, en ocasiones contrapuestas unas a las otras, pero en otros casos, complementarias. De este modo tenemos el siguiente panorama: desde aquellas posiciones que consideran que el monopolio de la producción jurídica lo detenta el Estado, por lo que sólo el Derecho estatal y positivo es el único Derecho, siendo cualquier otra manifestación de normas no estatales expresión de un fenómeno de pluralismo no jurídico, sino, como mucho, meramente normativo; pasando por aquellos planteamientos que también dentro del paradigma monista, hablan de un pluralismo jurídico interno, referido a las fuentes de creación del propio Derecho del Estado; siguiendo con las teorías que mencionan el fenómeno de paralelismo jurídico para aludir a la práctica ilegal diaria que la gente común realiza frente a la ineficacia o a la ausencia de un Derecho oficial y contra las desigualdades sociales y locales más propias de los países de capitalismo periférico o semiperiférico<sup>2</sup>; hasta llegar a los planteamientos de pluralismo jurídico externo o en sen-

---

<sup>1</sup> Sobre la importancia de las culturas jurídicas y el cuestionamiento del marco occidentalocéntrico, ver la teoría de multijuridicismo de Le Roy, (1998); asimismo, ver Sousa Santos (1998), p. 75 y ss.; Eberhard (2002), principalmente, p. 271 y ss.; y De Julios (2004), pp. 217 a 239.

<sup>2</sup> Ver en este sentido Lima y Lopes (2003), p. 242.

tido estricto, que consideran la coexistencia de una pluralidad de derechos en un mismo territorio o espacio sociopolítico. En este caso se niega que el Estado sea la única y exclusiva fuente de producción jurídica, bien porque se visualiza la presencia de diferentes órdenes jurídicos debido a la existencia de otras culturas que conviven en un mismo espacio, bien porque se defiende la coexistencia conflictiva o tolerada de varios órdenes normativos, de una pluralidad de sistemas de Derecho en el seno de una unidad de análisis determinada, ya sea de carácter local, nacional o internacional<sup>3</sup>.

## 2. *Pluralismo jurídico y teoría crítica del Derecho en Antonio Carlos Wolkmer*

El paradigma pluralista propio o en sentido estricto es el que adopta Antonio Carlos Wolkmer en su obra *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*. Desde una visión interdisciplinaria, relacional y compleja del fenómeno jurídico, el profesor de la Universidad Federal de Santa Catarina, reconociendo la variedad de expresiones y la polisemia de la noción central del título del libro, por un lado denuncia la insuficiencia y el agotamiento del modelo clásico occidental de legalidad positiva y, por otro lado, reivindica, a partir de una toma de posición por lo que el autor denomina teoría crítica del Derecho, la necesidad de construir y preparar los horizontes de un nuevo paradigma de legalidad basado en supuestos que parten de las condiciones históricas actuales y de las prácticas y luchas sociales reales e insurgentes<sup>4</sup>.

Para el autor, la estructura normativa del moderno Derecho positivo formal a comienzos del siglo XXI, es poco eficaz, sobre todo para solucionar y atender los problemas relacionados con las necesidades de las sociedades periféricas. En América Latina, la nueva fase de desarrollo del capitalismo y su proceso de expansión por medio de las estrategias de dominación de las naciones más poderosas, intensifica la sangría

---

<sup>3</sup> Ver Villegas y Rodríguez (2003), pp. 46 y ss.; y también la totalidad de la obra de Correas (2003).

Para una tipología sobre los distintos tipos de pluralismo jurídico, ver Ardila (2002), pp. 53 y ss.; Soriano (1999), pp. 375 y ss.; y Palacio (1993).

<sup>4</sup> Ver Wolkmer (2003), pp. 247-248.

de los mercados de los países más débiles y pobres e incrementa los niveles de desigualdad y contradicción social. Entre otras cosas, provoca una crisis de legitimidad y de funcionamiento de la justicia basada en la primacía y la exclusividad del modelo estatalista del Derecho y en los valores del individualismo liberal. Como contrapartida, Antonio Carlos Wolkmer propone la búsqueda de una visión jurídica, más pluralista, democrática y antidogmática que refleje mejor y de cuenta del nuevo contexto en el que se encuentran los países latinoamericanos. El iusfilósofo brasileño está entre quienes piensan que nos encontramos en un periodo de crisis de paradigma, precondition necesaria para el surgimiento de nuevas propuestas teóricas y nuevos referentes.

A partir de una postura militante y comprometida, nuestro autor apuesta por un proyecto de un «nuevo» Derecho transformándolo en una instancia al servicio de la justicia, la emancipación y la dignificación de los seres humanos (Wolkmer 2003, pp. 13-14 y 16). Su propuesta parte de una noción de pluralismo jurídico, *capaz de reconocer y legitimar normas extra e infraestatales, engendradas por carencias y necesidades provenientes de nuevos actores sociales, y capaz de captar las representaciones legales de sociedades emergentes marcadas por estructuras con igualdades precarias y pulverizadas por espacios de conflicto permanente* (Wolkmer 2003, p. 248).

Hay que tener en cuenta que el autor, desde hace mucho tiempo es uno de los máximos representantes de la teoría jurídica crítica latinoamericana, siendo a su vez, uno de los principales valedores del movimiento brasileño *Direito Alternativo*<sup>5</sup>. Este es un dato que nos sitúa en el permanente inconformismo de Wolkmer por lo empíricamente dado y por su búsqueda de posibilidades nuevas en el ámbito jurídico. No es otra la razón de que entienda que la teoría jurídica crítica se refiera a un «*profundo ejercicio reflexivo de cuestionar lo que se encuentra normativizado y oficialmente consagrado (en el plano del conocimiento, del discurso y del comportamiento) en una determinada formación social, así como la posibilidad de concebir otras formas no alienantes, diferenciadas y pluralistas de la práctica jurídica*» (Wolkmer 2003, pp. 13-14 y 33). Desde esta perspectiva, defiende el paradigma pluralista del Derecho por dos razones fundamentales: a) porque permite una mejor interpretación de la complejidad de los actuales acontecimientos que el con-

---

<sup>5</sup> En este sentido ver Sánchez Rubio (2002); y Bueno de Carvalho y Carvalho (2004).

texto de la globalización está provocando sobre el mundo jurídico; y b) porque en su versión emancipadora, el Derecho puede ser un instrumento al servicio de los colectivos más desprotegidos y más vulnerables.

### 3. *Antecedentes del pluralismo jurídico, contexto global y emancipación*

El objetivo básico de Antonio Carlos Wolkmer es encontrar un nuevo criterio de racionalidad que permita explicar la complejidad de la realidad social latinoamericana (lo que él mismo denomina un nuevo paradigma societario de producción normativa). Y cree verlo en un nuevo concepto de pluralismo jurídico<sup>6</sup>. No obstante, desde el principio hay que incorporar algunos puntos importantes en el proceso de elaboración teórica del mismo:

- En primer lugar, el fenómeno de pluralismo jurídico no es nuevo. La diferencia ahora reside en las particulares características que adquiere con el nuevo contexto determinado por los procesos globalizadores. Históricamente, dentro de la tradición occidental, la Edad Media fue un ejemplo de la concurrencia de diferentes órdenes normativos con rango de Derecho, como fueron el Derecho señorial, el Derecho canónico, el Derecho burgués y el Derecho real. Ninguno tenía el monopolio de la producción jurídica. Durante los siglos XVII y XVIII, los diversos sistemas legales se fueron integrando en una legislación común con el desarrollo de un Estado unificado y centralizador. Fue en este periodo cuando se va pasando hacia la autoridad de la legalidad, de la ley. Pese a la primacía y la pretensión de monopolio del Derecho estatal que negaba esa cualidad jurídica a otros órdenes normativos<sup>7</sup>, entre finales del

---

<sup>6</sup> El autor lo delimita y define como «*la multiplicidad de manifestaciones o prácticas normativas en un mismo espacio socio-político, impulsados por el conflicto o por el consenso, oficiales y/o no oficiales, teniendo su razón de ser en las necesidades existenciales, materiales y culturales*». Wolkmer (1994), pp. XII y 195.

<sup>7</sup> Oscar Correas (2003), p. 109, señala que la juridicidad no es otra cosa que el calificativo que permite legitimar, privilegiar, un sistema normativo (en este caso el estatal) sobre cualquier otro al que se arroja a la antijuridicidad».

siglo XIX y mediados del siglo XX hubo una fuerte reacción como alternativa al normativismo estatalista por parte de las doctrinas pluralistas como las de Gierke, Hauriou, Santi Romano, Del Vecchio, Ehrlich, Gurvitch, Griffiths, Thome, Roulard, Sally Falk Moore, Masaji Chiba y Vanderlinden, entre muchos otros (Wolkmer 2003, p. 250). Estos autores daban cuenta de la existencia de diferentes formas, sistemas y subsistemas jurídicos con dinámicas de funcionamiento distintas a las propias del Derecho del Estado.

Actualmente, nos encontramos con un resurgimiento y un mayor protagonismo de órdenes y teorías que reflejan la dimensión plural del fenómeno jurídico. Ahora lo que ha cambiado es el contexto mundial, marcado por la nueva fase de desarrollo del sistema capitalista y la división estructural que ha provocado en el orden internacional. Y con él pasamos al siguiente punto a tener en cuenta.

- En segundo lugar, tal como señala José Eduardo Faria, el sistema capitalista de la «economía-mundo» está dominado por una lógica económica global avasalladora en donde los mercados transnacionales multiplican las capacidades de actuación normativa de empresas, instituciones y conglomerados comerciales, mientras que se ponen en jaque los principios básicos de la soberanía de los estados. Estos pierden progresivamente el control de la coherencia sistemática de sus leyes y acaban sometiendo sus ordenamientos a la competencia de otros ordenamientos procedentes tanto de organismos multilaterales de centros transnacionales como de centros regionales y locales. Nos encontramos con una situación de policentrismo normativo, con nuevas formas de organización de la división internacional del trabajo, nuevos patrones de acumulación y una movilidad ilimitada de la circulación de los capitales financieros (Faria 2001).

Según Antonio Carlos Wolkmer el pluralismo jurídico liberal burgués defendido a mediados del siglo XX, está siendo reintroducido como la nueva estrategia del nuevo ciclo del capitalismo mundial. Las principales tendencias son: la descentralización administrativa, la integración de mercados, la globalización y acumulación flexible del capital, la formación de bloques económicos, las políticas de privatización y de ajuste

estructural, la dirección informal de servicios y la regulación social supranacional, etc.

En realidad, los países latinoamericanos se ven afectados por esta estrategia en cuanto que sus economías se hacen dependientes al ser controladas desde el siglo XVI por las condiciones y los juegos de intereses del capital dominante. Nuestro autor indica las particularidades de un país como Brasil en donde su sistema normativo reproduce los esquemas institucionales estatistas de los países del Norte, pero con los límites que el capitalismo periférico implica al establecer un modelo de desarrollo cuyo contenido se caracteriza por la subordinación, la sumisión y el control de las estructuras socio-económicas y político-culturales locales nacionales a los intereses de las transnacionales y de las economías de los centros hegemónicos. Por ello, la condición de dependencia de los países periféricos evidencia cada vez más la complejidad y las contradicciones entre el Centro y la Periferia, el Norte rico y el Sur pobre, concurrendo no sólo causas externas a los países periféricos, sino también condicionantes internos (p.e. la participación y la connivencia de una elite local en el control transnacional de sus economías) (Wolkmer 2006).

Siguiendo la tipología de Juan Ramón Capella, de los cuatro tipos de sociedades en función del papel que desempeñan en la división internacional del trabajo, Brasil combina socialmente tanto las características de los países situados dentro de la «periferia económica» del centro, como del mundo dejado de lado o de la «periferia extrema» (Capella 2004, p. 15). Si medimos los efectos de esta ubicación por medio de la variable inclusión/exclusión aplicada a su población y a la forma como se relacionan con el Estado, nos encontramos con que sus ciudadanos se pueden incardinar dentro de los tres tipos de sociedad civil que, según Boaventura de Sousa Santos conforman la estratificación de las sociedades modernas y que, además, el neoliberalismo está potenciando: a) una *sociedad civil interna* minoritaria y privilegiada, que forma parte del círculo interno del Estado y que saca el máximo provecho del mercado y las fuerzas económicas que lo mueven; b) una *sociedad civil extraña* que se encontraría en un círculo intermedio alrededor del Estado y con distintos niveles de inclusión y exclu-

sión social; y c) una *sociedad civil incivil*, cada vez más mayoritaria, que es la que conforman quienes están totalmente excluidos, incluso se les rechaza y no tienen ningún tipo de derecho reconocido (Sousa Santos 2004, p. 360).

Curiosamente, aunque parezca paradójico, la implantación en América Latina de una economía dependiente junto con las consecuencias sociales de exclusión que conlleva, no ha impedido que vaya acompañada de la incorporación y la reproducción del modelo jurídico estatal-positivista. El paradigma del Derecho tradicional que se identifica con la ley como producción exclusiva del Estado, es el mismo modelo que viene dominando oficialmente tanto a los países centrales avanzados como a los países latinoamericanos de la periferia, independientemente del grado de riqueza o pobreza que cada uno de ellos posea. De ahí que en este libro que estoy presentando, Antonio Carlos Wolkmer haga un análisis y una descripción de las especificidades que la cultura jurídica brasileña estatalista ha tenido a lo largo de su historia, sobre todo, a partir de la colonización y conquista portuguesa, subrayando las carencias en su atención a las necesidades de una población general y sistemáticamente ignorada y marginada.

Lo que se puede deducir de ese recorrido histórico es que, a pesar del predominio oficial del Derecho estatal, la pluralidad normativa y cultural es uno de los rasgos centrales de la esfera jurídica latinoamericana y brasileña. La existencia de poblaciones indígenas originarias ha marcado la relación de estos colectivos con los estados del continente. Junto con este pluralismo jurídico colonial marcado por el conflicto entre órdenes jurídicos indígenas y el orden estatal, han ido apareciendo otras expresiones de pluralismo debido tanto a la ineficacia del modelo occidental del Derecho como a las extremas situaciones de exclusión social. Ahora bien, el iusfilósofo brasileño, más allá del origen y la evolución del pluralismo jurídico en la región, considera que lo realmente importante reside en la necesidad de construir una nueva interpretación de su naturaleza, dadas las especiales características del contexto global en el que se sitúa América Latina.

- Por esta razón, y en tercer lugar, interesa el tipo de pluralismo del Derecho por el que apuesta Antonio Carlos Wolkmer. El

autor nos habla de un pluralismo jurídico conservador y un pluralismo jurídico emancipador. El primero se construye haciendo inviable la organización de los grupos sociales e impide la participación ciudadana al aplicarse bajo un prisma autoritario y despótico. Expresiones concretas son: el corporativismo medieval, el pluralismo burgués liberal y el intento actual global de pluralismo transnacional que el neoliberalismo y el neocolonialismo de los países de capitalismo central avanzado están implantando bajo la lógica del mercado. El segundo, como *estrategia progresista de integración, procura promover y estimular la participación múltiple de los segmentos populares y de los nuevos sujetos colectivos de base* (Wolkmer 2003, p. 253). Se trata de una propuesta de un tipo de pluralismo jurídico participativo e integrador que refleje las estructuras sociales dependientes. Frente a un pluralismo construido desde arriba, por quienes controlan el poder político, cultural y económico dentro de los procesos hegemónicos de globalización, ahora Wolkmer interpela un pluralismo del Derecho desde abajo, de los propios sujetos colectivo y fundado en el desafío de construir una nueva hegemonía que contemple el equilibrio entre la voluntad general y los intereses particulares.

#### 4. *Críticas y aclaraciones*

De la propia lectura de este libro y de la lectura de otros diversos trabajos del autor, se pueden deducir varias ideas que, según mi parecer, no han sido correctamente captadas por los críticos de sus planteamientos.

Antonio Carlos Wolkmer, no pretende minimizar el Derecho estatal. Es un Derecho necesario pero no suficiente. Además, apenas es una de las muchas formas jurídicas que pueden existir en la sociedad. Sí es cierto que es fundamental e importante, pero cuando se habla de pluralismo jurídico, éste cubre no solamente prácticas independientes y semiautónomas con relación al poder estatal, sino también prácticas normativas oficiales y formales junto con prácticas no oficiales e informales (Wolkmer 2003, p. 251). Desde el principio hay que manifestar que de la misma manera que nos podemos encontrar con manifestaciones jurídicas estatales con características conservadoras, autoritarias y des-

pólicas y con muchas otras de corte progresista y emancipador, lo mismo sucede con otras expresiones jurídicas no estatales. Puede haber un Derecho no estatal despótico y excluyente, así como puede haber un Derecho no estatal que es expresión de relaciones sociales incluyentes, solidarias y participativas que son quienes realmente interesan al iusfilósofo brasileño.

En esta dirección han ido algunas de las críticas que se le han hecho al tipo de pluralismo jurídico que Antonio Carlos Wolkmer propone. Por ejemplo, los brasileños Agostinho Ramalho Marqués Neto (1992, pp. 37-53) y Lédio Rosa de Andrade (1996, pp. 312 ss.), destacan el peligro de que lo conciba de una manera demasiado optimista, pues no todo lo que nace en el seno de los colectivos sociales es positivo y emancipatorio. En concreto, señalan que su noción de *Derecho comunitario-participativo*, defiende la prioridad de la justicia sobre el concepto de Derecho estatal, otorgando en ocasiones demasiada santidad y pureza al horizonte de sentido de los colectivos populares e ignorando la situación de manipulación y control social en la que se encuentran, en muchos casos por grupos criminales generalmente ligados al narcotráfico que imponen su despiadada ley y sus totalitarios mecanismos punitivos de resolución de conflicto (Cárcova 1998, pp. 98 ss.).

En este mismo sentido, Luciano Oliveira también remarca que muchas de las manifestaciones del Derecho de las favelas cristaliza en prácticas de dominación que sistemáticamente violan los derechos humanos, incluso en muchas comunidades empobrecidas, se suele utilizar la *ley de Lynch* o de linchamiento (Oliveira 1992). Por esta razón, hay quienes adoptan posturas de carácter más garantista al concebir la constitución y los derechos fundamentales por ella reconocidos, como los únicos referentes de interpretación judicial y las únicas instancias que facultan la legalidad o ilegalidad tanto formal como material de las normas<sup>8</sup>. Incluso se dice que el problema no debe situarse en la búsqueda de un nuevo derecho, sino en transformar el derecho positivo vigente. La acción ha de desarrollarse, por tanto, en el nivel de lo instituido<sup>9</sup>.

Nuestro autor, tal como indiqué arriba, en todo momento deja claro que no va en contra del Derecho del Estado, ni mucho menos del Esta-

---

<sup>8</sup> Es el caso de Merlin Cleve (1993), pp. 46 ss. que apuesta por la búsqueda de una constitución normativa efectiva e integral.

<sup>9</sup> Esto dice Jacinto Nelson de Miranda Coutinho según manifiesta Rosa de Andrade (1998), p 52.

do de Derecho, sino, principalmente de su inobservancia y, sobre todo, en las sociedades periféricas, por su insuficiencia y, en ocasiones, por su ausencia. Además, declara la ilegalidad de determinadas normas que se encuentran en una clara situación de inconstitucionalidad, utilizando los mismos mecanismos interpretativos que el ordenamiento jurídico ofrece. En concreto, su crítica al Derecho dominante es una crítica contra determinada manera de entenderlo, interpretarlo y aplicarlo. Su más clara manifestación es el formalismo jurídico que, por lo general, es dictado y defendido por segmentos sociales hegemónicos que actúan sistemáticamente en perjuicio de la mayoría de la población, sin considerar la situación social, cultural y económica en la que se encuentran<sup>10</sup>.

No se trata de que se impugne en bloque al formalismo, desproporcionadamente y sin excepciones como algunos creen entender, sino aquella vertiente paleo-positivista de la legalidad que se reduce a una sujeción formal y olvida una sujeción sustancial del Derecho, permitiendo prácticas que favorecen el crecimiento de los grandes poderes y que limitan la libertad y la dignidad de los ciudadanos de a pie<sup>11</sup>.

Parece como si el hecho de que se denuncie la insuficiencia del Derecho estatal y la lógica procedimentalista que lo apoya, ya implica su rechazo absoluto. Y de la misma manera que existen múltiples expresiones de derecho estatal totalitario también sucede con múltiples manifestaciones jurídicas no estatales. El propio Antonio Carlos Wolkmer nunca ha negado este hecho. En América Latina nos encontramos con ejemplos de esferas sociales donde todavía existe una conciencia de pluralidad de niveles de organización que no está aniquilada por el imaginario del Estado y que muestran sus límites. Pero también, incluso en la modernidad periférica latinoamericana, muchas unidades sociales disponen difusamente de diferentes códigos jurídicos que no tienen por qué ser alternativas plurales al funcionamiento legal del Derecho estatal (Neves 1994, p. 83). Que no lo sean tampoco quiere decir que automáticamente dejen de ser expresiones jurídicas. En una época de tantos cambios donde el mundo cada vez más se globaliza y, a la vez, se fragmenta, una perspectiva pluralista y no monista del Derecho permite una mejor explicación de la incesante red de sentidos y la multiplicidad de centros, de poderes y de actores que confluyen con roles diversos<sup>12</sup>. Resulta un error imper-

<sup>10</sup> Rosa de Andrade(1996), pp. 330-331; y (1998), pp. 42 y 49, 58.

<sup>11</sup> En este sentido, López Calera (1997), pp. 34-35.

<sup>12</sup> Como ejemplo de esto, Sousa Santos (1998).

donable tanto rechazar en su totalidad tanto el Derecho oficial y el papel garante del Estado como reducir cualquier manifestación de lo jurídico al patrón estatalista. Toda absolutización de cualquier elemento de la realidad, anula la perspectiva general y confunde el todo con la parte, ya sea ese elemento el Estado, la sociedad, el Derecho estatal, la forma jurídica o el mercado.

5. *Hacia un nuevo paradigma social de producción normativa: pluralismo emancipador*

Para constituir conceptualmente lo que el iusfilósofo brasileño entiende por pluralismo jurídico emancipador al que denomina *Derecho comunitario participativo*, y que trata de vincularlo en todo momento con las prácticas sociales de los excluidos, utiliza cinco campos de efectividad que a continuación describiremos brevemente: dos materiales que se refieren a los contenidos y a los elementos constitutivos, y tres formales, de ordenación práctico-procedimental. Los primeros son la emergencia de nuevos sujetos colectivos y la satisfacción de las necesidades humanas fundamentales. Los de emergencia formal se concretizan en: la reordenación del espacio público mediante políticas democrático-comunitarias descentralizadoras y participativas, el desarrollo de una ética de la alteridad y la construcción de procesos para ejercitar una racionalidad emancipadora (Wolkmer 1994, pp. 207-209).

- 1.º) Sobre los nuevos sujetos colectivos de juridicidad hay que decir que Antonio Carlos Wolkmer los define como aquellos estratos sociales participativos y generadores de producción jurídica, dando forma y priorizando lo que se denomina «nuevos movimientos sociales». Son «nuevos» en contraposición a los tradicionales «sujetos individuales» abstractos (Wolkmer 1994, pp. 210-211). Lo más destacable es que los considera como un sujeto vivo, actuante y libre, que se autodetermina, participa y modifica la mundialidad del proceso histórico-social. Está compuesto por una pluralidad concreta de sujetos diferentes y heterogéneos y no lo entiende como aquellas identidades humanas que siempre han existido por criterios de clase, sexo, etnias... Siguiendo la lógica de libera-

ción, son sujetos inertes, meros espectadores que pasan a ser sujetos emancipados y creadores de su propia historia. Pero lo que es más importante, sus acciones no se reducen a implantar los criterios que como grupo poseen, sino a hacerlos confluír en el seno de un clima democrático y participativo (Wolkmer 1994, pp. 210 ss.).

- 2.º) En cuanto al sistema de necesidades humanas fundamentales, Wolkmer despliega un intento de concretizar aquello que todo ordenamiento y discurso normativo debe regular y tener en cuenta. El autor no se refiere exclusivamente a las necesidades entendidas como simples carencias sino como aquel sentimiento, intención o deseo consciente que envuelve las exigencias valorativas y que motiva el comportamiento humano para la adquisición tanto de niveles materiales como inmateriales considerados asimismo esenciales (Wolkmer 1994, p. 216). Tenemos que Antonio Carlos no se queda en el nivel de las necesidades necesarias, sino que también abarca muchas otras englobadas dentro de un espectro más completo de lo que supone la vida humana. De esta manera, dentro del concepto de necesidades humanas fundamentales incluye tanto a las necesidades sociales o materiales, como a las existenciales o de vida, las de subsistencia y las culturales (Wolkmer 1994, pp. 216-217)<sup>13</sup>. También destaca el papel dado por Agnes Heller a las denominadas necesidades radicales, que dentro del proceso, poseen el germen de las transformaciones sociales. Es más, Wolkmer afirma que la propia lógica de la modernidad basada en la industrialización, en el capitalismo y en la democracia, está impulsada por una fuerza motivadora que instaura una «sociedad insatisfecha» delineada por mudanzas continuas e interacciones entre individuos y colectivos humanos (Wolkmer 1994, pp. 216 ss. Y 220-221). El potencial emancipador nace, se gesta en el impulso que la propia sociedad despliega. Hay que tener en cuenta que este autor,

---

<sup>13</sup> Las «estructuras de las necesidades» se refieren tanto a la falta de privación de los objetos como a la ausencia de subjetividad de algo inmaterial relacionado con el deseo, las normas, las acciones, las formas de vida, los valores... Wolkmer (1994), p. 218. Observamos que tanto la dimensión de la autonomía como la dimensión referida a las condiciones de posibilidad de existencia son indivisibles.

como muchos de los integrantes del Derecho Alternativo, parte de una visión dialéctica del proceso de desarrollo del todo social. Él mismo se preocupa en dejar claro que la nueva cultura jurídica de este nuevo pluralismo no se construye a partir de una razón metafísica o sujeto en cuanto esencia en sí, sino que nace de un «sujeto histórico-en-relación». La preocupación por la alteridad la considerada como realidad social, nacida dentro del proceso, dentro de los espacios de confrontación social<sup>14</sup>.

- 3.º) En la reordenación de la política del espacio público, son la democracia, la descentralización y la participación las principales estrategias que se han de ejercitar. Wolkmer se preocupa por ofrecer un marco procedimental adecuado que canalice la polarización y el conflicto social. La libertad no hay que limitarla, sino que, más bien, hay que potenciarla, incrementarla. Determinada herencia ilustrada está presente. El derecho a tener derechos y la posibilidad de disfrutarlos necesita el apoyo de un procedimiento democrático y participativo que permita la argumentación para discutir las demandas de las partes y la satisfacción de sus necesidades (Wolkmer 1994, pp. 222 ss.). Se debe radicalizar el pensamiento en la búsqueda de modelos concretos que posibiliten el transcurso pacífico de la dinámica social.

---

<sup>14</sup> Wolkmer (1994), p. XVI.

Sobre la problemática de las necesidades, interesante es el planteamiento del filósofo y economista Hinkelammert (1984). El autor en *Crítica a la razón utópica*, distingue entre lo que son las «preferencias» de lo que son las «necesidades». Considera que el ser humano, además de ser un sujeto práctico, antes que nada es sujeto vivo (Hinkelammert (1984), p. 239). Es el a priori a partir del cual concibe los fines y se encamina a ellos. Por medio de los proyectos jerarquiza los fines. Los criterios de ordenación están encaminados a satisfacer las necesidades. «Para vivir hay que poder vivir, y para ello hay que aplicar un criterio de satisfacción de necesidades a la elección de fines.» (Hinkelammert (1984), p. 240) Y para asegurar que todo proyecto de vida se realice, hay que proporcionar y garantizar el alimento, el vestido, la casa.... Por eso, el sujeto, que sí es libre para satisfacer las necesidades, no lo es para elegirlos. Son las necesidades las que dan el criterio básico a la libertad. Es aquí cuando entran a escena las «preferencias». Vendrán a ser sentimientos, deseos humanos que se incorporan una vez que el mínimo vital se ha cubierto. De esta forma, si la «satisfacción de las necesidades hace posible la vida; la satisfacción de las preferencias, las hace agradables. Pero para poder ser agradable, antes tiene que ser posible.» Hinkelammert (1984), p. 241.

- 4.º) En la ética concreta de la alteridad es cuando acude al pensamiento de Enrique Dussel. La situación de crisis de valores en que nos encontramos requiere una urgente formulación de un nuevo orden de valores éticos. Refiriéndose a la ética del discurso de Apel, en la línea de Dussel, señala que implica la existencia de seres humanos competentes, libres, conscientes y maduros, condiciones difíciles de mantener en el mundo periférico. No se trata de rechazar su proyecto ético basado en principios fundantes universales, pero sí hay que circunstanciar, concretizar y contemplar los valores éticos particulares inherentes a específicas formas de vida. Es necesario avanzar en una ética concreta de la alteridad que rompa con los formalismos técnicos y los abstraccionismos metafísicos y que sea expresión de los auténticos valores culturales y de las condiciones histórico-materiales del pueblo sufriente de la periferia (Wolkmer 1994, pp. 238-239). La ética de la liberación de Dussel con sus dos categorías «Totalidad/Exterioridad» puede ofrecer un material instrumental interesante. Ahora bien, no hace falta acudir a una instancia que se encuentre más allá del proceso. Las concepciones valorativas surgen y emergen de las propias luchas, de los propios conflictos entre los intereses y las necesidades de los sujetos individuales y colectivos. El cuño libertario, al estar inserto en las prácticas sociales y ser producto de ellas evita caer en pre-ontologismos fantasmas (Wolkmer 1994, p. 240). Nuestro autor habla de acudir a las categorías teóricas de la filosofía de la liberación para poder expresarse mejor el fenómeno.<sup>15</sup>
- 5.º) Por último, en cuanto a la racionalidad emancipadora, Wolkmer reitera que, frente a lo que Habermas piensa, no existen *a priori* fundantes universales de donde nacen los procesos de racionalización, sino que nacen en el seno de la contingencia directa entre los intereses y las necesidades que confluyen en la pluralidad de acciones humanas en permanente proceso de interacción y participación (Wolkmer 1994, p. 252). La realidad de la vida concreta y sus condiciones de posibilidad conforman el punto de partida que genera cualquier racionalidad.

---

<sup>15</sup> Wolkmer (1994), p. 240. En este sentido, Sánchez Rubio (1999); y Torre Rangel (2004).

*Bibliografía*

- ARDILA, Edgar (2002): «Pluralismo jurídico: apuntes para el debate», en *El otro Derecho*, n.º 26-27 (Monográfico *Pluralismo jurídico y alternatividad judicial*), Bogotá: ILSA.
- BUENO DE CARVALHO, Amilton y de Carvalho, Salo (orgs.) (2004): *Direito alternativo brasileiro e pensamento jurídico europeu*, Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- CAPELLA, Juan Ramón (2004): «La globalización: ante una encrucijada política jurídica», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Monográfico *Law and justice in a global society*) IVR.
- CÁRCOVA, Carlos María (1998): *La opacidad del derecho*, Madrid: Trotta.
- CORREAS, Óscar (2003): *Pluralismo jurídico, alternatividad y derecho indígena*, México D.F.: Fontamara.
- EBERHARD, Christoph (2002): «Derechos humanos y diálogo intercultural», en Manuel Calvo (coordinador), *Identidades culturales y Derechos Humanos*, Dykinson/Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati.
- FARIA, José Eduardo (2001): *El Derecho en la economía globalizada*, Madrid: Trotta.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio y RODRÍGUEZ, César A., (eds.) (2003): *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- HINKELAMMERT, Franz (1984): *Crítica a la razón utópica*, San José: DEI.
- JULIOS, Alfonso de (2004): «Culturas jurídicas y globalización. Presupuestos metodológicos de un derecho cosmopolita», en *Derechos y libertades*, n.º 13, enero/diciembre.
- LE ROY, É. (1998): «L`hypothèse du multijuridisme dans un contexte de sortie de modernité», en A. Lajoie, R. Macdonald, R. Janda y G. Rocher (eds.), *Théories et émergence du droit: pluralisme, surdétermination et effectivité*, Bruxelles: Bruylant/Thémis.
- LIMA Y LOPES, José Reinaldo de (2003): «Derecho de las desigualdades: en torno a las formas no universales de pluralismo jurídico», en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- LÓPEZ CALERA, Nicolás (1997): «¿Ha muerto el uso alternativo del derecho?», en *Claves de razón práctica*, n.º 72, mayo.
- MARQUÊS NETO, Agostinho R. (1992): «Direito alternativo e marxismo. Apuntes para um reflexao crítica», en *Revista de Direito alternativo*, n.º 1.
- MERLIN CLEVE, Clémerson (1993): «A Teoria Constitucional e o Direito Alternativo (para uma dogmática constitucional emancipatória)», en *Direito Alternativo, Seminário Nacional sobre uso alternativo do Direito*, Río de Janeiro.

- NEVES, Marcelo (1994): «Del pluralismo jurídico a la miscelánea social: el problema de la falta de identidad de la(s) esfera(s) de juridicidad en la modernidad periférica y sus implicancias en América Latina», en *El Otro Derecho*, n.º 16, ILSA.
- OLIVEIRA, Luciano (1992): «Ilegalidade e direito alternativo», en *Ensino Jurídico. Diagnóstico, perspectivas e propostas*, OAB, Brasília.
- PALACIO, Germán (1993): *Pluralismo jurídico*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- ROSA DE ANDRADE, Lédio (1996): *Introdução ao Direito Alternativo brasileiro*, Porto Alegre: Edit. Livraria do Advogado.
- (1998): *O que é Direito Alternativo*, Florianópolis: Obra Jurídica.
- SÁNCHEZ RUBIO, David (1999): *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Bilbao: Desclée de Brouwer.
- (2002): «Sobre el Derecho alternativo. Absolutización del formalismo, despotismo de la ley y legitimidad», en Jesús Antonio de la Torre Rangel (ed.), *Derecho alternativo y crítica jurídica*, México: Porrúa/ITESO/UAA.
- SORIANO, Ramón (1999): *Sociología del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de (1998): *La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- (2004): «El uso contra-hegemónico del derecho en la lucha por una globalización desde abajo», en *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* (Monográfico *Law and justice in a global society*) IVR.
- TORRE RANGEL, Jesús Antonio de la (2004): *Iusnaturalismo, personalismo y filosofía de la liberación*, Sevilla: MAD.
- WOLKMER, Antonio Carlos (1994): *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no Direito*, São Paulo: Alfa-Omega.
- (2003): «Pluralismo jurídico: nuevo marco emancipatorio en América Latina», en Mauricio García Villegas y César Rodríguez (eds.), *Derecho y sociedad en América Latina: un debate sobre los estudios jurídicos críticos*, Bogotá: ILSA/Universidad Nacional de Colombia.
- (2003): *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Bogotá: ILSA.
- (2006): *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nueva cultura del Derecho*, Sevilla: MAD.



**III**  
**CIUDADANÍA**



## Ciudadanía, autorespeto y dignidad

Por

José Luis Pérez Triviño

**Resumen:** La cuestión de la ciudadanía es uno de los temas filosófico-políticos de mayor actualidad en los últimos años. Una de las actuales reflexiones sobre la ciudadanía se incardina dentro de la preocupación por las condiciones que deberían darse para la consecución de una ciudadanía ideal. Mi propósito es analizar las vinculaciones entre los conceptos de ciudadanía, autorespeto y dignidad, con la idea de alcanzar una mejor comprensión de lo que implica ser ciudadano en una democracia actual más allá del reconocimiento de derechos a nivel institucional.

**Abstract:** The question of the citizenship is one of the main subjects in the philosophical-political debate of the last years. One of the current up-to-date reflections on the citizenship is the worry for the conditions that should be given for the achievement of an ideal citizenship. My purpose is to analyse the linking on the concepts of citizenship, self-respect and dignity, with the goal of attaining a better understanding of what it implies to be citizen in a democracy beyond the recognition of rights in the institutional level.

La cuestión de la ciudadanía es uno de los temas filosófico-políticos de mayor actualidad en los últimos años. Varios autores han señalado que después de un cierto tiempo en el que parecía diluido, la década de los 90 ha supuesto su renacimiento lo cual ha provocado que se discuta acerca de ella desde diversos puntos de vista. Como señalan Kymlicka y Norman (1995) es más que probable que las razones de la explosión del tema de la ciudadanía sea su íntima relación, por un lado, con los derechos individuales («individual entitlement») y por otro lado, con la idea de una comunidad particular, de forma que tal noción podría ser útil para clarificar el debate entre liberales y comunitarios. Desde otro

punto de vista, la ciudadanía también está relacionada con el problema de la estabilidad de las democracias modernas, en el sentido de que para que aquellas subsistan parece que no sólo basta con enfatizar la justicia de la estructura básica como pensaba Rawls, sino también las cualidades y actitudes de sus ciudadanos<sup>1</sup>.

Como reza el título de este trabajo es mi propósito sondear las vinculaciones entre los conceptos de ciudadanía, autorespeto y dignidad, con la idea de alcanzar una mejor comprensión de lo que implica ser ciudadano en una democracia actual más allá del reconocimiento de derechos a nivel institucional. La estructura del presente trabajo se inicia con una introducción en la que abordaré el sentido de los principales conceptos usados así como la presentación del problema central, esto es, ¿en qué medida la ciudadanía depende únicamente de derechos? Mi respuesta va a ser que son condición necesaria pero no suficiente y que para dar cuenta de la ciudadanía plena parece conveniente incluir en su análisis la idea de autorespeto (I). En segundo lugar, expondré la concepción rawlsiana acerca del autorespeto y de su valor en el debate público (II). En tercer lugar, presentaré algunas de las objeciones que se le han planteado a Rawls (III). Y por último en el cuarto apartado volveré de nuevo a la vinculación entre autorespeto, dignidad y ciudadanía (IV).

### *1. Introducción*

Al hablar de ciudadanía uno de los temas con el que se conecta inmediatamente es el de la dignidad. Como señalan Nancy Fraser y Linda Gordon: ««Ciudadano» y «ciudadanía» son palabras poderosas. Hablan de respeto, de derechos, de dignidad...» (1994, p. 108):

Pero aunque tal vinculación se ha establecido en muchas ocasiones, dista de estar clara su relación, pues no es nada sencilla y su desarrollo, en parte, depende del enfoque que, respectivamente, se dé al análisis de la ciudadanía y al de la propia dignidad. Respecto a la idea de dignidad, apenas hace falta señalar que es uno de los conceptos más escurridizos que se pueden encontrar en el lenguaje filosófico político o jurídico. Mi acercamiento a tal concepto va a ser indirecto, pues partiré del autorespeto. Siguiendo algunas ideas de Diana Meyers (1995, p. 224), se puede

---

<sup>1</sup> Como se verá más adelante, esta crítica no es del todo justa dado que Rawls también se preocupa por el autorespeto de los individuos.

decir que en la idea de autorespeto incluye tres elementos: una actitud, una conducta y un objeto. De esta forma, es posible afirmar que la idea de autorespeto supone que los individuos realizan conductas que expresan una determinada *actitud*, realizan ciertas *conductas*, y por último, que tales actitudes y conductas se dirijan a un *objeto* determinado (al que se le debe o que se merece tales actitudes y comportamientos). El (auto) respeto implica una respuesta que es debida; algo que el objeto *exige u ordena*<sup>2</sup>. Pues bien, en mi opinión, el objeto del respeto cuando se trata de seres humanos es la «dignidad», entendida como valor supremo. Como escribe R. Dillon: «El respeto implica una respuesta al valor ya presente en el objeto, una respuesta que es pedida, merecida, debida, algo que los objetos ordenan o que exigen. Esto da al respeto una lógica objetiva: respetar algo es mirarlo como también digno del respeto de otros. El autorespeto entonces, implica el percibir y el valorarse como alguien del valor genuino, alguien al que los otros tendrían razón en respetar» (1995, p. 18).

Por lo tanto, decir que alguien es respetuoso con el resto de seres humanos o señalar que alguien muestra actitudes acordes con el autorespeto, es una forma elíptica de decir que se trata con dignidad a los demás y a uno mismo. Esta es la conexión entre autorespeto y dignidad. En la medida en que alguien se autorespeta, da el tratamiento debido al valor de la dignidad, o como se dice en el lenguaje coloquial, se trata a sí mismo con dignidad. De forma análoga, se respeta a una persona cuando se le reconoce como portador del valor de dignidad y cuando se llevan a cabo los comportamientos, o se tienen las actitudes que convencionalmente se consideran acordes con tal valor. Y de aquí surge la conexión de la ciudadanía con la dignidad. En términos casi metafóricos, se podría decir que la ciudadanía es la expresión político-jurídica de la dignidad. Y por ello, un Estado trata respetuosamente a sus integrantes, les reconoce dignidad cuando les concede valor en cuanto ciudadano.

---

<sup>2</sup> Por ello, Meyers señala que pueden existir diversas razones que explican que el respeto se aplique incorrectamente. Por ejemplo, cuando hay una actitud y una conducta adecuada, pero dirigidas a un objeto inadecuado. También se aplicaría mal el respeto en el supuesto de que se dirigiera al objeto adecuado pero por razones equivocadas (por ejemplo, el motivo de la conducta respetuosa es únicamente la belleza física). Véase también Dillon, Robin: Introducción a *Dignity, Character and Self-Respect*, Dillon, Robin edtr.: op. cit., p. 18.

Respecto a la ciudadanía, apenas hace falta señalar que tampoco existe un único enfoque. Según los autores, se pueden encontrar referencias tan dispares como la ciudadanía liberal, la comunitaria, la republicana, la neutral al género, etc. Por ello, antes de seguir avanzando es mi propósito señalar el sentido de ciudadanía que pienso utilizar en este trabajo. Por esta razón, quisiera realizar dos precisiones.

En primer lugar, al hablar de ciudadanía se han señalado dos enfoques principales que deben ser distinguidos: ciudadanía como estatus jurídico y ciudadanía como «actividad deseable» en sentido amplio (Kymlicka y Norma, 1995; Pérez Luño, 2000). En el primer sentido, la referencia es la del ciudadano como miembro pleno de una comunidad política particular. Aquí el correlato del ciudadano es, como señala Pérez Luño (2002, p. 178), «[un] conjunto de normas que regulan el *status* jurídico-político de los ciudadanos...[cuya] definición se elabora a partir del análisis empírico y de la exágesis de ese sector normativo del ordenamiento jurídico». A este sentido de ciudadanía Pérez Luño (2002, p. 178) lo denomina descriptivo. En el segundo sentido, y de nuevo, me remito Pérez Luño (2002, p. 178), se puede hablar de un sentido *prescriptivo* de ciudadanía cuyo significado es el de «un modelo ideal de status que debiera reconocerse a los miembros de la sociedad política». Esta distinción es útil porque nos permite acotar mejor el tema de este trabajo que es la vinculación entre dignidad y ciudadanía en el segundo sentido mencionado. Pero esto no supone negar que haya una conexión entre ambos sentidos de ciudadanía: el individuo como miembro de un Estado tendrá carácter de ciudadano pleno, en la medida que dicho ordenamiento reconozca los derechos que le corresponden idealmente. A la inversa, se puede decir que determinadas personas no son ciudadanos o son ciudadanos de segunda clase en determinados Estados cuando el ordenamiento jurídico no les reconoce el abanico de derechos que les correspondería como ciudadanos *ideales*<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> En algún sentido se podría decir que hay una analogía entre los conceptos de dignidad y de ciudadanía. Pues si según algunas concepciones se señala que la dignidad es una cuestión de pertenencia (y no de logro) y por ello, todos los individuos por el mero hecho de serlo, son dignos, también se puede afirmar que todos los individuos son en un sentido ciudadanos, en sentido prescriptivo, pues todo ciudadano pertenece a una sociedad política. Otra cosa es que se respete la dignidad o se implemente empíricamente la ciudadanía, respectivamente. De la misma manera que todo individuo es un ciudadano en sentido prescriptivo, no todo individuo es titular de los mismos derechos porque esto último depende del Estado al que pertenece.

En segundo lugar, creo que sin simplificar demasiado habría un cierto acuerdo en vincular ciudadanía con participación en la vida pública<sup>4</sup>. Me parece que esta es una concepción de la ciudadanía bastante compartida. Dos ejemplos de esta concepción son Walzer y Steenbergen.

Según Walzer, «el setting (marco) adecuado para la buena vida es la comunidad política, el Estado democrático, dentro del cual podemos ser ciudadanos: comprometidos libre y plenamente, con capacidad de decisión. Vivir bien es ser políticamente activo, trabajar con los otros ciudadanos, determinando colectivamente nuestro destino común —no en búsqueda de esta o aquella determinación sino por el trabajo mismo, en el cual nuestras capacidades superiores en cuanto seres racionales y morales encuentran expresión. Sabemos de nosotros mismos que somos personas que proponemos, debatimos y decidimos.» (Beiner, 2003b, p. 155)

Según Steenbergen, «Ciudadanía representa la noción de participación en la vida pública (que es más amplia que la vida política), esto es, con la sociedad entendida como un todo. Un ciudadano es una persona que gobierna y es, a la vez, gobernado y es, en este sentido, que ser ciudadano es como un «office» para el cual se tienen que tener ciertas cualidades.» (1994, p. 2)

Y asumiendo este punto de partida mínimo, lo que me interesará analizar son las condiciones que debería reunir un individuo para ser un ciudadano *ideal*, en un Estado cualquiera y dentro de estas condiciones, me centraré en el papel que juegan los derechos y el autorespeto.

En este análisis de la conexión entre ciudadanía, derechos y participación pública, un autor de referencia insoslayable es T. H. Marshall con su conocida secuenciación de la evolución de la ciudadanía en tres etapas hasta llegar a lo que él consideraba la meta de ese tránsito: la ciudadanía social.

Marshall divide los derechos de los ciudadanos en tres categorías los cuales cataloga en tres etapas según su desarrollo en Inglaterra durante los últimos tres siglos. Así distingue entre los derechos civiles que aparecen en el siglo XVIII y que conciernen principalmente a los derechos relacionados con el estatus personal, los derechos políticos que surgen en el siglo XIX cuyo objeto es básicamente el derecho al voto y el derecho a ocupar un cargo político y los derechos sociales cuya apari-

---

<sup>4</sup> Es evidente que esta expresión es vaga y que por ello, su referencia va desde el ejercicio del voto en las elecciones hasta formas mucho más participativas en la vida pública.

ción data en el siglo XX y que están relacionados con los servicios de salud, educación, empleo y la seguridad social. (Marshall 1965). Marshall enfatizó esta tercera fase del ascenso a la ciudadanía plena dado que los individuos pertenecientes a clases sociales con menor poder adquisitivo no sólo carecen de los mismos servicios sociales que las clases aventajadas económicamente, sino que también resultan afectadas en su condición de civil y política de ciudadanos, pues a menudo ven el mundo de los derechos y de la participación política como algo lejano a sus intereses. Es decir, los dos primeros niveles de la ciudadanía, la civil y la política son, para Marshall condición necesaria, pero no suficiente para la ciudadanía plena. Este sería el principal activo de la ciudadanía social, pues con la extensión de los derechos se afianzaría la ciudadanía entre todos los miembros de la sociedad.

Junto con el desarrollo de la lista de derechos, Marshall hace notar que también ha habido una extensión entre la clase de ciudadanos, de forma que en la actualidad en los Estados del bienestar ningún ciudadano puede ser excluido por su raza, religión, estatus económico o social. Para Marshall, la implementación de la ciudadanía en la etapa reina solo puede llevarse a cabo en el marco de un Estado del bienestar, liberal-democrático. Un Estado de estas características parece ser el mejor preparado para garantizar a cada individuo su pertenencia plena a la sociedad, es decir, le garantiza su estatus de ciudadano, capaz de participar en igualdad de condiciones en la vida pública de esa sociedad.

Sin embargo, no han faltado objeciones que apuntan a la insuficiencia de este análisis al no dar cuenta de problemas actuales. Crítica en cierto sentido comprensible dada las fechas en las que Marshall escribió su ensayo y los cambios que han ocurrido desde entonces (Kymlicka y Norman, 1995, p. 286)<sup>5</sup>. En cualquier caso, uno de los fenómenos que los críticos han hecho notar en su análisis es que, de hecho, en la etapa reina de la ciudadanía parece que no se logran los resultados que Marshall esperaba. En la mayoría de los países donde existe un Estado del bienestar y se reconocen los distintos derechos (y en especial, los socia-

---

<sup>5</sup> Kymlicka y Norman recogen entre otras críticas al enfoque de Marshall estas dos objeciones: 1) el que el enfoque de Marshall acerca de la ciudadanía sea de carácter pasivo o privado y no de cuenta de la responsabilidades y virtudes exigibles a los ciudadanos en la democracias modernas; 2) no tomar en consideración el pluralismo cultural de las sociedades modernas.

les), el nivel de participación política de los ciudadanos es manifiestamente bajo<sup>6</sup>, lo cual es síntoma de que quizá los derechos sociales son una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar ese objetivo, y que por ello, se vuelve urgente preguntarse por las condiciones que llevan a los ciudadanos a adoptar tales actitudes y qué es lo que debería promoverse para que adquirieran una actitud más comprometida en lo que afecta al ámbito público de sus planes de vida. En este punto, coincido con Barbalet (1993, p. 54) cuando critica a Marshall al no darse cuenta de que en una sociedad de clases, aún cuando haya derechos, la permanencia de situaciones de dependencia tiende a disminuir las cualidades requeridas para reconocer y ejercer los derechos por parte de los ciudadanos. En definitiva, la cuestión es qué condiciones deben darse, más allá de los derechos, para que haya una implicación y participación mayor en el ámbito de lo público.

Desde otro punto de vista, John Rawls, también ha señalado la importancia de los derechos en la conformación de una sociedad bien estructurada. De manera similar a Marshall, también hay en Rawls una honda preocupación por las condiciones que deberían tener los individuos (los ciudadanos) en un Estado democrático. Ahora bien, mientras Marshall se ciñe en su análisis a los derechos civiles, políticos y sociales, Rawls añade un aspecto adicional<sup>7</sup>. En efecto, para el autor norteamericano la lista de los bienes primarios no se acaba en la enumeración de los derechos, sino que añade un bien adicional: el autorespeto (Rawls, 1985, p. 438). En este, como en otros ámbitos, las ideas de Rawls han sido fructíferas y han provocado que durante estas últimas décadas hubiera un florecimiento de los trabajos dedicados al autores-

---

<sup>6</sup> La crítica a esta concepción no se basa tanto en su concepción de la vida buena, sino que no se trata de una «vida real», al menos de mucha gente en el mundo moderno. No parece cierto que el Estado esté en manos de los ciudadanos comprometidos. La participación es pequeña y, en muchos casos, vicaria. Por otro lado, los políticos raramente prestan atención a los ciudadanos. Estos están más preocupados por los asuntos económicos que por los políticos. En la práctica, el trabajo se convierte en un valor en sí mismo, lo cual se expresa en un compromiso con la carrera, el orgullo del trabajo bien hecho... Y estos son aspectos que compiten con el ideal de la ciudadanía. Véase Walzer, Michael (1995): «The Civil Society Argument» en R. Beiner edtr., *Theorizing Citizenship*; Albany: State University of New York Press, p. 156

<sup>7</sup> No obstante, es necesario señalar que es razonable percibir una preocupación en Marshall por ciertas consecuencias que surgen de la desigualdad social y que están estrechamente relacionadas con el autorespeto. En efecto, Marshall analiza el fenómeno del resentimiento como una consecuencia de la desigualdad de clases (Barbalet, 1973, p. 55).

peto y su vinculación con la autoestima, el honor, la dignidad, así como su importancia en la configuración de una sociedad bien estructurada. Uno de los temas que más ha sido desarrollado en conexión con el autorespeto de raíz rawlsiana es su efecto en los miembros de grupos sociales discriminados. En efecto, son muchos los estudios que establecen una vinculación entre ciertos grupos sociales cuyos miembros tienen un bajo concepto de sí mismo y una elevada criminalidad, fracaso escolar, y/o desempleo generalizado. Esta ligazón ha sido reseñada por algunos autores para apuntar a que, aunque el autorespeto es principalmente un fenómeno personal, también tiene un componente social y político. El autorespeto que puede sentir un individuo está especialmente vinculado a sus relaciones personales y a la propia estructura de las instituciones sociales en las que desarrolla su vida. Y no es extraño en absoluto que cuando las instituciones socio-políticas son discriminatorias en la distribución de ventajas y cargas entre los grupos sociales, o cuando uno de los grupos se siente oprimido o degradado por la legislación o por la actuación de los poderes públicos o por una discriminación histórica, los individuos puedan sentir que su autorespeto sea menor o esté destruido.

La conexión entre un menor autorespeto y una calidad de ciudadanía baja resulta en algunos casos manifiesta, y tal fenómeno se puede ejemplificar con tres movimientos sociales: el feminismo, los homosexuales y algunas minorías raciales.

En el caso de la comunidad negra norteamericana, muchos de sus miembros han padecido una desigualdad institucional que les ha hecho creer que tal discriminación es merecida, es decir, se han considerado a sí mismos como personas con menor valor que otras. Lawrence Thomas (1995) ha señalado que fue precisamente con el surgimiento de los movimientos contra la segregación racial que los miembros del grupo que habían estado sujeto a la opresión y a la desigualdad aumentaron el grado de autorespeto.

Otro grupo que ha padecido una afeción al autorespeto es el de los gays y lesbianas. Durante el largo tiempo que han tenido que vivir «escondidos en el armario», muchos de ellos y de ellas se han sentido inferiores, con un bajo nivel de autorespeto que les dificultaba desarrollar plenamente sus planes de vida. Es más, como suele ser común entre los grupos oprimidos, un efecto de la opresión ha sido que los individuos son incapaces para reconocer las distorsiones que se dan en su propio sentido del valor. Es decir, en ocasiones ni siquiera adquieren la con-

ciencia de estar en una situación de desigualdad o de opresión, de forma tal que son incapaces de reaccionar ante tal situación<sup>8</sup>. En la medida en que la lucha de este colectivo por afirmar la igual dignidad que comparten con el resto de los miembros de la sociedad se ha ido desarrollando, la expresión pública de sus tendencias sexuales ha contribuido a la recuperación del autorespeto perdido.

Un tercer grupo que ha sentido la opresión y una desigualdad histórica ha sido el grupo de las mujeres. De la misma forma que los colectivos citados anteriormente, las mujeres han visto claramente perturbado el sentido de su propio valor debido a las instituciones y la ideología dominantes de marcado signo machista. La consecuencia de esta concepción ha sido que la mayoría de las mujeres ha asumido como algo *natural* su condición de inferioridad frente a los hombres. Como ha señalado Dillon (1995) ha sido a lo largo del siglo XX que las feministas han visto la recuperación del autorespeto, esto es, la conciencia del propio valor como algo relevante para subvertir las instituciones y las prácticas propias del patriarcado y con ello, obtener las condiciones de igualdad que consideran legítimas.

Dado que la idea de autorespeto rawlsiana constituye, en mi opinión, un paso adelante en la comprensión de las condiciones ideales de la ciudadanía, y aunque no esté exenta de problemas, me parece oportuno tomarla como punto de partida de este análisis.

## 2. *La noción rawlsiana de autorespeto*

El autorespeto es un aspecto nuclear de nuestra personalidad. Es algo que quizá no se toma en consideración en sus justos términos cuando se tiene. Es su pérdida la que permite adquirir plena conciencia de su valor e importancia. Por eso son aquellas personas que sienten que su propio valor no es reconocido por el resto de la sociedad, ni por ellas mismas, las que tienen una conciencia más profunda de lo indispensable que es el autorespeto.

Aunque el autorespeto se ha visto en muchas ocasiones como una cuestión más propia de la psicología, también ha recibido atención desde la filosofía. Así, el autorespeto ha despertado el interés, entre otros, de

---

<sup>8</sup> Un ejemplo clásico es el del «Tío Tom». Ver Margalit, Avishai (1997): *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós, p. 40-41. [1996, Harvard UP, Cambridge, Massachusetts]. Trad. C. Castells.

Aristóteles, Hobbes, Hume, Kant. Es bien cierto que estos autores no han tenido la misma perspectiva e incluso se puede decir que no han utilizado los mismos términos (*magnanimidad, orgullo, autoestima, sentido de la dignidad*, etc.), pero han reflexionado sobre los aspectos centrales de lo que en la actualidad podríamos caracterizar, en sentido amplio, como autorespeto. En la actualidad, ha sido Rawls quien ha revitalizado, después de varias décadas de olvido, la discusión sobre el autorespeto por la atención que le otorgó en su libro *A Theory of Justice* (Rawls, 1985).

Antes de desarrollar este punto con más detenimiento, es preciso realizar un inciso previo. Rawls (1985) parece utilizar en *Una teoría de la justicia* indistintamente «autoestima» y «autorespeto». Así aparece en la versión inglesa al comenzar el apartado «Self-Respect, Excellences and Shame»: «We may define self-respect (or self-esteem)...» (Rawls, 1985, p. 486). Voy a entender aquí que con ambos términos se refiere a un mismo fenómeno, el autorespeto. Pero parece que no son términos con el mismo significado y de hecho el propio Rawls reconocerá posteriormente esta distinción conceptual que debe establecerse entre autorespeto y autoestima<sup>9</sup>.

Según Rawls, el autorespeto es uno de los elementos fundamentales de una sociedad bien ordenada. En su opinión, el autorespeto es uno de los bienes primarios más importantes, ya que constituye un requisito previo para realizar cualquier plan de vida: «... El autorespeto y una segura confianza en el sentido de la propia consideración constituyen tal vez los más importantes bienes primarios» (Rawls, 1985, p. 438).

Los bienes primarios se caracterizan por ser la base de las expectativas, esto es, «son las cosas que se supone que un hombre racional quiere tener» (Rawls, 1985, 114). dado que son instrumentales para realizar intereses de primer orden, las concepciones de lo bueno que cada individuo pueda elegir. Por esta razón, Rawls incluye al autorespeto en la lista de los bienes primarios, junto con los derechos, las libertades y las oportunidades y, en consecuencia, afirma que en la elección de los dos principios de justicia está subyacente el bien del autorespeto, como se verá a continuación.

---

<sup>9</sup> Rawls reconoce este aspecto en su conocido debate con Habermas y expresa su gratitud a Sachs por su aportación en este punto. Véase nota Habermas, J. y Rawls J. (1998): *Debate sobre el liberalismo político*; Paidós, Barcelona :ICE/UAB., Nota al pie núm. 40, p. 110. Sachs, David: «How to Distinguish Self-Respect from Self-Esteem»; *Philosophy and Public Affairs* 10, n.º 4, 1981.

Rawls basa el autorespeto en dos aspectos. En primer lugar, el autorespeto es el *sentimiento de una persona de su propio valor*, su firme convicción de que su concepción del bien, su proyecto de vida, vale la pena ser llevado a cabo. En segundo lugar, el autorespeto implica una *confianza en la propia capacidad*, en la medida en que de ello depende el poder para realizar los proyectos propios.

El autorespeto no es un elemento integrante de los planes de vida, sino que se trata de una condición previa para ejecutar aquellos con éxito. Sin embargo, el autorespeto no es algo que tengamos los seres humanos en nuestra herencia natural, sino que es algo que debemos conseguir en nuestras diversas relaciones sociales. Los individuos debemos tratar de ganarnos el autorespeto para así lograr una conciencia del propio valor y poder perseguir los diversos planes u objetivos que nos hayamos marcado: «... Es claramente racional para los hombres asegurarse el respeto a sí mismos. Es necesario tener un sentido de su propio valor si es que se ha de perseguir una concepción del bien con satisfacción y sintiendo placer en su realización.» (Rawls, 1985, p. 208).

En opinión de Rawls, cuando consideramos que nuestros objetivos o planes de vida no tienen el suficiente peso o valor, entonces tendemos a no perseguirlos, o bien, tratamos de lograrlos, pero sin disfrutar en el proceso de su consecución. Si se carece de confianza y se teme el fracaso de los esfuerzos, entonces difícilmente se logra finalizar el objetivo con éxito. Por eso, es un bien primario: «Sin él, nada puede parecer digno de realizarse, o, si algunas cosas tienen valor para nosotros, carecemos de la voluntad de esforzarnos por conseguirlas. Todo deseo y toda actividad se tornan vacíos y vanos, y nos hundimos en la apatía y en el cinismo» (Rawls, 1985, p. 486).

El respeto que tenemos por nosotros mismos no es algo que dependa únicamente de nuestras acciones y juicios sobre ellas. Depende también de la estima que sienten los demás por nosotros. Si un individuo juzga que sus planes de vida y los esfuerzos que invierte en ellos no son evaluados positivamente por el resto de personas, entonces es realmente complicado que conserve la confianza de que sus fines merecen ser alcanzados. En este sentido, existe una estrecha vinculación entre el respeto hacia uno mismo, y el respeto y la estima de los demás. De una forma parecida, el desprecio por uno mismo puede conducir al desprecio hacia los demás (Rawls, 1985, p. 208). En la caracterización del autorespeto hay, por lo tanto, un elemento social que no se puede soslayar. Es condición necesaria para el desarrollo del autorespeto el que

nuestra persona y nuestros actos sean apreciados y confirmados por los otros. Para que el autorespeto se genere y se desarrolle en un individuo parece necesario que los esfuerzos realizados sean, hasta cierto grado, apreciados por los otros (en especial, por los individuos cercanos: familia, compañeros, amigos, etc.). En caso contrario, conservar la creencia en que los planes propios merecen ser realizados deviene en algo casi imposible.

Por todas estas consideraciones, no es extraño que Rawls concluya que en la *Posición Original* los individuos adoptan como un criterio en la elección de los principios de justicia el que se garanticen las condiciones sociales que afianzan el autorespeto. Las bases sociales del autorespeto se distribuyen por los principios de la justicia que son los que configuran la estructura básica de la sociedad.

En primera instancia, no parece que ninguno de estos dos principios se ocupen de la distribución de las bases sociales del autorespeto. Sin embargo, tal y como señala Mackinnon (2002), en el esquema rawlsiano el autorespeto surge o sobreviene (*supervene*) a la distribución de los bienes primarios realizada por los principios de justicia: «Un rasgo deseable de una concepción de la justicia es que debería expresar públicamente el respeto mutuo entre los hombres. De esta manera se les asegura el sentido de su propio valor. Pues bien, los dos principios logran este objetivo, ya que cuando la sociedad los observa, se incluye el bien de cada uno dentro de un esquema de beneficio mutuo y este reconocimiento público e institucional de las aspiraciones de cada hombre apoya la estimación por sí mismo. El establecimiento de la libertad igual y la operación del principio de la diferencia están orientados para producir este efecto» (Rawls, 1985, p. 155).

En una primera aproximación pareciera que el autorespeto está centralmente relacionado con el primer principio de justicia y con el principio de igualdad de oportunidades, de modo que la distribución igualitaria de los derechos, las libertades y el acceso igual a los roles sociales es suficiente para satisfacer las bases sociales del autorespeto. Es más, aquellos son instrumentales para la realización del autorespeto<sup>10</sup>.

---

<sup>10</sup> Pero ¿cuál es la relación entre el principio de la diferencia y el autorespeto? ¿No afectan las desigualdades de ingreso y de riqueza al autorespeto? En una primera aproximación al pensamiento de Rawls parece que la respuesta debe ser negativa, de modo que aunque haya tales diferencias el autorespeto de los individuos no tiene por qué verse influido, aumentado o disminuido. Sobre este punto volveré al final del trabajo.

La teoría de la justicia rawlsiana establece las bases para que los individuos puedan tener un proyecto racional de vida y en especial, que satisfagan lo que Rawls caracteriza como un enfoque satisfactorio de la vida propia, al que denomina el «principio aristotélico»: «en igualdad de circunstancias, los seres humanos disfrutan con el ejercicio de sus capacidades realizadas, sus facultades innatas o adquiridas, y este disfrute aumenta cuantas más capacidades se realizan, o cuanto mayor es su complejidad» (Rawls, 1985, p. 471).

En sentido inverso, es frecuente que cuando las actividades no logran satisfacer el «principio aristotélico» haya una cierta propensión a que nos parezcan poco atractivas o con poco sentido. Por ello, estos planes no nos ofrecerán el suficiente aliciente como para sentirlos útiles o para considerar su realización algo meritorio. En efecto, Rawls señala que «una persona tiende a confiar más en su valor cuando sus facultades se realizan plenamente y se organizan con una complejidad y un refinamiento adecuados» (Rawls, 1985, p. 486).

A su vez, la confianza en uno mismo es relevante por otra razón: permite valorar los méritos de los planes de vida ejecutados por otros miembros de la sociedad: «El que tiene confianza en sí mismo no escatima a la hora de apreciar a los demás.» (Rawls, 1985, p. 486).

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de la asunción de este bien primario en el diseño de nuestras sociedades? Según Rawls, en primer lugar es necesario distribuir igualitariamente los derechos y libertades, pues si hay una deficiente distribución del autorespeto la causa hay que buscarla en la desigualdad en la distribución de los derechos y libertades básicos.

Una vez expuestas las principales ideas de Rawls acerca del autorespeto, pasaré a examinar algunas de las principales objeciones que se le han señalado. Tales críticas permitirán ir delimitando una concepción más precisa y coherente de autorespeto, y con ello, también se avanzará en la comprensión de la idea de ciudadanía.

### 3. *Una crítica a la concepción rawlsiana de autorespeto*

Una de las principales objeciones que se ha dirigido a la noción de autorespeto es hacer notar que tal noción no es unívoca. Existen por lo menos dos sentidos principales de autorespeto. En términos generales la respuesta valorativa que implica el respeto (y el autorespeto) se ha carac-

terizado de dos maneras distintas. La primera de estas respuestas adopta la forma de «esto es importante, y exige una consideración debida». La segunda tiene esta expresión «esto es bueno, de calidad notable, y por ello merece nuestra aprobación» (Dillon, 1995, p. 18)

Otro autor que sigue una misma línea al distinguir dos sentidos de respeto, que son perfectamente aplicables al autorespeto, es S. Darwall quien propone diferenciar el respeto estimativo (*appraisal respect*) del respeto de reconocimiento (*recognition respect*)<sup>11</sup>. Acerca del primer sentido, se puede decir que se trata de un respeto gradual y basado en los méritos y conductas de los individuos en los diferentes ámbitos donde estos puedan desarrollar su actividad: en el trabajo, con la familia, con los amigos, etc.

Con relación al segundo sentido, se habla de *respeto de reconocimiento (o moral)* para referirse a la actitud debida a un objeto que presenta ciertas características. Estas características pueden variar, pero podría aceptarse una caracterización clásica como la kantiana en la que se hace referencia a una propiedad inherente y universal en todos los seres humanos como es la *humanidad*. Este es el sentido de las palabras de Kant cuando al hablar del respeto dice que el ser humano es un fin en

---

<sup>11</sup> Darwall, Stephen (1996): «Two kinds of Self-Respect»; en Robin Dillon edtr. Dignity, Character and Self-Respect, op. cit., p. 183. Darwall habla en ocasiones de «moral o recognition respect». Utilizaré la traducción «respeto moral». Con relación a esta distinción, Raz (2002, p. 137) señala que la diferencia debe buscarse más que en el respeto en los objetos a los que se dirige las actitudes, cada uno de estos se respeta de forma distinta. En esta misma línea, Telfer (1996) distingue entre dos tipos de autorespeto, el estimativo y el conativo. El autorespeto estimativo hace referencia a la opinión favorable hacia uno mismo basada en los méritos derivados de la conducta y de las cualidades personales. Respetar a alguien, en este sentido, es admirarlo o tener una alta opinión de él. El autorespeto viene a ser la misma actitud favorable, pero acerca de uno mismo. En este acercamiento, los modos de conducta y cualidades de carácter serían los fundamentos de la buena opinión de uno mismo. La evaluación sobre las acciones y sobre el propio valor personal se lleva a cabo sobre estándares o criterios básicamente subjetivos de lo que desearíamos ser como personas o de lo que consideramos bueno en términos generales. El autorespeto conativo es, en cambio, algo que todos deben tener siempre. Según Telfer, el autorespeto conativo parece ser una disposición permanente. Se trata de un deseo o disposición a no comportarse de maneras no valiosas. Si el autorespeto estimativo se basa en criterios subjetivos, el conativo lo hace en criterios objetivos. El autorespeto supone aceptar: 1) ciertos fines y valores que consideramos positivos y deseables para nuestra visión personal; 2) ciertas acciones y conductas que consideramos adecuadas para el logro de esos fines. De esta forma adquirimos o comprendemos ciertos valores respecto de los cuales nos sentimos comprometidos en nuestro actuar.

sí mismo y que por ello el resto de los individuos tienen la obligación de reconocer en todo ser humano la dignidad de la humanidad. A diferencia del respeto estimativo, este respeto a la humanidad es independiente de los logros o méritos individuales. De aquí que todo individuo esté obligado a respetar a todos los seres humanos: «[...] es decir, que está obligado a reconocer prácticamente la dignidad de la humanidad en todos los demás hombres, con lo cual reside en él un deber que se refiere al respeto que se ha de profesar necesariamente a cualquier otro hombre»(Kant, 1989, p. 336).

Catriona Mackinnon (2002) ha elaborado recientemente una interesante distinción entre el autorespeto consistente (o congruente) y el autorespeto como no servidumbre que, aunque tiene rasgos comunes con la clasificación vista arriba, presenta aspectos interesantes que justifican su análisis. El primer sentido de autorespeto está basado en la congruencia entre la concepción de uno mismo (*self-conception*) que tiene una persona y su expresión de sí mismo(*self-expression*). Esto significa que los criterios básicos del autorespeto están relacionados con los estándares con los que una persona se identifica. Esto es, «El autorespeto requiere que una persona actúe de forma que, al menos, sea consistente o apoye preferiblemente su auto-concepción. Si fracasa al actuar de esta forma la persona fracasa en su intento de ser como había pensado o esperado ser.» (Mackinnon, 2002, p. 58)

Los individuos normalmente asumen patrones de excelencia en virtud de los cuales evalúan sus actos y sus logros en los diferentes ámbitos de la vida. Con estos referentes los individuos construyen progresivamente su propia concepción de sí mismos. Así por ejemplo, una persona que se dedica a practicar un deporte como es el fútbol puede adoptar determinados estándares de lo que es un buen futbolista (técnica, oportunismo, visión del juego, rapidez, etc.). Por supuesto, los ideales que pueden conformar la concepción de un individuo pueden ser más comprensivos, como los de alguien que hace girar su vida sobre unos patrones de carácter religioso, moral o político. En cualquier caso, lo relevante en esta caracterización del autorespeto está en la consistencia entre los fines y los medios utilizados, entre los logros y las metas presupuestas de inicio en la concepción de sí mismos.

Aunque esta concepción del autorespeto basada en la *consistencia* es razonable y permite dar cuenta de algunos aspectos relevantes de este fenómeno, no ofrece una caracterización completamente satisfactoria. En opinión de Mackinnon, el autorespeto también está conectado con el

*status* que una persona toma como referencia para sí misma. Mackinnon trata de mostrar esto a través de una comparación entre dos modelos de mujer. Por un lado, toma como ejemplo a Harriet Taylor, la compañera sentimental de John Stuart Mill y conocida defensora en el siglo XIX de los derechos de la mujer. Su vida dentro de la sociedad victoriana se compadecía poco con los valores dominantes de esa sociedad, pero puede presuponerse que logró un grado de autorespeto alto desde el punto de vista de la consistencia, ya que sus actos fueron en términos amplios, adecuados respecto de sus fines más preciados.

Un segundo modelo de mujer puede ejemplificarse en lo que Mackinnon denomina *Las esposas de Stepford* para referirse a una serie de televisión norteamericana en la que tales esposas logran satisfacer sus estándares de autorespeto, puesto que para ellas lo deseable es ser expertas amas de casa (lavan perfectamente la ropa, son excelentes cocineras, logran premios en los concursos de pasteles) y perfectas esposas que satisfacen todas las necesidades de sus maridos. La cuestión es que estas mujeres son felices y disfrutan plenamente de la vida que llevan dado que alcanzan los fines que modelan su existencia.

En opinión de Mackinnon, si se observan estos modelos de mujer a la luz del autorespeto como consistencia, se podría concluir que ambas tienen aproximadamente el mismo grado de autorespeto, ya que logran acercarse a los fines que configuran su auto-concepción, esto es, se da una cierta armonía entre las habilidades y talentos que tienen y los logros obtenidos. Sin embargo, hay algo perturbador en el ejemplo de las *esposas de Stepford*, ¿constituyen un paradigma del autorespeto?. Mackinnon trata de desvelar la paradoja de que a pesar de que estas mujeres logren exitosamente sus fines no nos parezcan en absoluto ejemplos de autorespeto, cosa que sí sucede con Harriet Taylor. Su propuesta consiste en mostrar que *las esposas de Stepford* revelan en los comportamientos hacia sus maridos una actitud según la cual aquellos son más valiosos que ellas. Piensan de sí mismas que son inferiores en *status* en comparación con sus maridos, y por ello, se comportan de una forma subordinada o servil. Un punto de vista parecido al de Mackinnon es el de Thomas Hill (1995, pp. 4-19) quien considera el servilismo como la actitud opuesta al autorespeto, y caracteriza a este como la actitud consciente de un individuo acerca de la existencia de sus derechos. En sentido inverso, es servil la persona que no da importancia a los derechos de los que es titular.

En virtud de esta caracterización del autorespeto se está en disposición de entender mejor algunas intuiciones básicas. Mackinnon pone el

siguiente ejemplo: tanto una persona anoréxica como un disidente político que decide protestar con una huelga de hambre pueden alcanzar el autorespeto entendido como consistencia. Sin embargo, nos parece que hay algo sustancialmente distinto en los dos casos y que la actitud del disidente nos parece que realiza mejor el ideal del autorespeto. La concepción del autorespeto como actitud de igual status o *no servidumbre* nos puede dar luz, al ver que la actuación de la persona anoréxica responde a un sentido distorsionado (o incluso negativo) de su propia persona. En cambio, la actitud del disidente, aunque también conduzca al mismo resultado autodestructivo que el de la persona anoréxica, es una forma de protesta política que refleja un robusto sentido del propio valor y status.

Mackinnon caracteriza esta concepción del autorespeto basada en el sentido de *status* de la siguiente forma: una persona se concibe a sí misma de menor status o valor que otras cuando realiza sacrificios en beneficio de otras personas a las que atribuye mayor valor y simultáneamente piensa que es ilegítimo (innecesario) esperar que estos tengan la obligación de ofrecerle razones justificativas de porqué debe realizar los sacrificios que lleva a cabo. A la inversa, una persona se considera de igual valor o status que otra cuando espera o considera legítimo que esa otra persona justifique su pretensión de que realice ciertos sacrificios en su beneficio. Por lo tanto, una persona con autorespeto tiene un sentido de su propio valor o status, esto es, como alguien que da y recibe razones<sup>12</sup>. En definitiva, para Mackinnon, el autorespeto exige consistencia y un sentido de *status*; en conjunción estas condiciones son suficientes para el autorespeto (Mackinnon, 2002, p. 64).

#### 4. Autorespeto, dignidad y ciudadanía

El análisis de la ciudadanía realizado por Marshall enfatizaba el papel que jugaban los derechos. En la medida que estos se extendían, la calidad de la ciudadanía aumentaba. El análisis de Rawls del auto-

---

<sup>12</sup> Por cierto, este aspecto del autorespeto sí es considerado importante por Rawls cuando dice: « Es por esta razón por la que las partes aceptarían el deber natural del respeto mutuo que les pide tratarse civilizadamente unas a otras y estar dispuestas a explicar las razones de sus acciones, en especial cuando afectan a las demandas de los otros.» (Rawls, 1985, p. 208).

respeto permite señalar una idea importante que parece estar también subyacente en el enfoque de Marshall: los planes de vida y su desarrollo exitoso por parte de los individuos dependen en gran medida de la estructura de derechos que haya en una sociedad. En la medida que esa estructura sea amplia los individuos estarán más cerca del estatus ideal de ciudadano. Pero como se ha tratado de mostrar en los apartados anteriores, un factor que puede jugar decisivamente en la ciudadanía es el autorespeto en su versión crítica. Dado que el núcleo de la ciudadanía radica en la disposición, la capacidad de los individuos de participar en los asuntos públicos de una sociedad, un individuo con alto autorespeto crítico tenderá a ejercitar más ampliamente su ciudadanía. Lo contrario tiende a suceder con individuos con un bajo autorespeto. Y lo que parece más claro es que si una sociedad establece mecanismos (institucionales e informales) que eviten o disminuyan la afectación del autorespeto de sus miembros, entonces la calidad de la ciudadanía será mayor. Esta capacidad no surge única y exclusivamente de forma natural o espontánea en las personas, sino que es algo que se desarrolla, aunque sea parcialmente, a partir de ciertos hechos sociales, políticos y jurídicos.

La importancia del autorespeto puede comprenderse mejor cuando se analiza desde la perspectiva de las personas o grupos que carecen de dicho bien. Es entonces cuando se perciben mejor las consecuencias públicas (y no únicamente individuales) de la carencia del autorespeto.

Siendo cierto que el autorespeto depende en gran medida de la estructura jurídica de una sociedad, también es verdad que no sólo depende de los derechos vigentes en una sociedad. En efecto, se pueden observar dos fenómenos interesantes que parecen mostrar que la igualdad de derechos no es condición suficiente para el desarrollo del autorespeto. En primer lugar, puede constatarse la existencia de grupos sociales que poseen una estructura de derechos amplia y/o más o menos igual que el resto de grupos sociales, y que manifiestan un autorespeto y una ciudadanía menor. En segundo lugar, hay individuos y/o grupos sociales con menos derechos que poseen un alto grado de autorespeto y que en virtud de ello, luchan por la igualdad de las condiciones de vida y derechos. En ocasiones ambos fenómenos pueden ocurrir simultáneamente en un mismo grupo social, en el sentido de que algunos de sus miembros sientan su autorespeto bajo, y otros, en cambio, luchan para adecuar el valor que se dan a sí mismo con el que la sociedad o el orde-

namiento jurídico debería otorgarles. Como se ha visto en los ejemplos anteriores, en las etapas en las que los *ciudadanos* negros, la mujeres y los homosexuales carecían de los mismos derechos que el resto de miembros de la sociedad, algunos de ellos padecían de una baja autoestima, pero por otro lado, algunos de ellos tomaron conciencia de su *dignidad* y lucharon y se sacrificaron para conseguir dicha igualdad en el plano jurídico-formal.

Lo interesante es, en este caso, que algunos de estos colectivos han visto satisfecha su reclamación de igualdad de derechos con el resto de los grupos, pero sin embargo, tal reconocimiento no ha repercutido en una mayor implicación en los asuntos públicos<sup>13</sup>. A pesar del reconocimiento de la igualdad formal en los textos constitucionales y en los ordenamientos jurídicos, todavía persisten prácticas desigualitarias o un predominio de ciertos grupos sociales sobre otros. Y esto tiene una repercusión difusa, pero no por ello menos cierta en la concepción que tienen los miembros de estos grupos sobre sí mismos. Esta autodefinición tiene importantes consecuencias en diversos aspectos, y en concreto, en su condición de ciudadanos, pues no cabe duda de que influye en el diseño e implicación en sus planes de vida privados y públicos. En definitiva, la discriminación actual o pasada puede y suele repercutir en su autorespeto y desde ahí, se afecta a su ciudadanía.

Una de las causas de ese bajo autorespeto es la discriminación social que padecen, no obstante que jurídicamente tengan igualdad de derechos. Es frecuente encontrarse con situaciones en las que ciertos individuos sufren discriminaciones o humillaciones sociales, no obstante ser ciudadanos plenos en el nivel jurídico formal. A la hora de buscar trabajo, de pedir la inscripción de sus hijos en los colegios, en el trato con la comunidad de vecinos, etc. algunos colectivos sufren discriminaciones y humillaciones varias que pueden afectar a la visión que tienen de ellos mismos en el entramado social.

Otra de las causas de la existencia de grupos sociales menos participativos (*menos ciudadanos*) ha sido la discriminación histórica. Para estos colectivos, la huella de la discriminación y sus efectos en el autorespeto no ha sido todavía borrada. Así sucede en EE.UU con las mujeres, los negros o los miembros de razas que padecen una menor consi-

---

<sup>13</sup> Con esto no pretendo señalar que un autorespeto disminuido sea la única causa de la falta de participación de los ciudadanos en la vida pública. Es evidente que pueden haber otras causas, pero, en mi opinión, esta es una de ellas y ha recibido poca atención.

deración en el espectro social. Es decir, no es que en la práctica sufran discriminaciones jurídicas, políticas o sociales, sino que las discriminaciones pasadas afectan a la propia visión que tiene de sí mismos, lo cual a su vez, como en un círculo vicioso, repercute en su vida pública, en su participación política y en su lucha por gozar y ejercer los mismos derechos que otras clases o razas.

Otro plano donde también se pueden llevar a cabo políticas que, sin negar o rebajar derechos, afectan al autorespeto es en el de los símbolos que identifican a un Estado o a una sociedad. En este sentido, un Estado donde hubiera diversos grupos con credos religiosos distintos, la exigencia de la igual participación en la ciudadanía simbólica se traduciría en la separación entre Iglesia y Estado. Sin embargo, esta exigencia no se cumple en todos los Estados. Como señala Margalit, en Gran Bretaña el jefe del Estado también lo es de la Iglesia anglicana. Este autor destaca tanto este aspecto de la ciudadanía que incluso señala que quizá sería necesario de hablar un cuarto tipo de ciudadanía, la ciudadanía simbólica, la cual habría que añadirse al esquema de Marshall (civil, política, social)<sup>14</sup>.

En todo caso, me parece rescatable del análisis de Margalit su idea de que la ciudadanía simbólica no es sólo cuestión de derechos, pues para que los individuos ejerzan como *ciudadanos ideales* deberían tener un reconocimiento como tales por parte del Estado, pero también por la sociedad donde se insertan. Para ello, se deben eliminar las discriminaciones legales que todavía puedan subsistir, pero también, los vestigios de esa discriminación de todo tipo que afectan o podrían afectar a los individuos que han convivido durante mucho tiempo con ese estigma. También debería haber un esfuerzo mayor para eliminar aquellos símbolos que pueden afectar negativamente al reconocimiento de un individuo en una sociedad. Como señala Margalit (1997, p. 132), una sociedad que pretenda garantizar una ciudadanía simbólica «no debería desarrollar o apoyar a nivel institucional ningún símbolo que esté dirigido, explícita o implícitamente, en contra de algunos ciudadanos del Estado.

Es en este momento en el que puede captarse mejor la relación entre autorespeto, dignidad y ciudadanía. Y aunque la cuestión no es fácil en absoluto, parece que en la medida en que se gana autorespeto se está más

---

<sup>14</sup> Sin embargo, la caracterización de Margalit adolece de imprecisión al caracterizar dicha ciudadanía como «la participación en la salud simbólica de la sociedad».

dispuesto a luchar por los derechos o se está en mejor disposición para ejercerlos<sup>15</sup>. En tanto que los individuos se reconocen a sí mismos como portadores de un valor, hay más probabilidad de que sientan que sus elecciones, sus preferencias, sus planes de vida sean dignos de ser vividos autónomamente. Y que en virtud de ello, surja el suficiente ímpetu y motivación para luchar por las condiciones sociales, políticas y económicas que permitirían esa implementación. Cuando se dan estas circunstancias nos encontramos con ciudadanos, y no con siervos o sujetos políticamente indiferentes.

### Bibliografía

- BARBALET, J. M. (1973): «Citizenship, Class, Inequalities and Resentment» en Bryan Turner(1993): *Citizenship and Social Theory*; London: Sage.
- BEINER, Ronald edtr. (1995) :*Theorizing Citizenship*; Albany: State University of New York Press.
- BEINER, Ronald (2003)b: *Liberalism, Nationalism, Citizenship*; Vancouver: UBC Press.
- DARWALL, Stephen (1996): «Two kinds of Self-Respect»; en Robin Dillon edtr. *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge, 1996.
- DILLON, Robin (1995): «Toward a Feminist Conception of Self-Respect» en Robin Dillon edtr. *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge, 1996.
- DILLON, Robin edtr. (1995): *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge, 1996.
- FRASER, N. y GORDON, L. (1994):: «Civil Citizenship against Social Citizenship»; en Steenbergen, Bart van (1994): *The Condition of Citizenship*, London: Sage.
- HABERMAS, J. y RAWLS J. (1998): *Debate sobre el liberalismo político*, Barcelona: Paidós: ICE/UAB.
- HILL, Thomas (1991): *Autonomy and Self-Respect*, Cambridge: Cambridge University Press.
- KANT, Immanuel (1989): *Metafísica de las costumbre*, Madrid: Tecnos. Trad. J. Conill y A. Cortina.
- KYMLICKA, W. y NORMAN, W. : «Return of the Citizen: A Survey of Recent Work on Citizenship Theory»; en Beiner, R. (1995): *Theorizing Citizenship*, Albany: State University of New York Press.

---

<sup>15</sup> También parece claro que en la medida en que se conceden derechos, los destinatarios de éstos también suelen ganar en autorespeto.

- MARGALIT, Avishai (1997): *La sociedad decente*, Barcelona: Paidós.
- MEYERS, Diana: «Self-Respect and Autonomy» en Dillon, Robin edtr. (1995): *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge.
- SACHS, David: «How to Distinguish Self-Respect from Self-Estem», *Philosophy and Public Affairs* 10, n.º 4, 1981.
- STEENBERGEN, Bart van (1994): *The Condition of Citizenship*, London: Sage.
- THOMAS, Lawrence (1995): «Self-Respect: Theory and Practice» en Robin Dillon edtr. *Dignity, Character and Self-Respect*, New York-London: Routledge.
- TURNER, Bryan (1993): *Citizenship and Social Theory*, London: Sage.
- WALZER, Michael (1995): «The Civil Society Argument» en R. Beiner edtr (1995), *Theorizing Citizenship*, Albany: State University of New York Press.

## Interculturalidad y ciudadanía: algunas exigencias para una sociedad democrática<sup>1</sup>

Por  
Raúl Susín Betrán

**Resumen:** En este trabajo partimos de destacar el desgaste del vínculo Estado-Nación-Ciudadanía y destacamos la necesidad de replantearse la categoría de ciudadanía en las sociedades no homogéneas. Ha sido un paso adelante la incorporación del multiculturalismo a la gramática política. Con la caducidad del modelo Estado nación se abre una nueva oportunidad para hacer realidad la categoría de ciudadanía que exigen las sociedades multiculturales. Una sociedad democrática actual requiere de un anclaje político republicano-pluralista. Una ciudadanía cosmopolita y diferenciada mediante el reconocimiento de la diferencia en una sociedad de iguales. Se trata de realizar el camino que va del «nosotros» y «los extraños» a «la vida en común».

**Abstract:** In this work we leave of highlighting the waste of the bond State-Nation-Citizenship and we highlight the necessity to reconsider the citizenship category in the non homogeneous societies. It has been ahead a step the incorporation from the multiculturalism to the political grammar. With the expiration of the pattern State nation a new opportunity opens up to make reality the citizenship category that you/they demand the multicultural societies. A current democratic society requires of a republican-pluralistic political anchorage. A cosmopolitan citizenship and differed by means of the recognition of the difference in a society of same. It is to carry out the road that he/she goes of the «us» and «the strangers» to «the life in common.»

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en una investigación más amplia dentro del proyecto con referencia BJU2003-07869-C02-01.

### 1. *El desgaste del vínculo Estado-Nación-Ciudadanía*

En los últimos tiempos nuestras sociedades atraviesan un momento de ansiedad que parece las aboca al «diván» de forma casi inmediata. No sólo han dejado a un lado su pasado de uniformes, homogéneas, ilustradas y armónicas, sino que de poder ser unas sociedades plurales en las que la interculturalidad tuviera un valor normativo y a través de ella se proporcionasen espacios comunes donde desarrollar una convivencia propia de un ideal democrático, hemos acabado en sociedades en las que muchas de las tensiones y los conflictos no dejan de guardar relación con la diversidad y multiculturalidad que acogen, al tiempo que la convivencia se ve regida por unos principios de tolerancia que en nuestras sociedades liberales no es en muchas ocasiones otra cosa que un mero recurso retórico<sup>2</sup>.

En este sentido, pienso que puede resultar interesante atender a algunas cuestiones que han acabado por afectar al núcleo de nuestras democracias liberales y a su capacidad de servir como espacios cohesionados y habitables, en tanto que la respuesta que se ha ofrecido desde éstos ha demostrado una cierta incapacidad para asumir las nuevas situaciones. De esta forma, propongo que nos fijemos en cómo la intensificación de los procesos de inmigración y su redimensionalización a «gran escala»<sup>3</sup>;

---

<sup>2</sup> Sobre el tratamiento de las diferencias en las sociedades multiculturales, con el telón de fondo de una posición crítica con la idea de tolerancia, he trabajado en Susán (2004), publicación que comparte algunas perspectivas y reflexiones con la presente.

<sup>3</sup> En este sentido nos pueden ayudar a valorar la importancia creciente de la inmigración hoy los últimos datos del padrón que a comienzos de 2006 hizo públicos el Instituto Nacional de Estadística (INE) y que se refieren al 1 enero de 2005. De acuerdo con ellos, y para la fecha citada, había en el Estado Español 44.108.530 personas empadronadas, de las cuales 3.730.610 son no nacionales españoles, lo que supone un 8,5 % de la población total. Cabe recoger que sólo hace unos años, 1998, el porcentaje de población extranjera sobre el total de empadronados era únicamente de 1,6 %. Por otra parte, a la hora de hablar del plano de los derechos, también parece relevante tener en cuenta que de la población empadronada como no nacionales son extranjeros nacionales de los restantes países de la Unión Europea sólo 835.938. Finalmente, conviene recordar que estos datos deben ser leídos como una estimación de una realidad tremendamente variable y sujeta a numerosas consideraciones. Por otra parte, de la numerosa literatura sobre este tema, podemos recoger el reciente monográfico de *Sistema*, «Inmigración y exclusión social», donde se aportan elementos para comprender la inmigración y su relación con el trabajo, la población, los procesos de integración, el género, la delincuencia, el racismo, ...; cfr. VV. AA (2006).

junto a un marco de creciente globalización, en el que además se ha tendido a responder en numerosas ocasiones por medio de una estrategia defensiva de «glocalización» que se traduce en un «despertar» de ciertas demandas de identidad; ha puesto en duda la validez del modelo excesivamente uniforme de Estado-nación que, desbordado por arriba y por abajo, se manifiesta incapaz de cumplir con la función hegemónica y de mediación que había desempeñado.

De esta forma, parece que, cuando menos, asoman dudas sobre el reconocimiento del Estado-nación como, en palabras de Boaventura de Sousa Santos, «el espacio señalado de la cultura en cuanto conjunto de dispositivos identitarios que fijan un régimen de pertenencia y legitiman la normatividad que sirve de referencia a todas las relaciones sociales que se desenvuelven dentro del territorio nacional: desde el sistema educativo a la historia nacional, pasando por las ceremonias oficiales o los días festivos» (Santos 1999, 5). Más aún, con el horizonte de un Estado nacional que como modelo se encuentra «más bien en fase de desaparición o de profunda transformación» que en fase de construcción, parece acertado apuntar tanto la naturaleza ideológica que late en la imagen de homogeneidad social sobre la que se levantaron los Estados-nación, como que no parecía ni parece contar esta homogeneidad con un excesivo respaldo sociológico. Así, «si bien es cierto que a nivel retórico el otorgamiento de la ciudadanía se basa en la existencia de una serie de vínculos prepolíticos como una cultura común, relaciones «de sangre», un pasado compartido, etc., a nivel político no parece observarse nada de eso en los procesos históricos que desembocan en la creación de los actuales Estados nacionales» (Carbonell 2006, 15-6)<sup>4</sup>.

Esto es, y como viene a sostener Ricard Zapata, la realidad multicultural de nuestras sociedades plantea algunas dificultades a la hora de sostener lo que él ha denominado la *Santísima Trinidad* de las democracias liberales europeas. Así, la relación triádica formada por el «Estado», la «Nación» y la «Ciudadanía», en la que esta última desempeña un papel mediador como «el principal vehículo que tiene el Estado y la

---

<sup>4</sup> También parece oportuno traer aquí la reflexión de Kymlicka en el sentido de que la mayoría de los países hoy son culturalmente diversos, lo que le lleva a recoger: «Según estimaciones recientes, los 184 Estados independientes del mundo contienen más de 600 grupos de lenguas vivas y 5.000 grupos étnicos. Son bien escasos los países cuyos ciudadanos comparten el mismo lenguaje o pertenecen al mismo grupo étnico-nacional» (Kymlicka 1996, 13).

Nación para legitimarse», se abre hoy a un período de desencanto que alimenta, y se alimenta, de la existencia de barreras económicas, que afectan al vínculo ciudadanía-igualdad, y políticas, vínculo ciudadanía-nacionalidad, lo que contribuye a provocar distancias entre el concepto moderno de ciudadanía y su expansión semántica<sup>5</sup>.

En este sentido, se centra Zapata en la barrera política de la nacionalidad y destaca la relevancia de hablar de esta barrera cuando la transformación de nuestras sociedades homogéneas en otras multiculturales ha contribuido, de una parte, a «destapar uno de los principales «prejuicios» de nuestra forma de pensar la política. El hecho de admitir implícitamente el siguiente sistema de igualdad: *nacionalidad=Estado=ciudadanía*»; y, de otra, a convertir los términos de dicha relación en elementos no intercambiables. En otras palabras, y como viene a concluir tras precisar algunos usos del multiculturalismo que nos ayuden a solventar el grado de inflación que envuelve al término: «*Si el vínculo entre Estado / Nación / Ciudadanía es La (en mayúscula) forma de legitimar toda gestión política, tenemos dificultades de encontrar elementos para incorporar una nueva realidad dentro de los parámetros tradicionales: la realidad del multiculturalismo*» (Zapata 2003).

## 2. La categoría de ciudadanía en las sociedades no homogéneas

En este punto resulta obligado referirse al conocido estudio que a mediados del XX presenta T. H. Marshall, donde se aporta una definición de ciudadanía en tanto que «estatus que se concede a los miembros de pleno derecho de una comunidad»; esto es, el reconocimiento de la condición de ciudadano conlleva que «sus beneficiarios son iguales en cuanto a los derechos y obligaciones que implica» (Marshall 1998, 37).

---

<sup>5</sup> «En efecto —dice Javier de Lucas—, si bien la condición de ciudadano parece instaurar una igualdad entre los individuos que la reúnen, con independencia de su condición social, sabemos que, en la práctica, hay dos importantes restricciones: en primer lugar, la ciudadanía incorpora sólo de forma tendencial al *homo oeconomicus* (...). Además, la ciudadanía no se corresponde con la individualidad pura, sino que se especifica como nacionalidad, y de ahí que permanezca la otra gran exclusión, la de los extranjeros y la de quienes a pesar de residir en el Estado no acceden a la ciudadanía: se trata de las fronteras interiores de la ciudadanía. Estas fronteras internas de la ciudadanía son la interiorización de la frontera externa (extranjeros), respecto de a los súbditos que, sin ser extranjeros, no son ciudadanos plenos» (de Lucas 1994, 121-2).

Como es de sobras sabido, Marshall, distinguía tres elementos, dimensiones o partes de la ciudadanía, la civil, la política y la social. A cada una de ellas le asignaba una serie de derechos, de tal forma que con ellos se construía un ciudadano que en tanto titular de los mismos es reconocido como miembro de pleno derecho de su comunidad, de una comunidad nacional de iguales. En otras palabras, se trataba de ligar la ciudadanía formal entendida como la pertenencia a un Estado-nación, con una nacionalidad sustantiva que supusiera revertir la dinámica según la cual la ciudadanía no había sido sino, como viene a expresar el citado sociólogo británico, un «arquitecto de desigualdades» (Marshall 1998)<sup>6</sup>.

Sin embargo, esta visión un tanto optimista está pensada para sociedades homogéneas, uniformes, ajenas al pluralismo cultural actual (Coutu 1999, 12-3), o como también dicen Fraser y Gordon, «su periodización de las tres fases de la ciudadanía, por ejemplo, se adecua sólo a la experiencia de los hombres, trabajadores y blancos. Una minoría de la población» (Fraser y Gordon 1992, 69). Dicho de otra forma y siguiendo con esta perspectiva crítica, resulta que al igual que en su día este reconocimiento de unos individuos como ciudadanos, es decir, como portadores de derechos, supuso dejar fuera del disfrute de los mismos a buena parte de la población que quedaba en una situación de subordinación con respecto a los ciudadanos; hoy nos encontramos con que en nuestras sociedades el hecho de seguir asignando derechos en virtud de la pertenencia a una nacionalidad crea una fractura entre lo que es la población real y la sociedad políticamente reconocida; entre los que viven en una sociedad y los que disfrutan de la condición de ciudadanos y de la titularidad de derechos que significa esta condición. Se puede decir que se trata de una forma de pensar los derechos basada en la contraposición ciudadanos-extranjeros, y en la exclusión de éstos, lo que da lugar a toda una «institucionalización-naturalización» de un ámbito de exclusión que se mantiene firmemente cerrado al desarrollo de la democracia<sup>7</sup>.

---

<sup>6</sup> Por otra parte, en un trabajo sobre la «semántica política» del término «ciudadanía» encontramos cómo se afirma sobre ésta que «ha sido históricamente una noción excluyente» (Zapata 2001, 23).

<sup>7</sup> Cfr. de Lucas (1994, 117-80), donde se plantea la existencia de esta exclusión «natural» de los derechos que afecta a los extranjeros y se concluye apuntando una serie de propuestas, que no dejan de tener actualidad más de una década después, y que ayudarían a «abolir el antagonismo entre pertenencia nacional y ciudadanía de pleno derecho». Del mismo autor, véase también de Lucas (2001, 39-40), donde completa esta vinculación que tiene lugar en el Estado nacional entre ciudadanía y nacionalidad con el elemento del

Por su parte, Tom Bottomore escribe cuarenta años después que Marshall un ensayo en el que propone una revisión del concepto de ciudadanía de éste, situando entre «los nuevos interrogantes a propósito de la ciudadanía» el tema de la inmigración y sus consecuencias. Bottomore pretende añadir la complejidad y dinamismo que requieren unas sociedades que ya no son tan homogéneas como la Gran Bretaña que sirve a Marshall para su estudio. Plantea la disociación existente entre la ciudadanía formal, la significada en la pertenencia al Estado-nación, y la sustantiva, que consistiría en el disfrute de derechos civiles, políticos y sociales; y tras ocuparse de la cuestión del género, señala la diversidad étnica o étnico-cultural, que ha crecido como consecuencia de la inmigración, como un elemento a tener en cuenta a la hora de analizar la ciudadanía. Bottomore denuncia las desigualdades existentes en el acceso a los derechos en virtud de la pertenencia a grupos definidos por características étnicas o étnico-culturales; y, en lo que nos interesa, se ocupa de centrar el tema en torno a cómo cuestiones del tipo de la «internacionalización» del empleo han provocado una fractura entre la residencia y la nacionalidad y esto, a su vez, ha originado una serie de efectos en el plano de los derechos, lo que nos invita a pensar en superar la asignación de derechos en virtud de la condición de ciudadanía por una alternativa en la que el cuerpo de derechos humanos se asigne a cada individuo allí donde viva o trabaje con independencia de su origen (Bottomore 1998, 100 y ss.).

En otras palabras, nos encontramos en una sociedad que está construida sobre unos criterios de pertenencia que suponen un motor de segregación y fractura social que nos lleva a pensar que estamos construyendo una especie de «sociedad de castas» cuando, paradójicamente, y como viene a sostener Balibar, la realidad social exige una ciudadanía que se defina «por principio como una pertenencia no exclusiva» (Balibar 1994, 28)<sup>8</sup>. O como bien dice Ferrajoli: «En la crisis de los Estados y de las comunidades nacionales que caracteriza este fin de siglo, conectada con fenómenos paralelos como las migraciones de masas, los

---

trabajo formal, y habla de la existencia de una «jaula de hierro de la ciudadanía en la modernidad», recurriendo a esta expresión para referirse a la imposibilidad que tiene el extranjero de actuar como sujeto de derechos y como sujeto de la comunidad política.

<sup>8</sup> «Al final, acabamos con una sociedad de castas, las de nacionales y no nacionales, y dentro de esta última, a su vez, con distintos eslabones. Los que residen con un permiso de residencia permanente son los que más se acercan a los nacionales y los que residen de forma desautorizada los que menos» (Rubio Marín 2002, 181).

conflictos étnicos y la distancia cada vez mayor entre Norte y Sur, es preciso reconocer que la ciudadanía ya no es, como en los orígenes del Estado moderno, un factor de inclusión y de igualdad. Por el contrario, cabe constatar que la ciudadanía de nuestros ricos países representa el último privilegio de *status*, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales» (Ferrajoli 1999, 116-7)<sup>9</sup>.

### 3. *La incorporación del multiculturalismo a la gramática política*

Sin olvidar que el papel integrador desarrollado por el Estado-nación y sus instituciones públicas ha estado cargado de implicaciones profundamente iliberales y excluyentes; lo cierto es que, no sin cierto eco de paradoja, tampoco se puede minusvalorar el papel de la nación como mecanismo de integración social y de promoción de valores que como la igualdad de oportunidades, la solidaridad, la libertad individual y la deliberación democrática contribuyen a facilitar la construcción de *la vida en común*<sup>10</sup>.

En este sentido, Habermas valora lo positivo que en su día resultó la «invención del pueblo-nación» como catalizador para la democratización del poder estatal: «Pues una base democrática para la legitimación de la dominación política no hubiera surgido sin conciencia nacional. Fue la nación la que fundó un contexto o nexo de solidaridad entre personas que hasta entonces habían resultado extrañas las unas a las otras». De esta forma, el orden «artificial» que suponía la organización jurídico-política del Estado y la racionalidad de las ideas de soberanía popular y derechos del hombre se «apoyaba» anímicamente en la idea

---

<sup>9</sup> Con arreglo a este planteamiento, véase también el estudio que Ferrajoli realiza de la Ley italiana Bossi-Fini n.º 189 de 30 de julio de 2002, intitulada «Modificación a la normatividad en materia de inmigración y de asilo», a la que define como la «máxima expresión» de la política de exclusión que se lleva a cabo con los inmigrantes en Europa y analiza desde la perspectiva de considerarla una ley racista. Vid. Ferrajoli (2003).

<sup>10</sup> Resultan interesantes las reflexiones de Kymlicka cuando piensa como compatibles con los valores liberales igualitaristas básicos el desarrollo de programas que como el aprendizaje por los inmigrantes de la lengua del grupo dominante o los destinados a fomentar la participación en una cultura nacional común contribuyen a una cierta construcción nacional (Kymlicka 2006, 69).

de nación. Como el propio Habermas nos alerta, el problema aparecía cuando la fuerza integradora de la nación se hacía derivar de «algo dado prepolíticamente, de un hecho independiente de la formación de la voluntad política», contribuyendo, de esta forma, a que la propia nación se imaginase a sí misma como algo natural, «crecido orgánicamente», nación *naturalizada*; lo cual, a su vez, venía a contaminar la comprensión de la comunidad como un modelo homogéneo en el que cualquier diferencia es neutralizada (Habermas 2001, 176-80).

Hoy, una vez quebrada la *sagrada vinculación* entre Estado-Nación-Ciudadanía parece exigible que en aras de una gestión democrática de nuestras sociedades sepamos incorporar el multiculturalismo en la gramática política que ha de regir nuestras sociedades. En este sentido, se impone la exigencia democrática de rechazar opciones que como las de Sartori o Huntington llevan a unas posiciones beligerantes y *fundamentalistas* que, a partir de lo que Javier de Lucas denomina «identidades asesinas», devienen en una teorización del multiculturalismo como un auténtico enemigo de la democracia y los derechos humanos<sup>11</sup>. Se trata de posiciones que se ven desbordadas por la explosión de identidades que disfrutan nuestras sociedades y que, ante lo que definen como el peligro fragmentador, disgregador y, en definitiva, desestabilizador del multiculturalismo, pretenden seguir resguardando la existencia de una única identidad, curiosamente, la hegemónica, eso sí, ahora escondida bajo el paraguas del universalismo<sup>12</sup>.

Desde estas posiciones inmovilistas, sostenidas en la creencia etnocéntrica de que *su* opción es la única y la mejor posible, no resulta difi-

---

<sup>11</sup> Cfr. Maalouf, Amin (2001) *Identidades Asesinas*, Madrid, Alianza. Javier de Lucas utiliza este mismo término, «identidades asesinas», para referirse a los procesos de estigmatización que tienen lugar a partir de discursos que como el de Huntington o Sartori acusan a las reivindicaciones de *las otras* identidades culturales particulares como «portadoras de una etnicidad que sacrifica los derechos individuales»; cfr. de Lucas (2003).

<sup>12</sup> A modo de ejemplo, en una entrevista publicada en *El País* «Domingo» de 20 de junio de 2004, pp. 6-7, Samuel P. Huntington, a la pregunta sobre la exclusividad que tiene la cultura angloprotestante sobre lo que denomina «credo americano», dice que aunque no es exclusivo, pues «el credo se presenta como un conjunto de principios universales» a los que cualquiera se puede adherir; sin embargo, añade: «Pero no cabe duda de que es un componente central de la identidad nacional americana, y fue creado por la cultura angloprotestante». Precizando a continuación sobre el contenido de este «credo, seña de identidad nacional de Estados Unidos»: «El idioma inglés, el cristianismo y el sentimiento religioso», que se acompañan de los dos elementos principales de la cultura angloamericana, el individualismo y la ética del trabajo.

cil deslizarse hacia la justificación de «guerras justas»; guerras que se presentan como un curioso ejercicio obligado de un *pacifismo* orientado a salvaguardar el pluralismo de nuestras perfectas sociedades occidentales. Así, Javier de Lucas, al hilo de su crítica a los planteamientos de Sartori, a los que presenta como continuación de los de Huntington, dice que una de las paradojas del discurso de aquel consiste en que, «en nombre de un espíritu que persigue la convivencia pacífica, como el modelo de la comunidad pluralista que propone Sartori, se entreguen tantos cheques en blanco para administrar la fuerza necesaria. Son tiempos malos para los que viven rodeados de tantos enemigos al acecho: exigen la resurrección del séptimo de caballería» (de Lucas 2003, 51)<sup>13</sup>.

Si pretendemos una gestión democrática y un rescate real del papel mediador de la ciudadanía que sirva para habilitar sociedades de convivencia, se exige dejar de lado posiciones construidas sobre la idea del ya famoso «choque de civilizaciones», discurso al que no puede resultar extraño la incorporación del propio Bin Laden<sup>14</sup>; y, al contrario, asumir los riesgos que el hecho del multiculturalismo plantea, especialmente, en lo que se refiere al que se presenta como uno de los problemas claves para la construcción de una sociedad integrada, la relación que mantiene la democracia política con la existencia de una conciencia comunitaria de sus propios ciudadanos (Balibar 1994, 35). De este modo, frente a las lecturas que tienden a estigmatizar al multiculturalismo como una amenaza para el progreso y la modernidad, o a reducirlo a meros ámbitos privados, excluyéndolos de cualquier relevancia pública y política, conviene ahora reconocer las enseñanzas que de la afirmación del mismo podemos tener de cara a la defensa de una democracia pluralista y a una gestión democrática de la propia sociedad multicultural<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> En este punto de denuncia de los planteamiento «antipluralistas», puede acudir-se a las críticas que encontramos en Lacasta (2004).

<sup>14</sup> El diario *El País* de 24 de abril de 2006, en su interior titulaba: «Bin Laden defiende en un mensaje grabado el choque de civilizaciones con Occidente», en referencia al contenido de una cinta parcialmente emitida el día anterior por la cadena de televisión qatari Al Yazira.

<sup>15</sup> Javier de Lucas, que por otra parte es quien nos ha acompañado en sus lecturas hasta el citado Balibar, sintetiza en dos exigencias estas lecciones que nos proporciona el multiculturalismo: la exigencia de empezar reconociendo el carácter multicultural de nuestras sociedades; y la exigencia de pensar la ciudadanía como una ciudadanía que salve a la vez la igualdad y la diferencia; cfr. de Lucas (2003, 53-4).

En este sentido, conviene insistir en la oportunidad que se nos abre con la caducidad del modelo de Estado-nación, el cual, fijado en su excesiva necesidad de una sociedad homogénea, de un vínculo identitario único, ha dejado de ser un escenario válido para la realización de la categoría de ciudadanía que exigen las sociedades multiculturales. A su vez, esto supone una invitación a encarar un desafío político que debe ser aprovechado para escapar definitivamente de la «prisión» que para la ciudadanía suponía su definición normativa a partir de una identidad determinada, la proporcionada por la nacionalidad, por pertenecer a una comunidad de origen culturalmente homogénea. Homogeneidad, eso sí, construida en muchas ocasiones sobre registros artificiales que escondían, con el aderezo de la *afirmación contra lo ajeno*, la dominación de unos grupos sobre otros dentro de un mismo espacio territorial<sup>16</sup>.

Esta situación, que nos hace contemplar a la categoría de ciudadanía escapando casi de forma delirante desde la prisión territorial hacia el magma anónimo de la red, exige, pues, pensar en reconstruir una ciudadanía que ha perdido buena parte de su función integradora. Un buen punto de partida resultan ser las dos lecciones a las que hacíamos referencia a pie de página siguiendo a Javier de Lucas y que nos proporcionan el multiculturalismo: la doble exigencia de reconocer que vivimos en sociedades en que la diversidad y la multiculturalidad es algo que se ha visto intensificado en los últimos tiempos con los movimientos migratorios; y la exigencia de pensar una ciudadanía en la que la igualdad no se levante sobre la negación de la diferencia. Es decir, de lo que se trata es de, a través de estas lecciones, *tomar en serio el pluralismo*,

---

<sup>16</sup> Sobre esta relación Estado-nación, su artificialidad y su tendencia a derivar en la construcción de una identidad que no es otra cosa que reflejo de la dominación de un grupo sobre otro, dice Castells: «Aunque el estado español, hasta 1977, representaba una situación extrema de homogeneidad impuesta, la mayoría de los estados-nación modernos, sobre todo el estado revolucionario francés, se han construido sobre la negación de las identidades históricas/culturales de sus constituyentes en beneficio de la identidad que mejor se acopla a los intereses de los grupos sociales dominantes que se encuentran en los orígenes del estado. (...) Una vez que se establecía una nación, bajo control territorial de un estado dado, la historia compartida sí indujo lazos sociales y culturales, así como intereses económicos y políticos, entre sus miembros. No obstante, la representación desigual de intereses sociales, culturas y territorios en el estado-nación sesgó las instituciones nacionales hacia los intereses de las elites que lo originaron y su geometría de alianzas» (Castells 2003, 366).

afrontar los desafíos que el hecho del multiculturalismo pone a toda democracia que se pretenda pluralista y en la que la condición de ciudadanía, en su *inclusividad*, no suponga una negación-dominación de las diferencias.

#### 4. *Algunas exigencias para una sociedad democrática*

##### 4.1. Un anclaje político republicano-pluralista

La primera tarea a afrontar es la búsqueda de un vínculo político, un sustrato que permita seguir hablando de comunidad de iguales, tal y como se exige en clave de legitimidad democrática. En este sentido, la conveniencia de dejar de lado registros que nos remiten a vínculos levantados sobre identidades del tipo de la religión, la sangre, la etnia, la lengua o la nacionalidad, nos hace volver la mirada, de acuerdo con Habermas, hacia el proceso democrático, de tal forma que sea éste, en sintonía con su propuesta de *patriotismo constitucional*, el que sirva como engranaje para la articulación de una común cultura política y ésta, a su vez, aporte la fuerza integradora necesaria (Habermas 2000, 103)<sup>17</sup>.

Aunque tampoco hay que ignorar, como el mismo Habermas defiende, que unos niveles altos de integración social requieren, a su vez, la superación de una democracia basada únicamente en la garantía de los derechos de libertad y de participación política; lo cierto es que la posición defendida por este autor nos remite al vínculo político-cultural que proporciona, a modo de una religión civil, el republicanismo y su batería de emociones colectivas (Béjar 1999). Esta batería resulta ser una base, digamos «primaria», sobre la que trabajar la condición de ciudadanía en las sociedades complejas y multiculturales de cara a obtener niveles suficientes de cohesión. Podría presentarse como el anclaje político-cultural básico al que se refiere el filósofo alemán cuando requiere para la realización de los principios constitucionales en una sociedad entendida como asociación de libres e iguales, un contexto favorable

---

<sup>17</sup> Por otra parte, merece la pena recoger el escepticismo que late en Bauman en torno a las posibilidades del «patriotismo constitucional» en una situación de individualización y privatización de lo social y donde las dinámicas centrífugas de lo local, lo sectorial, lo particular, pueden más que las fuerzas centrípetas de lo estatal; cfr. Bauman (2005a, 100-2).

para la conexión de motivos, intenciones y actitudes de los ciudadanos. «Los ejemplos de sociedades multiculturales (...) muestran que una cultura política, para que en ella puedan echar raíces los principios constitucionales, no necesita en modo alguno apoyarse en una procedencia u origen étnico, lingüístico y cultural, común a todos los ciudadanos. (...) Tenemos, pues, que la ciudadanía democrática no ha menester quedar enraizada en la identidad nacional de un pueblo; pero que, con independencia de, y por encima de, la pluralidad de formas de vida culturales diversas, exige la socialización de todos los ciudadanos en una cultura política común» (Habermas 1998, 628).

Este anclaje republicano puede abrir una vía para superar las limitaciones que imponía a la ciudadanía el paradigma liberal y que encerraba a aquélla, como hemos visto con Marshall, en un mero reconocimiento de un estatus jurídico y con él de una serie de derechos y obligaciones a quien pertenecía formalmente a un determinado Estado-nación<sup>18</sup>. La realidad multicultural, plural y compleja de nuestras sociedades demanda una respuesta que vaya más allá de la gestión que tradicionalmente ha llevado a cabo la ideología liberal y que ha estado sostenida en elementos como la neutralidad del Estado; la confianza en el mercado como eje de la regulación social; la vinculación de la titularidad y el disfrute de los derechos con la nacionalidad; el abuso del recurso a la tolerancia como una forma de encubrir la negación de derechos a las minorías; o la desconfianza hacia la admisión de un sujeto colectivo como titular de derechos.

Situándonos en un ámbito tan definitorio de la ciudadanía como es el de la participación política, y siguiendo a Norbert Bilbeny, nos encontramos con dos modelos de democracia que responden, a su vez, a dos paradigmas, el liberal y el pluralista. De un lado, el modelo representado en el paradigma liberal está caracterizado, básicamente, por cuestiones como la defensa de la libertad individual, la democracia parlamentaria, el imperio de la ley y el compromiso con los derechos humanos y las libertades. Se trata de un modelo que responde a una concepción de las personas como seres egoístas que se encuentran en situaciones de conflictos de intereses y pugnan por ellos. Es así, pues, un sistema que responde a la racionalidad de las oligarquías, de las elites, y que sirve

---

<sup>18</sup> Sobre el republicanismo encontramos un reciente y animado debate, como el recogido en las páginas de *Claves de Razón Práctica*. También es obligado citar el clásico trabajo de Pocock publicado en primera edición inglesa en 1975, Pocock (2002).

como instrumento de optimización de un mercado capitalista que nunca se pone en tela de juicio<sup>19</sup>. Como recoge Bilbeny, este paradigma, compartido tanto por un liberalismo individualista como por otro de tintes comunitaristas, posee un indudable fondo de monismo que limita su validez a sociedades homogéneas, seguras,..., con identidades estables.

Por contra, la realidad de una sociedad de la incertidumbre, o como diría Bauman, el tiempo de *modernidad líquida* en el que vivimos, nos lleva a volver la mirada hacia un paradigma pluralista, más acorde con nuestra identidad plural, compuesta e híbrida, adaptativa en lugar de estable. Se trata de un paradigma que puede ayudarnos a pensar una vía de acción para salir de la encrucijada, superando el escepticismo de los que sostienen que no tenemos identidad; pero a la vez también el dogmatismo de los que plantean que sólo tenemos una o que ésta tiene tonos monolíticos, absolutamente homogéneos. Por otro lado, y más acorde con la diversidad de las sociedades multiculturales, el paradigma pluralista abandona la concepción de la democracia como un instrumento para la satisfacción de intereses en conflicto. Es decir, para este paradigma la política no se corresponde con un lenguaje de vencedores, de triunfo, de imposición, sino más bien con una función coordinadora. No se trata tampoco únicamente, aunque también, de un tema de reconocimiento de derechos e intereses individuales. En este paradigma se exige más complejidad, se exige atender a la distintas culturas, a los distintos modos de pensar... Se exige recurrir al diálogo, al debate, al uso de argumentos, a la deliberación, con lo que, de esta forma, la deliberación se presenta no como un instrumento, sino como la clave en la ética intercultural, la clave en la aceptación y el respeto al otro (Bilbeny 1999, 123-31).

Esta forma de concebir la democracia de acuerdo al paradigma pluralista, y con ella de definir la ciudadanía, se adecua a una realidad multicultural que impone que las sociedades *sean conversación*; que frente a la neutralidad propia de la indiferencia participen en un proceso de deliberación y diálogo en una dinámica de construcción permanente tal que les permita recoger el sentido expresado en la diferencia (Bilbeny 2002, 151-2). Así, este paradigma pluralista puede contribuir a entender el multiculturalismo desde una perspectiva interculturalista, de tal forma que se establezcan vías de comunicación entre las identidades y sus diferencias, apreciando las semejanzas y la reciprocidad, y facilitando, de

---

<sup>19</sup> Sobre estas cuestiones resulta muy recomendable acudir a Ovejero (2002), donde se exponen las claves del «mobiliario intelectual del liberalismo».

este modo, no sólo un marco de convivencia, sino un camino para el conocimiento de nuestra propia identidad. Como recoge Norbert Bilbeny, «el diálogo intercultural es también un diálogo intracultural. Refleja la acción de cada cultura consigo misma» (Bilbeny 2002, 178-80).

En cierta medida, a través de la lectura que nos proporciona el paradigma pluralista de la democracia, y sin que esto suponga ignorar los logros del paradigma liberal, se pretende avanzar hacia lo que podrían ser una especie de *lugares comunes* en los que se produzca un *empoderamiento* de las personas que cohabitan en nuestras sociedades. Con este paradigma pluralista se abren puertas para un auténtico reconocimiento de las diferencias en lo que Andrés de Francisco reconoce como una vía republicana para superar la relación liberal tolerancia-miedo y sustituirla por la de tolerancia-fraternidad. Se trataría de aceptar que tomar en serio la diferencia exige no sólo una actitud tolerante motivada por el miedo al castigo; sino, ante todo, una posición motivada en la fraternidad y que se traduce en comprensión, empatía y contacto humano, es decir, conocimiento e interpretación de las necesidades del otro, para lo que se exige «compartir un mismo espacio público abierto a la deliberación y al diálogo, orientado a los intereses generales compartidos por debajo de las diferencias» (de Francisco 1999, 46).

#### 4.2. Ciudadanía cosmopolita y diferenciada. El reconocimiento de la diferencia en una sociedad de iguales

Es en este marco, con este sustrato político, anclaje republicano y paradigma pluralista, donde se adivina posible el desarrollo de una ciudadanía que sea al mismo tiempo cosmopolita y diferenciada, tal y como requiere la complejidad y pluralidad de las sociedades en las que la interculturalidad pretende ser tomada en serio. Desde los estoicos, pasando por el Kant de *Hacia la paz perpetua*<sup>20</sup>, encontramos propuestas de cos-

---

<sup>20</sup> En este sentido, Martha Nussbaum engarza toda una tradición que empieza con Cicerón y de la que formarían parte Grocio, Kant y Adam Smith, que apela a normas estoicas para el ámbito de la actuación política nacional e internacional, y para la cual es posible comportarse como ciudadano del mundo, *Kosmou politês*, sin la exigencia del marco de un Estado mundial. Cfr. Nussbaum (1999, 17-22 y 161-2). Por otra parte, de Kant parece interesante recomendar la lectura de su *Hacia la paz perpetua*, donde en el «tercer artículo definitivo para la paz perpetua» se defiende la idea de un «derecho cosmopolita» que sirva a la «hospitalidad universal»; Kant (2005, 157-60). Finalmente, con-

mopolitismo y de ciudadanía universal que tal vez deban ser leídas más que con un valor normativo como un ideal regulativo. En cualquier caso, como un intento por afrontar uno de los principales problemas con que nos encontramos en las sociedades actuales, donde al seguir pensando la ciudadanía adscrita a la idea de nacionalidad, la existencia de fenómenos como la inmigración en masa convierten a aquélla en un buen ariete de las dinámicas de exclusión, puesto que los residentes no nacionales de nuestras sociedades, en su limitación en el reconocimiento como titulares de derechos, se ven abocados a conformar una especie de «subsuelo» societal en el que la diferencia es causa de segregación.

Así, en cierta medida, podemos pensar que se ha acabado por imponer una dinámica regresiva que ha llevado a la división de la sociedad en ciudadanos, aquéllos que tienen derechos y obligaciones; y súbditos, los que obligados a cumplir las leyes son privados de la posibilidad de disfrutar los derechos en igualdad de condiciones con aquéllos y, por supuesto, son desplazados de cualquier espacio que suponga capacidad de decisión político-legislativa<sup>21</sup>. En este sentido, y como recoge Bauman hablando de los «seres humanos residuales», se puede decir que el Estado-nación sigue reivindicando la función de distinguir entre «orden y caos, ley y anarquía, ciudadano y homo *sacer*, pertenencia y exclusión, producto útil (=legítimo) y residuo» (Bauman 2005b, 49).

Con la perspectiva puesta en la reformulación de la ciudadanía como ciudadanía cosmopolita, podemos entender la propuesta de Luigi Ferrajoli, quien, frente a una situación de fragmentación en el disfrute de derechos y de la misma ciudadanía, defiende la necesidad de una universalización real y efectiva de aquéllos como condición necesaria para sostener la legitimidad de los sistemas políticos de Occidente (Ferrajoli 1999, 118). De esta forma, y más en concreto, el profesor italiano apuesta por el establecimiento de un «constitucionalismo mundial». Es decir, se trataría de romper la frontera creada entre derechos del hombre y derechos del ciu-

---

viene recoger que la edición que utilizamos de esta obra de Kant, donde el trabajo citado se traduce como *Sobre la paz perpetua*, contiene además de otros ensayos del de Königsberg, un prólogo con apuntes sobre la propuesta pacifista y cosmopolita de Kant, cfr. Garrido (2005, 12-9).

<sup>21</sup> «En términos democráticos, el extranjero se define como la persona que carece de autoridad para participar en el ejercicio del poder político. (...) Siguiendo la apreciación rawlsiana hacia la esclavitud como «socialmente muertos» (...) puede afirmarse que hoy día los extranjeros están «políticamente muertos», puesto que tienen unos canales públicos muy limitados para participar en las sociedades donde viven legalmente» (Zapata 1998, 31).

dadano, de tal manera que se accediese a la desestatalización y desnacionalización de la ciudadanía y los derechos, consiguiendo con ello revertir la dinámica que convierte a la ciudadanía en un status privilegiado y barrera de exclusión. En resumen, lo que propone Ferrajoli es trasladar el sujeto titular de los derechos del ciudadano a la persona, «reconociendo a todos los hombres y mujeres del mundo, exclusivamente en cuanto personas, idénticos derechos fundamentales» (Ferrajoli 1999, 116-9)<sup>22</sup>.

Esta ciudadanía universal o cosmopolita, de la que autores como Beck, Held o Falk han propuesto diferentes realizaciones, precisa, no obstante, de algunas consideraciones que permitan acercarnos a la ciudadanía que, según creo, sirve mejor a la legitimidad democrática de las sociedades multiculturales. En primer lugar, conviene no dejar de lado que, como plantean, entre otros, Edgar Morin o Kymlicka, aun admitiendo un horizonte cosmopolita, sin embargo, hoy y a medio plazo, toda política debe tener en cuenta el contexto del Estado-nación<sup>23</sup>. Sin embargo, eso sí, se trata de un contexto determinado por una realidad que, como hemos venido insistiendo, no puede ser pensada en clave de uniformidad y homogeneidad. Lo que nos lleva a que, junto a lo anterior, en segundo lugar y más importante, hay que recoger que la ciudadanía cosmopolita debe ser corregida como ciudadanía diferenciada. Con ella se intenta evitar el peligro de etnocentrismo hacia donde puede deslizarse una ciudadanía universal que en su defensa de la igualdad conlleve la imposición de un determinado modelo cultural, el de la mayoría, sobre los demás. Iris. M. Young nos advierte de este riesgo y sugiere la necesidad de rescatar la ciudadanía y su ejercicio político de cualquier intento de echar tierra sobre las particularidades y la diferencia, pues tras ello,

---

<sup>22</sup> Resulta interesante, para apreciar el valor de la propuesta, recoger el comentario final que el mismo Ferrajoli realiza: «No niego que semejante perspectiva de universalización tiene hoy el sabor de la utopía jurídica. Pero la historia del derecho es también una historia de utopías (mejor o peor) convertidas en realidad. (...). No menos irreal ni ambicioso, por lo demás, debió parecer hace dos siglos el desafío a las desigualdades del *Ancient Régime* contenido en las primeras Declaraciones de derechos, y la utopía que en aquella época alentó la ilustración jurídica y, más tarde, toda la historia del constitucionalismo y de la democracia» (Ferrajoli 1999, 119).

<sup>23</sup> Por ejemplo, en este sentido, Kymlicka, aunque se confiesa de acuerdo con muchos de los planteamientos de Held en relación a una «democracia cosmopolita», mantiene abierto un cierto margen para el optimismo en torno a la ciudadanía nacional, Kymlicka (2003, 373-86); mientras que Morin defiende, en un plano más psíquico-afectivo, que la nacionalidad tiene unas raíces profundas que la presentan como «una cristalización de la necesidad de identidad» propia de la persona, Morin (2002, 83-4).

según denuncia, no se esconde sino un intento por conservar una situación de dominio basada en la diferencia. Acertadamente, Young expone cómo el intento de alcanzar el *mito* imparcial e igual de la ciudadanía universal tiende a suponer una exclusión, o a poner en desventaja, a determinados grupos en virtud de su diferencia, aun poseyendo un estatus formal de ciudadanía, lo cual le lleva a reivindicar una ciudadanía diferenciada en función del grupo (Young 1996, 106-7).

En este sentido, la ciudadanía diferenciada significa una vía de realización de la ciudadanía acorde con la pluralidad de nuestras sociedades y cuyo principal objetivo es corregir la situación de desventaja provocada por la diferencia. Para ello, pretende visibilizar la presencia de los grupos existentes en el interior de las sociedades y servir a la expresión de sus necesidades e intereses, siempre, eso sí, con la limitación de que en ningún caso esta atención a la diferencia puede suponer un menoscabo de los derechos fundamentales del individuo. Esto es, responde a un modelo en el que «cada uno cuenta como tal, en la discusión, confrontación e impulso de proyectos colectivos»; para lo cual se exige «superar la neutralización de las diferencias y la invisibilidad de todos aquellos con quienes no se ha contado a la hora de construir el pluralismo». Esta ciudadanía ha de ser pensada, así, como un espacio para el reconocimiento del otro y como tal para facilitar la plena participación de quienes integran una sociedad. Con este modelo de ciudadanía se hace posible, de este modo, la combinación del derecho a la inclusión y, a la vez, a un tratamiento diferente; se consigue un equilibrio entre igualdad y diferencia (Añón 1998 y 2001)<sup>24</sup>.

##### 5. De «Nosotros» y «los extraños» a «la vida en común»

Uno de los desafíos más importantes de nuestras sociedades, de sus democracias y de sus modelos de ciudadanía, reside en tomar en serio

---

<sup>24</sup> Con lo arriba señalado, lo que se está poniendo también de manifiesto es el error en creer que toda opción cosmopolita, en tanto que basada en la idea de una comunidad de iguales, supone la negación de las identidades particulares. Cfr. Nussbaum (1999, 19-20 y 163-4); Appiah (1999, 33-42); y García Inda (2003, sobre todo, 97-104). En un sentido similar, la «ciudadanía diferenciada» también pone sobre la mesa la debilidad del planteamiento propio del liberalismo según el cual el reconocimiento de la diferencia conlleva un peligro para el mantenimiento de la cohesión social, en tanto que puede suponer la ignorancia de unos objetivos compartidos. Cfr. al respecto, Kymlicka (1996).

el pluralismo y el multiculturalismo que les caracteriza. Sin embargo, no va a resultar extraño que nos encontremos con lecturas del multiculturalismo rodeadas de una cierta perversión ideológica del tipo de las que denuncia Bauman. Para éste, se impone un multiculturalismo lleno de trampas, de acuerdo al cual consideramos al «extraño», al extranjero, al otro, como un mero «proveedor de placer», del que se puede prescindir a voluntad del consumidor; un sujeto invisible a los espacios de poder, o como decíamos antes, un *súbdito* más que un ciudadano<sup>25</sup>. Este multiculturalismo, el dominante, funciona sobre la base de la estratificación y la desigualdad, uno consume y otro provee, lo cual determina que la relación, el reconocimiento del otro, sólo tenga lugar cuando el consumidor lo desee, negando así la posibilidad a establecer una relación de reconocimiento mutuo en situación de igualdad.

Se trataría de un multiculturalismo que, afectado por la incertidumbre e inseguridad de nuestras sociedades, ha desembocado en un «multicomunitarismo» en el que las diferencias culturales, sean del grado que sean, se utilizan como «materiales de obra en la frenética construcción de muros defensivos y rampas de lanzamiento de misiles». De esta forma, se produce un refuerzo de la propia identidad, del «nosotros», a costa de mantener limpias e inexpugnables las barreras que nos separan de «ellos»; es decir, seguridad y aislamiento. Como continúa este autor, «la «cultura» se convierte en sinónimo de fortaleza asediada, y en una fortaleza sitiada se exige a sus habitantes que manifiesten diariamente su lealtad inquebrantable y que se abstengan de cualquier trato familiar con los de fuera» (Bauman 2003a, 166).

Este proceso de refugio y refuerzo identitario se produce con más intensidad a partir del 11 de septiembre; no siendo difícil que en este marco el multiculturalismo acabe desembocando en una situación como la denunciada por Beck, en el sentido de que desde el rechazo del esen-

---

<sup>25</sup> «Los extraños llevan restaurantes que prometen experiencias inusuales y excitantes a las papilas gustativas, venden objetos misteriosos y de aspecto curioso adecuados como tema de conversación en la siguiente fiesta, ofrecen servicios que otras personas no se dignarían o se rebajarían a prestar, proporcionan detalles de sabiduría refrescantemente distintos de la rutina y el aburrimiento. Los extraños son personas a las que uno paga por los servicios prestados y por el derecho a prescindir de sus servicios una vez que ya no aportan placer. En ningún momento los extraños comprometen la libertad del consumidor con sus servicios. Como el turista, el patrón, el cliente, el consumidor de servicios es siempre el que manda: exige, establece las reglas y, sobre todo, decide cuándo empieza y cuándo acaba el encuentro» (Bauman 2001, 107).

cialismo de la homogeneidad nacional se acabe en otro «esencialismo» que nos aboque a una guerra de identidades y de culturas (Beck 2005, 95-6). Así, este multiculturalismo nos remite a toda una política de cierre de fronteras, reales e «imaginarias», y a un rechazo del «otro» que está teniendo lugar desde siempre, pero que en el 11 de septiembre ha encontrado la coartada perfecta. Al hilo del análisis de cómo el 11 de septiembre ha puesto sobre la mesa la desaparición de la división dentro-fuera, y de que eso ha dejado sin sentido los tradicionales tratamientos «antropofágicos» y «antropoémicos» que los Estados-nación en el ejercicio de su soberanía dispensaban a los forasteros, Bauman dice: «En estas circunstancias, el ataque terrorista del 11 de septiembre fue un regalo para los políticos. Además de las usuales acusaciones de que viven a costa del bienestar de la nación y de que usurpan puestos de trabajo, se acusa ahora a los refugiados de desempeñar un papel de «quinta columna» a favor de la red global del terrorismo. A fin de cuentas, existe un motivo «racional» y moralmente inobjetable para capturar, encarcelar y deportar a la gente cuando uno ya no sabe cómo ocuparse de ella» (Bauman 2004, 140-3)<sup>26</sup>.

Por el contrario, la supervivencia de las sociedades a medio y largo plazo exige que se piensen estrategias que, a partir de la recuperación de la confianza, contribuyan a la «vida en común»; estrategias en las que se rompa con las lógicas de segregación que han hecho de nuestras ciudades espacios estratificados en los que se vive en compartimentos estancos, perfectamente esquivables, y definidos por identidades que no se reconocen unas a otras, o, peor aún, si se reconocen lo hacen, en tanto que extraños, como fuente de un «seguro» temor<sup>27</sup>.

En este sentido, junto a iniciativas del tipo de la propuesta por Boaventura de Sousa, de una «hermeneutica diatópica» de los derechos humanos, con la que se defiende la conveniencia de un diálogo intercultural sobre la dignidad humana, a la vez que se intenta superar falsos uni-

---

<sup>26</sup> También parece de interés para entender las políticas actuales sobre este tema las reflexiones que en torno a la consideración de los inmigrantes, y especialmente de los refugiados, como «productos residuales de la globalización» encontramos en Bauman (2005b, 85-122).

<sup>27</sup> «Los extraños son la amenaza encarnada, por lo que personifican vicariamente esa inseguridad que acosa nuestra vida. De una forma extraña pero perversa, su presencia es reconfortante, incluso da seguridad: los temores difusos y dispersos, difíciles de individualizar y denominar, tienen ahora un objetivo tangible en el que centrarse; sabemos donde residen los peligros» (Bauman 2003a, 170).

versalismos reivindicando una concepción mestiza de aquéllos (Santos 2001); merece la pena destacar la necesidad de pensar otras formas de participación política distintas de las que se imponen a través del paradigma liberal y de un modelo, el del Estado-nación, que ya hemos visto anuncia una cierta caducidad. Concretando algo más la realización del paradigma pluralista al que nos hemos referido anteriormente, una vía de búsqueda sobre dónde y cómo poner los cauces para encontrar los lugares comunes donde se produzca el reconocimiento y el entendimiento mutuo podrían ser los encuentros de los Foros Sociales que están teniendo lugar con el referente del Foro Social Mundial de Porto Alegre<sup>28</sup>; pero, especialmente, en este intento de concretar el paradigma pluralista, y también de acceder a nuevas formas de democracia «desde abajo», merece la pena destacar a los presupuestos participativos como un instrumento de fuerte valor simbólico ligado a los citados encuentros.

A través de los presupuestos participativos se puede avanzar en la búsqueda de los citados lugares comunes, en tanto que estas «herramientas» socio-políticas facilitan la recuperación de la democracia como un «círculo de traducción» entre lo público y lo privado<sup>29</sup>. Los presupuestos participativos deben ser comprendidos en el marco de la reivindicación de una democracia republicana de raíz igualitaria, relacionada con las ideas de participación y deliberación, y cuya fundamentación en la conciencia de que «la participación se justifica porque aumenta la calidad de la deliberación y, con ello, «maximiza» las buenas decisiones», actuaría como elemento diferenciador de otros modelos de democracia como el liberal o el republicano elitista (Ovejero 2001, 18-30).

Volviendo con Bilbeny, los presupuestos participativos abren la puerta para que en nuestras realidades multiculturales las sociedades

---

<sup>28</sup> El primer Foro se celebró en enero de 2001, en 2002 el segundo y en 2003 el tercero, todos ellos en Porto Alegre. Posteriormente, inicios de 2004, se celebró en Mumbai, India, el cuarto, y en enero de 2005 se volvió a Porto Alegre, donde tuvo lugar el quinto. Para 2006 estaba previsto celebrar el Foro en tres lugares distintos de Suramérica, África y Asia. Para acceder a información actualizada en relación al Foro es conveniente la consulta a través de internet: [www.forumsocialmundial.org.br/](http://www.forumsocialmundial.org.br/). De la numerosa bibliografía sobre el Foro, puede verse, Sen y Otros (eds.) (2004); y Santos (2005).

<sup>29</sup> Sobre esta idea de la democracia como «círculo de traducción» entre lo público y lo privado, véase Bauman (2001, 227-32). Por otra parte, para conocer en qué consisten y cómo se han puesto en marcha estos presupuestos participativos, puede verse, sobre el caso de Porto Alegre, Santos (2003); y recogiendo distintas experiencias suramericanas y españolas, Ganuza y Álvarez de Sotomayor (coords.) (2003).

sean, como ya hemos apuntado, conversación, y que frente a la neutralidad propia de la indiferencia participen en un proceso de deliberación y diálogo desde el que se reconozca al otro. En este mismo sentido, la citada *batería de emociones colectivas* que nos proporciona el republicanismo de los presupuestos participativos significa un republicanismo que relaciona, frente al liberalismo que fragmenta y al comunitarismo que aísla, un republicanismo que nos sirve para afrontar la complejidad de nuestras sociedades plurales, puesto que «sin rechazar la autonomía del individuo ni del fuero de cada comunidad hace hincapié sobre la naturaleza esencialmente interactiva de toda vida social» (Giner 1998, 12). Es decir, con los presupuestos participativos se puede avanzar hacia una democracia fortalecida por nuevos espacios de decisión, por *lugares comunes* en los que no sólo se realice una cogestión y un control de los recursos públicos a través de una dinámica deliberativa; sino que también nos sirvan para «empoderar» a las personas y, más en concreto, para superar las trampas ya señaladas de un multiculturalismo que nos lleva a considerar al extraño, al extranjero, en una mera relación de consumo como «un proveedor de placer».

Frente al multiculturalismo que separa, estratifica y segrega, pero a la vez actúa con indiferencia frente a la diferencia<sup>30</sup>, con los espacios de encuentro que favorecen los presupuestos participativos se puede invertir este proceso hacia una igualdad y un reconocimiento mutuo. En ellos no hay una cultura dominante que imponga el momento, el lugar y el cómo del encuentro. Más bien ocurre una especie de socialización de la política y a través de ella una universalización del poder, algo que permite responder a las necesidades de nuestras sociedades plurales de forma más adecuada a como lo hacen los hoy insuficientes recursos del paradigma liberal. En otras palabras, se trata de una estrategia que busca la recuperación de la comunidad como comunidad de iguales, como espacio político de «elección libre», donde a través de la vindicación de la reciprocidad como criterio de reconstrucción de las relaciones entre los individuos, nos salvemos de convertirnos en «analfabetos sociales» (Barcellona 1996, 125).

---

<sup>30</sup> En otro trabajo escribe Bauman: «La proclamación de la era multicultural es sin embargo al mismo tiempo una declaración de intenciones: del rechazo a emitir un juicio y a pronunciarse; una declaración de indiferencia, de que nos lavemos las manos ante las nimias disputas sobre cuáles son los modos de vida o los valores que preferimos» (Bauman 2003b, 13).

En definitiva, tomar en serio la pluralidad de nuestras sociedades y sus diferencias no permite seguir leyendo el multiculturalismo de una forma un tanto «engolosinada», cercana a lo que se ha dado en llamar «cosmopolitismo de aeropuerto» o incluso, en cierta medida, al «cosmopolitismo banal»<sup>31</sup>. Este multiculturalismo «con trampa» puede llevar a comprender el mundo como una especie de «grandes almacenes», un «bazar multicultural» al que acude la «élite global» a comprar y de la queda fuera la mayor parte de la población mundial, que atrapada para siempre en sus fronteras, en su identidad y en sus condiciones de vida, se presenta a los ojos de la élite como responsable única de sus problemas (Bauman 2003b, 13; y también 2005a, 203-6). Por el contrario, la opción por una ciudadanía cosmopolita y a la vez diferenciada, y el sustrato político republicano y pluralista sobre el que se define, permite abrir vías para la construcción de una ciudadanía compartida. Se trata de una tarea complicada y exigente, pero como recoge Richard Sennet los actos que vehiculan el reconocimiento de *los otros*, lo que el llama *respeto*, así lo son: «En resumen, la conducta que expresa respeto es a menudo escasa y está desigualmente distribuida en la sociedad, pero el significado del respeto es social y psicológicamente complejo. Como resultado, los actos que vehiculan el respeto —los actos de reconocimiento de los otros— son exigentes y oscuros» (Sennet 2003, 70).

### Bibliografía

- AÑÓN, M.<sup>a</sup> J. (1998): «Ciudadanía diferenciada y derechos de las minorías», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, pp. 43-118.  
 — (2001): «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, pp. 219-70.

---

<sup>31</sup> «El «cosmopolitismo mundial» es un señuelo que afecta a una élite muy pequeña, la que viaja y accede a los mismos medios de comunicación, comparte las mismas costumbres, las mismas prácticas culturales; en síntesis, se trata de un «cosmopolitismo de aeropuerto». (...) *No hay cosmopolitismo, salvo para quienes se benefician con él*. Y el cosmopolitismo es menos una vanguardia que un medio de distinción y jerarquización social» (Wolton 2004, 51-2). Por su parte, Beck se refiere al cosmopolitismo «banal» como un cosmopolitismo «deformado», «inconsciente», «latente», reflejo de cómo los procesos de cosmopolitización se han hecho cotidianos de una forma un tanto banal. Así, Beck habla de un cosmopolitismo convertido en mercancía; de un «brillo de la diferencia cultural» que se vende bien; de un cosmopolitismo banal ligado a todas las formas de consumo; o de un cosmopolitismo que sólo viene a significar el ondear de una bandera (cosmopolita); cfr. Beck (2005).

- APPIAH, K. A. (1999): «Patriotas cosmopolitas», en M. C. Nussbaum, *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, trad. C. Castells, Barcelona: Paidós, pp. 33-42
- BALIBAR, É. (1994): «¿Es posible una ciudadanía europea?», *Revista Internacional de Filosofía Política* 4, pp. 22-40.
- BARCELLONA, P. (1996): *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, 2.ª ed, trad. H. C. Silveira y Otros, Madrid: Trotta.
- BAUMAN, Z. (2001): *La sociedad individualizada*, trad. M.ª Condor, Madrid: Cátedra.
- (2003a): *Comunidad. En busca de seguridad en un mundo hostil*, trad. J. Alborés, Madrid: Siglo XXI.
- (2003b): «Exclusión social y multiculturalismo», *Claves de Razón Práctica* 137, pp. 4-13.
- (2004): *La sociedad sitiada*, trad. M. Rosenberg y E. Zaidenweg, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- (2005a): *Identidad*, trad. D. Sarasola, Madrid: Losada.
- (2005b): *Vidas desperdiciadas. La modernidad y sus parias*, trad. P. Hermita, Barcelona: Paidós.
- BECK, U. (2005): *La mirada cosmopolita o la guerra es la paz*, trad. B. Moreno, Barcelona: Paidós.
- BÉJAR, H. (1999): «El corazón de la república», *Claves de Razón Práctica* 91, pp. 37-42.
- BILBENY, N. (1999): *Democracia para la diversidad*, Barcelona: Ariel.
- (2002): *Por una causa común. Ética para la diversidad*, Barcelona: Gedisa.
- BOTTOMORE, T. (1998): «Ciudadanía y clase social, cuarenta años después», en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares, Madrid: Alianza Editorial, pp. 83-142.
- CARBONELL, M. (2006): «Presentación: ¿Se justifican las fronteras en el siglo XXI?», en W. Kymlicka, *Fronteras territoriales*, trad. K. Pérez, Madrid: Trotta, pp. 9-31.
- CASTELLS, M. (2003): *La era de la información. vol. 2. El poder de la identidad*, 2.ª ed., Madrid: Alianza Editorial.
- COUTU, M. (1999): «Introduction: Droits fondamentaux et citoyenneté», en M. Coutu, P. Bosset, C. Gendreau et D. Villeneuve, *Droits fondamentaux et citoyenneté. Une citoyenneté fragmentée, limitée, illusoire?*, Montréal: Éditions Thémis, pp. 1-20.
- FERRAJOLI, L. (1999): *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibáñez y A. Greppi, Madrid: Trotta.
- (2003): «Libertad e inmigración», trad. C. Yturbe, *Revista Internacional de Filosofía Política* 22, pp. 41-51.
- FRANCISCO, A. de (1999): «Republicanismos y modernidad», *Claves de Razón Práctica* 95, pp. 42-8.

- FRASER, N., y GORDON, L. (1992): «Contrato *versus* caridad: una reconsideración de la relación entre ciudadanía civil y ciudadanía social», *Isegoría* 6, pp. 65-82.
- GANUZA, E., y ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, C. (2003): *Democracia y presupuestos participativos*, Barcelona: Icaria.
- GARCÍA INDA, A. (2003): «El cosmopolitismo y las nuevas fronteras de la ciudadanía», en J. Martínez de Pisón y J. Giró, *Inmigración y Ciudadanía*, Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 91-111.
- GARRIDO, M. (2005): «La revolución política de Kant», en I. Kant, *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, Madrid: Cátedra, pp. 9-19.
- GINER, S. (1998): «Las razones del republicanismo», *Claves de Razón Práctica* 81, pp. 2-13.
- HABERMAS, J. (1998): *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- (2000): *La constelación posnacional. Ensayos políticos*, trad. P. Fabra, D. Gamper y L. Pérez, Barcelona: Paidós.
- (2001): *Más allá del Estado nacional*, 3.<sup>a</sup> ed., trad. M. Jiménez Redondo, Madrid: Trotta.
- KANT, I. (2005): «Sobre la paz perpetua», en Íd., *Ensayos sobre la paz, el progreso y el ideal cosmopolita*, trad. J. Abellán, Madrid: Cátedra, pp. 141-87.
- KYMLICKA, W. (1996): *Ciudadanía multicultural. Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, trad. C. Castells, Barcelona: Paidós.
- (2003): *La política vernácula. Nacionalismo, multiculturalismo y ciudadanía*, trad. T. Fernández y B. Eguibar, Barcelona: Paidós.
- (2006): *Fronteras territoriales*, trad. K. Pérez Portilla, Madrid: Trotta.
- LACASTA, J. I. (2004): «Antipluralismo dominante y pluralismo conveniente», en J. M.<sup>a</sup> Aguirre y J. Martínez de Pisón, *Pluralismo y Tolerancia. La sociedad liberal en la encrucijada*, Logroño: Perla ediciones, pp. 37-55.
- LUCAS, J. de (1994): *El desafío de las fronteras*, Madrid: Temas de hoy.
- (1998): «La ciudadanía multicultural. Problemas jurídicos y políticos», en M.<sup>a</sup> J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas (coords.), *Derecho y Sociedad*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 19-47.
- (2001): «Las condiciones de un pacto social sobre la inmigración», en N. Fernández Sola y M. Calvo García (coords.), *Inmigración y derechos*, Zaragoza: Mira Editores, pp. 33-59.
- (2003): *Globalización e identidades. Claves políticas y jurídicas*, Barcelona: Icaria.
- MARSHALL, T. H. (1998): «Ciudadanía y clase social», en T. H. Marshall y T. Bottomore, *Ciudadanía y clase social*, versión de Pepa Linares, Madrid: Alianza Editorial, pp. 15-82.
- MORIN, E. (2002): *Introducción a una política del hombre*, trad. T. Fernández y B. Eguibar, Barcelona: Gedisa.

- NUSSBAUM, M. C. (1999): *Los límites del patriotismo. Identidad, pertenencia y «ciudadanía mundial»*, trad. C. Castells, Barcelona: Paidós.
- OVEJERO, F. (2001): «Democracia liberal y democracias republicanas. Para una crítica del elitismo democrático», *Claves de Razón Práctica* 111, pp. 18-30.
- (2002): *La libertad inhóspita. Modelos humanos y democracia liberal*, Barcelona: Paidós.
- POCOCK, J. G. A. (2002): *El momento maquiavélico. El pensamiento político florentino y la tradición republicana atlántica*, trad. M. Vázquez-Pimentel y E. García, Madrid: Tecnos.
- RUBIO MARÍN, R. (2002): «El reto democrático de la inmigración ilegal (a la luz del debate actual en España)», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* 36, pp. 173-96.
- SANTOS, B. de Sousa(1999): *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, trad. J. Eraso, Madrid: Ediciones Sequitur.
- (2001): «Las tensiones de la modernidad», trad. M.<sup>a</sup> del Mar Portillo y M. Barberi, en M. Monereo y M. Riera (eds.), *Porto Alegre. Otro Mundo es posible*, Barcelona: El Viejo Topo.
- (2003): *Democracia y participación. El ejemplo del Presupuesto Participativo*, trad. M.<sup>a</sup> del Mar Portillo, Barcelona: El Viejo Topo.
- (2005): *Foro Social Mundial. Manual de uso*, trad. J. Herrera y F. Limpens, Barcelona: Icaria.
- SEN, J. y otros (2004): *Foro Social Mundial: Desafiando Imperios*, Barcelona: El Viejo Topo.
- SENNET, R. (2003): *El respeto. Sobre la dignidad del hombre en un mundo de desigualdad*, trad. M. A. Galmarini, Barcelona: Anagrama.
- SUSÍN BETRÁN, R. (2004): «Revisando tópicos. Diagnóstico y propuesta de tratamiento de las diferencias en las sociedades multiculturales», en J. M.<sup>a</sup> Aguirre y J. Martínez de Pisón (coords.), *Pluralismo y Tolerancia. La sociedad liberal en la encrucijada*, Logroño: Perla ediciones, pp. 161-95.
- VV. AA. (2006): «Inmigración y exclusión social», revista *Sistema* 190-1.
- WOLTON, D. (2004): *La otra mundialización. Los desafíos de la cohabitación cultural global*, trad. I. Agoff, Barcelona: Gedisa.
- YOUNG, I. M. (1996): «Vida política y diferencia de grupo: Un crítica del ideal de ciudadanía universal», trad. C. Castells, en C. Castells (comp.), *Perspectivas feministas en teoría política*, Madrid: Cátedra, pp. 99-126.
- ZAPATA, R. (1998): «Ciudadanía europea y extranjería», *Claves de Razón Práctica* 87, pp. 29-35.
- (2001): «Los contextos históricos de la noción de ciudadanía: inclusión y exclusión en perspectiva», *Anthropos* 191, pp. 23-40.
- (2003): «Inmigración y multiculturalidad: hacia un nuevo concepto de ciudadanía», en J. Martínez de Pisón y J. Giró, *Inmigración y Ciudadanía*, Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 113-27.



## Ciudadanía e inmigración: Marco jurídico en la Unión Europea

Por  
Álvaro A. Sánchez Bravo

**Resumen:** La ciudadanía europea constituye una nueva realidad que articula la relación de los ciudadanos con las instituciones comunitarias y con sus propios Estados. Este elemento emancipador convive, no obstante, con una concepción de los inmigrantes que se ha ido endureciendo en los últimos años, y que definen un panorama contradictorio en esa «comunidad de Derecho» que es la Unión Europea.

**Abstract:** The European citizenship constitutes a new reality that articulates the relation of the citizens with the communitarian institutions and their own States. This emancipator element coexists, however, with a conception of the immigrants that has in the last been become hardened years, and that define a contradictory panorama in that «community of Right» that is the European Union.

### *1. La ciudadanía europea: historia inconclusa*

Desde las declaraciones sobre los derechos humanos del siglo XVIII, la denominación de ciudadano nos remite a un particular status en el que los individuos tienen en el respeto de sus derechos y libertades fundamentales y en el ejercicio democrático del poder la base de su convivencia individual y colectiva.

No obstante esta visión se ve hoy matizada por la superación del modelo estatal, con el surgimiento de determinadas organizaciones internacionales que no sólo modulan las relaciones entre los Estados, sino que, como en el caso de la Unión Europea, influyen sobremanera en la vida y actividades de los ciudadanos de los Estados miembros, a través de normas jurídicas que les vinculan, les afectan y que, en numerosas ocasiones, desconocen.

Para suplir este déficit se constituyó en el Tratado de Maastricht la ciudadanía europea como contravalor de los ciudadanos frente al creciente poder de las instituciones y nomenclaturas comunitarias.

Si las primeras realizaciones de la Comunidad eran de carácter económico, amparadas en la idea de construcción de intereses concretos, lo cierto es que ello enmascaraba un tanto el hecho de que el objetivo de la construcción europea era hacer que los ciudadanos comunitarios vivieran juntos según unas normas y con unas instituciones comunes libremente aceptadas.

Tomando como antecedentes la libertad de circulación prevista en los Tratados comunitarios originarios, se pensó ya en la década de los setenta en la aparición de una ciudadanía europea, señalándose los derechos y obligaciones que habrían de perfilar el estatuto de los ciudadanos comunitarios.

Como ha señalado el propio Parlamento Europeo, siguiendo el ejemplo del concepto de ciudadanía nacional, la ciudadanía de la Unión se debe caracterizar por un vínculo entre el ciudadano y la Unión Europea que venga definido por los derechos, las obligaciones y la participación política de los ciudadanos<sup>1</sup>.

Basada en los denominados Informes Adonnino<sup>2</sup>, el Tratado de la Unión Europea (Tratado de Maastricht), al establecer como objetivo en su art. 2 «*Reforzar la protección de los derechos e intereses de los naciona-*

---

<sup>1</sup> Parlamento Europeo, *Fichas Técnicas sobre la Unión Europea*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1998, p. 61.

Por su parte, la Comisión Europea ha señalado que la idea de la ciudadanía europea no hace referencia a la nacionalidad, sino a los derechos y privilegios de que goza el ciudadano como miembro de una comunidad. Cfr. Comisión Europea, *Europa: Preguntas y Respuestas*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997, p. 9.

<sup>2</sup> El Consejo Europeo de Fontainebleau de junio de 1984 decidió impulsar el acercamiento de la Comunidad a los ciudadanos europeos. A tal efecto, el Consejo encargó a un comité *ad hoc* que indicara de qué modo la Comunidad podría responder «a las expectativas de los pueblos europeos, adoptando las medidas adecuadas para reforzar y fomentar su identidad y su imagen ante los ciudadanos del mundo».

El Comité *ad hoc* «La Europa de los ciudadanos», presidido por el diputado Adonnino, compuesto por representantes de los jefes de Estado y de Gobierno y por el presidente de la Comisión elaboró dos informes para el Consejo Europeo.

En el primero se proponían una serie de medidas concretas que permitirían que el ciudadano se beneficiara individualmente de la libre circulación y del derecho de residencia dentro de la Comunidad.

El segundo informe tenía como objetivo dar a la Comunidad una nueva dimensión política, cultural y social, proponiendo medidas concretas tales como nuevos derechos para los ciudadanos, posibilidades de movilidad para los jóvenes y medidas de promoción de la cultura y de protección de la salud dentro de la Comunidad.

*les de sus Estados miembros, mediante la creación de una ciudadanía de la Unión», otorgó a esta cuestión una importancia capital, que ha encontrado su expresión formal en el art. 17 del Tratado CE, cuando señala:*

1. *Se crea una ciudadanía de la Unión. Será ciudadano de la Unión toda persona que ostente la nacionalidad de Estado miembro. La ciudadanía de la Unión será complementaria y no sustitutiva de la ciudadanía nacional.*
2. *Los ciudadanos de la Unión serán titulares de los derechos y sujetos de los deberes previstos en el presente Tratado.*

Esta ciudadanía, que completa la ciudadanía nacional, está constituida por un conjunto de derechos y deberes vinculados a la ciudadanía de un Estado miembro. Estos derechos y libertades se concretan en:

1. Derecho a la libre circulación y derecho de estancia en el territorio de los Estados miembros (art. 18 Tratado CE).
2. Derecho a ser elector y elegible en las elecciones al Parlamento Europeo en cualquier país de la Unión en el que resida, y en las elecciones municipales en el Estado miembro en que resida, en las mismas condiciones que los nacionales de dicho Estado (art. 19 Tratado CE).
3. Derecho a recibir en el territorio de un tercer país (Estado no perteneciente a la Unión Europea) la protección diplomática y/o consular de cualquier otro Estado miembro, si en el mismo no está representado el Estado miembro del que el ciudadano es nacional, en las mismas condiciones que los nacionales del Estado miembro en cuestión (art. 20 Tratado CE).
4. Derecho de petición ante el Parlamento Europeo en cuestiones que sean competencia de la Comunidad (art. 21 Tratado CE).
5. Derecho de dirigirse a un Defensor del Pueblo nombrado por el Parlamento Europeo facultado para recibir las reclamaciones referentes a mala administración en la acción de las instituciones y órganos comunitarios con exclusión de las instancias jurisdiccionales (art. 21 Tratado CE)<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> Cfr. Comisión Europea e Institut für Europäische Politik, *Europa de la A a la Z. Guía de la integración europea*, Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, Luxemburgo, 1997, pp. 94 y 95.

La ciudadanía implica asimismo, tras la entrada en vigor, del Tratado de Maastrich: el derecho a ponerse en contacto con las instituciones europeas en una de las lenguas oficiales y a recibir una respuesta redactada en esa misma lengua (art. 22 Tratado CE) y el derecho a acceder a los documentos del Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión, a reserva de la fijación de determinadas condiciones (art. 225 Tratado CE).

Por su parte, La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea<sup>4</sup>, constituye, como indican sus promotores, la síntesis de los valores comunes de los Estados miembros de la Unión Europea. Su objetivo se explica en el Preámbulo: *«Por ello es necesario, dotándolos de mayor presencia en una Carta, reforzar la protección de los derechos fundamentales a tenor de la evolución de la sociedad, del progreso social y de los avances científicos y tecnológicos.... Al instituir la ciudadanía de la Unión y crear un espacio de libertad, seguridad y justicia, sitúa a la persona en el centro de su actuación»*. Su capítulo V está dedicado a la Ciudadanía (arts. 39-46), y recoge los derechos ya enunciados anteriormente.

Estos derechos y libertades se incorporaron, asimismo, al Tratado por el que se establece una Constitución para Europa<sup>5</sup> (art. I-10), cuyos avatares, conocidos por todos, exoneran de cualquier otra reflexión.

Múltiples reflexiones suscitan estos preceptos, y muchas las conclusiones que del mismo pueden extraerse. La mayor parte de las posiciones doctrinales han hecho hincapié en lo novedoso y en lo importante que para los ciudadanos europeos, y para el ejercicio de sus derechos en cuanto tal, supone la inclusión en el Tratado de esta nueva categoría jurídica<sup>6</sup>. Sin cuestionar las aportaciones que desde otros sectores de la ciencia jurídica puedan manifestarse, nosotros desde nuestra modesta perspectiva y ciñéndonos al tema que aquí nos trae deseamos hacer hincapié en aquellos aspectos que consideramos más relevante, y que pueden resumirse en los siguientes:

- a) Pese a lo «europeísta» de la denominación, su determinación efectiva es competencia exclusiva de los Estados miembros.

---

<sup>4</sup> Proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000, DOCE C 364, 18.12.2000.

<sup>5</sup> Tratado firmado en Roma el 29 de octubre de 2004, DOCE C 310, 16.12.2004.

<sup>6</sup> Cfr. por todos, Pérez Vera, E., «La ciudadanía europea en el Tratado de Maastrich», en la obra colectiva *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al Profesor M. Díez de Velasco*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 1123-1147.

Serán los legisladores de los Estados miembros los que, al decidir quiénes son sus nacionales, decidan indirectamente quiénes son ciudadanos europeos. La disparidad de las legislaciones estatales en materia de nacionalidad supone una seria traba a la consecución de esa ciudadanía unitaria.

- b) Los derechos a los que hace referencia el precepto son sólo los recogidos en el texto del propio Tratado y que agrupados fundamentalmente en los artículos 17 a 22 del Tratado CE manifiestan sólo aspectos parciales de esa ciudadanía que se proclama. Unos son la consecuencia lógica de los cambios institucionales introducidos por el Tratado, otros la concretización de determinadas libertades ya recogidas en el derecho comunitario originario.
- c) La restricción del ámbito *ratione personae*. La restricción de la titularidad de los derechos sólo a los ciudadanos comunitarios, olvida la situación de quienes, pese a no ser nacionales de los Estados miembros, residen habitualmente, incluso durante varias generaciones, y desarrollan su actividad profesional y familiar en el territorio comunitario. En el momento actual, tal vez no sea posible esa equiparación; pero si creemos que el Tratado podía haber incluido alguna mención tendente a posibilitar una aproximación.

Este precepto no parece pues indicar con claridad cuál es el estatuto de estos derechos en el ordenamiento jurídico comunitario. Derechos restringidos tanto en su ámbito de aplicación, como en sus los sujetos titulares de los mismos.

- d) La consolidación del déficit democrático de la Unión. Una política que no actúe en interés del ciudadano no tiene legitimidad. No obstante, un proceso político que viene caracterizado por el gran número de ciudadanos a los que afecta, debe superar la discrepancia entre esa afectación y el hecho incontestable de que el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones, al igual que la participación en los procesos democráticos, se concentra casi exclusivamente en el plano nacional.

Parece que se pretenden obviar las medidas de control que impone el Derecho comunitario, y que son fundamentalmente el control político ejercido por el Parlamento Europeo, y el control jurisdiccional que, en su caso, correspondería al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

Como sabemos la Comunidad Europea pretende responder en su estructura organizativa a un modelo más o menos próximo al de separación de poderes. Ello implica que deben articularse una serie de garantías, entre la que destaca la publicidad y motivación de las actuaciones desarrolladas por las instituciones comunitarias. Ello supone un conocimiento por parte de los ciudadanos de las decisiones que les afectan; y les permitirá, en su caso, accionar contra las mismas cuando consideren que son lesivas para sus derechos. No podía ser de otro modo en una comunidad, que como la ha calificado el propio Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, es una «*Comunidad de Derecho*». Se rompe así con esa idea de «separación de poderes», que constituyó desde sus orígenes el marco institucional de la acción comunitaria.

e) Ciudadanía y derechos humanos.

Como ha constatado el lector la cuestión de los derechos humanos y la ciudadanía, como no podía ser de otra manera, se imbrica en los diversos textos y Tratados comunitarios. Textos que son la reproducción casi literal de otros anteriores. Pero la cuestión fundamental estriba en determinar si verdaderamente se produce esa conexión. La respuesta debe ser desgraciadamente negativa, pues como venimos indicando, la cuestión de la nacionalidad europea vinculada a una atribución exclusiva a los nacionales de los Estados miembros, casa bien poco con las concepciones universalistas que deben presidir la reflexión sobre estatuto de los derechos humanos.

A mayor abundamiento, el Preámbulo de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea establecía la conexión entre la ciudadanía europea y la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia común. Es decir, la ciudadanía se vincula a la creación de la «Europa fortaleza». Todos unidos frente al exterior. Lo europeo frente al mundo. ¿De qué personas estamos hablando? Obviamente si solo los ciudadanos de los estados miembros son ciudadanos europeos, solo ellos gozarán de las ventajas de ese «idílico» espacio común de libertades, que se crea precisamente para defenderse frente al «enemigo exterior». Cabe, pues cuestionarse, ¿es esto defensa de los derechos humanos? Todo ello en un marco jurídico donde las cuestiones del espacio común de libertad, justicia y seguridad, el famoso Tercer Pilar, queda organiza-

do desde la cooperación intergubernamental, obviando los controles democráticos de la Unión, y afianzando el «déficit democrático» que venimos denunciando.

Por lo tanto, el imponente aparato terminológico utilizado por el legislador comunitario no enmascara la ausencia de una regulación coherente y pertinente a la entidad del proceso de construcción de la unidad europea, y muestra, una vez más, que en materia de derechos humanos, una cosa es legislar y otra, reconocerlos y protegerlos para «todos»<sup>7</sup>.

Ahora bien, las deficiencias apuntadas no han sido ajenas a la labor de determinadas instituciones comunitarias, que han visto en estas regulaciones no el punto y final de la cuestión, sino sólo un punto de partida que es mejorable.

El Consejo Europeo celebrado los días 4 y 5 de noviembre de 2004 refrendó el *Programa Plurianual de La Haya* de consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia<sup>8</sup>. El Programa de La Haya sucede al *Programa de Tampere*, refrendado por el Consejo Europeo los días 15 y 16 de octubre de 1999.

Sus objetivos estratégicos se refieren específicamente al desarrollo de una asociación con objeto de consolidar un espacio de libertad, seguridad y justicia. Entre los objetivos de a) consolidar la libertad, b) consolidar la seguridad, y c) consolidar la justicia, las diez prioridades fundamentales identificadas por la Comisión pueden resumirse del siguiente modo: *(1) Derechos fundamentales y ciudadanía: crear políticas de gran alcance. Garantizar el pleno desarrollo de las políticas que controlen y fomenten el respeto de los derechos fundamentales para todo el mundo y de las que enriquezcan el contenido de la ciudadanía... En todos estos ámbitos se prevén medidas destinadas a mejorar el ejercicio de los derechos de ciudadanía de los ciudadanos de la UE.*

Se constata en esta reciente iniciativa como la cuestión de la ciudadanía y de los derechos humanos no está resuelta en la Unión, y

---

<sup>7</sup> Vid. Sánchez Bravo, A. «La recepción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico comunitario: la opción de las tres vías», en *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, n.º 12, pp. 141-179; y «La Interpretación en el Derecho Comunitario Europeo: la relevancia de los Principios Generales del Derecho», en *Boletín de la Facultad de Derecho. UNED*, n.º 3, pp. 269-292.

<sup>8</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO. Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia, COM (2005) 184, Bruselas, 10.05.2005.

como la conexión de la ciudadanía con el espacio común de libertad, seguridad y justicia no parece ser el marco más apropiado para su salvaguarda.

## 2. *Inmigración en la Unión Europea: el camino hacia una «política común»*

La cuestión de la inmigración y la extranjería constituye una cuestión capital en el diseño de la política de la Unión Europea. Se trata de un fenómeno en expansión que afecta a todos los países de la Unión. Sin embargo su intensidad de flujo, dimensión, formas de llegada y características de los inmigrantes presentan notables diferencias entre cada uno de los Estados<sup>9</sup>.

Es por ello que con la ampliación de los objetivos de la Unión se planteaban también nuevos retos y desafíos a los que había que dar solución. Uno de estos desafíos, lo constituye la inmigración.

Sin detenernos en todas las concretas regulaciones y Acuerdos vinculados (v.g. Schengen<sup>10</sup>) sí nos detendremos en los principales hitos y en las novedosas propuestas que configuran la política de inmigración en la Unión Europea.

El Tratado de Ámsterdam institucionalizó la cuestión de la inmigración y del asilo como competencia de la Unión Europea. El citado art. 2 del Tratado de la Unión cita entre los objetivos de ésta «*Mantener y desarrollar la Unión como un espacio de libertad, seguridad y justicia, en el que esté garantizada la libre circulación de personas conjuntamente con medidas adecuadas respecto al control de las fronteras exteriores, el asilo, la inmigración y la prevención y la lucha contra la delincuencia*».

Para la consecución de estos objetivos se articularon una serie de medidas respecto al control de las fronteras exteriores de la Unión que aparecen recogidas en los arts. 61 a 69 del TCE, bajo la denominación de «*Visados, asilo, inmigración y otras políticas relacionadas con la libre circulación de personas*»

---

<sup>9</sup> <http://www.ligaprodechoshumanos.org/politica/inmigracion.html>

<sup>10</sup> Sobre el Acuerdo de Schengen, vid. Sánchez Bravo, A., *La protección del derecho a la libertad informática en la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1998.

Puede determinarse, por tanto, que por primera vez el Tratado de Ámsterdam comunitariza las políticas de inmigración, creando unas normas homogéneas y unas formas de actuación que vinculan a todos los Estados miembros. Ahora bien, para no infundir a error, conviene reseñar que la Unión no ha definido una política general de extranjería, sino la intervención en determinados campos, pues la competencia del sistema básico de extranjería sigue perteneciendo a cada uno de los Estados miembros.

El Consejo Europeo de Tampere (Finlandia) de octubre de 1999, estableció la necesidad de una política coordinada de asilo e inmigración, la emisión de visados y la gestión de las fronteras exteriores de la UE. En la práctica implica una estrecha colaboración entre fuerzas nacionales de policía, funcionarios de aduanas y de inmigración y los tribunales.

Con ocasión del Consejo Europeo de Tampere, los Estados miembros afirmaron que los derechos de los nacionales de terceros países con residencia legal en un país miembro de la Unión Europea deberían ser lo más cercanos posible a los de los ciudadanos europeos (punto 21 de las conclusiones). La Comisión presentó al respecto una iniciativa relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración<sup>11</sup>.

Otro hito importante en la definición de la política común de inmigración lo constituyó el Consejo Europeo de Sevilla, junio de 2002, donde estas cuestiones tuvieron una consideración más en profundidad.

La lucha contra la inmigración ilegal fue el tema principal de los debates que tuvieron lugar en dicho Consejo. Los Estados miembros se comprometieron a activar la ejecución del programa adoptado en Tampere desarrollando de una política común sobre asilo e inmigración, cuestiones diferenciadas pero estrechamente ligadas.

Los Estados miembros determinaron una serie de asuntos prioritarios, como son: el establecimiento de un sistema común de identificación de los datos de visados, la conclusión de acuerdos de readmisión con los terceros países y la creación de una red de funcionarios de enlace de inmigración. Una visión global y equilibrada de la política de inmigración implica que ésta se integre en el diálogo político que la Unión Europea desarrolla con los países de origen y de tránsito. De hecho, el Consejo está convencido de que solamente una gestión conjunta de los

---

<sup>11</sup> <http://europa.eu.int/scadplus/leg/es/lvb/l14001.htm>

flujos migratorios entre la Unión y los terceros países podrá garantizar el desmantelamiento de las redes de traficantes de seres humanos.

El Consejo solicitó por tanto que: a) todo futuro acuerdo de cooperación o de asociación con un tercer país contenga una cláusula sobre la gestión común de los flujos migratorios y sobre la readmisión obligatoria; b) se evalúen periódicamente las relaciones con los terceros países que no colaboran en la lucha contra la inmigración ilegal. A este respecto, está previsto aplicar un mecanismo que permita constatar la falta injustificada de cooperación. El Consejo podrá constatar, por unanimidad, la falta de colaboración y adoptar a continuación medidas en el marco de la política exterior y de seguridad común (PESC). En cualquier caso, la Unión deberá respetar los compromisos contraídos y los objetivos de la cooperación para el desarrollo.

Por su parte, la cumbre de Salónica, julio de 2003, concluyó que el desarrollo de las políticas comunes en este campo debe implicar la armonización de la documentación exigida para el acceso de nacionales de terceros países, la unificación de los documentos de identificación de los nacionales comunitarios, y la puesta en marcha de un sistema común de información. Asimismo debería mejorarse la colaboración en los dispositivos materiales de control de las fronteras exteriores.

Otro aspecto relevante lo constituyó el llamado a la implementación de una política común de repatriación de los residentes ilegales.

Pero el punto, sin duda, más relevante lo constituyó el programa de diálogo y acción con terceros países en el ámbito de las migraciones. Así se expresaba el Consejo: *«En el contexto de la integración de las cuestiones relacionadas con la inmigración en las relaciones de nuestra Unión con terceros países, el Consejo Europeo confirma que el diálogo y la acción de la Unión con terceros países en el ámbito de las migraciones debería formar parte de un planteamiento global integrado, general y equilibrado, con diferenciaciones en función de la situación del momento en las diferentes regiones y en cada país asociado de que se trate. A este respecto, el Consejo Europeo reconoce la importancia de establecer un mecanismo de evaluación para el seguimiento de las relaciones con terceros países que no cooperan con la Unión Europea en la lucha contra la inmigración ilegal, y considera que los siguientes puntos tienen una importancia fundamental:*

- *la participación en los instrumentos internacionales pertinentes en este ámbito (por ejemplo, las convenciones sobre derechos*

*humanos, la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados modificada por el Protocolo de Nueva York de 31 de enero de 1967, etc.);*

- *la cooperación de terceros países en la readmisión/repatriación de sus nacionales y de nacionales de terceros países;*
- *los esfuerzos realizados en el control de las fronteras y la interceptación de inmigrantes ilegales;*
- *la lucha contra la trata de seres humanos, incluida la adopción de medidas legislativas y de otro tipo;*
- *la cooperación en la política de visados y la posible adaptación de sus regímenes de visado;*
- *la creación de regímenes de asilo con referencia específica al acceso a una protección efectiva, y*
- *los esfuerzos realizados en materia de redocumentación de sus nacionales.»*

Como se observa un ambicioso y detallado programa sobre cuya efectividad volveremos posteriormente.

El *Programa Plurianual de La Haya* de consolidación del espacio de libertad, seguridad y justicia (2004), incluyó entre sus prioridades la de definir un enfoque equilibrado de la gestión de la inmigración legal y de la inmigración clandestina.

Recientemente el Consejo Informal de Hampton Court (27 de octubre de 2005) que se había reunido para debatir sobre los riesgos y oportunidades de la globalización se detuvo, de entre los cinco temas propuestos, en la inmigración.

La percepción de los ciudadanos europeos de que la inseguridad crece a medida que crece la inmigración, junto a los problemas acaecidos en las fronteras de Ceuta y Melilla, y en las principales ciudades de Francia, llevo a los Estados miembros, a la elaboración de un nuevo plan de acción para intentar solucionar la cuestión de la inmigración ilegal<sup>12</sup>.

Las medidas que incluyen el Plan son:

- Lograr un control más efectivo e integrado de las fronteras externas.
- Concluir, por parte de la Unión acuerdos de readmisión, en sus países de origen, de los inmigrantes llegados ilegalmente.

---

<sup>12</sup> *Europa Junta*. Revista de información sobre la Unión Europea, n.º 110 septiembre-octubre 2005, p. 1.

- Incorporar políticas de apoyo a la gestión de la inmigración en las relaciones comunitarias tanto con los países vecinos de la UE como con los países de donde proceden los inmigrantes.
- Ampliar la cooperación al desarrollo del África subsahariana, para resolver los problemas en origen.

Asumiendo las propuestas de Hampton Court, la Comisión Europea presentó el 30 de noviembre de 2005 una serie de medidas prioritarias en respuesta a los retos de la inmigración.

La Comunicación recoge las iniciativas de la Comisión en materia de inmigración, que se pondrán en práctica en el marco de las actividades de la Comisión en los ámbitos del desarrollo, las relaciones exteriores —en particular, la Política europea de vecindad—, la libertad, la seguridad y la justicia.

Al presentar la Comunicación, los tres Comisarios competentes, el Vicepresidente Franco Frattini, Comisario de Justicia, Libertad y Seguridad, la Comisaria Benita Ferrero-Waldner, responsable de las Relaciones Exteriores y la Política europea de vecindad, y el Comisario Louis Michel, a cargo del Desarrollo y la Ayuda Humanitaria, han subrayado que *«si se gestiona correctamente, la inmigración puede resultar beneficiosa tanto para la UE como para los países de origen. Por el contrario, la inmigración clandestina y, en particular, la trata de seres humanos, pueden provocar tragedias humanas. La Comisión se ha comprometido a intensificar los esfuerzos para colaborar con los países socios y poner en práctica su ambiciosa política de desarrollo con objeto de atajar las causas profundas de la emigración, es decir, la pobreza, las escasas perspectivas laborales y la falta de respeto de los derechos humanos. La Comisión está creando asociaciones con los países de origen y de tránsito, en regiones cercanas o alejadas, para abordar estos problemas»*.

Los Comisarios consideran asimismo que *«es importante hacer un uso mejor y más coordinado de los instrumentos disponibles, aunando nuestras competencias respectivas para tratar los aspectos relativos a la seguridad, el desarrollo y los derechos humanos de una cuestión tan compleja»*.

Pese al considerable esfuerzo realizado para gestionar los flujos migratorios procedentes del Este, los recientes acontecimientos de Ceuta y Melilla y la situación en Malta y Lampedusa indican claramente la necesidad de intervenir urgentemente en la gestión de las migraciones

en la Cuenca Mediterránea, y en particular en África, aspecto en el que se centra la Comunicación.

Al tiempo que reconoce el carácter mundial del fenómeno migratorio, la Comunicación recoge tres líneas de intervención:

- la intensificación de la colaboración y la actuación de los Estados miembros en el ámbito de la inmigración; la Comunicación propone, entre otras cosas, que la UE estudie la viabilidad de crear un sistema de vigilancia y una red mediterránea de guardacostas que abarquen todo el Mar Mediterráneo y proporcionen los instrumentos necesarios para detectar la inmigración clandestina y evitar la pérdida de vidas humanas en el mar; gracias a la agencia FRONTEX, de reciente creación, la UE dispone de un instrumento necesario para intensificar de forma decisiva la cooperación operativa, motivo por el cual la Comunicación propone que dicha agencia participe en la coordinación de las actividades de vigilancia;
- la colaboración con los principales países africanos de origen; la UE debería ante todo seguir contribuyendo a la reducción de la pobreza; sin embargo, también es importante que los Estados miembros de la UE y los principales terceros países desarrollen conjuntamente una estrategia y una cooperación operativa entre los países de origen, de tránsito y de destino con objeto de gestionar de manera más eficaz los movimientos migratorios a lo largo de las rutas principales; ese diálogo, que se basaría en la solidaridad y se desarrollaría en un espíritu de asociación, podría referirse a iniciativas destinadas a contribuir al éxito de la migración legal y a una lucha más eficaz contra la inmigración clandestina y la trata de seres humanos;
- la colaboración con los países vecinos; los socios Euromed deben intensificar su labor, con espíritu de asociación constructiva, para mejorar la gestión de las migraciones; gracias al marco político establecido, la UE colaborará con los países norteafricanos para ayudarlos no sólo a mejorar la gestión de los flujos migratorios, los movimientos de refugiados y la lucha contra la trata de seres humanos, sino también a fomentar vías legales de emigración; la UE respaldará a esos países poniendo a su disposición expertos técnicos, incrementando el recurso a los programas de hermanamiento, proporcionando formación, equipos (cuando sea

necesario) y ayuda financiera a las iniciativas de los socios mediterráneos de la UE; los socios euromediterráneos ya han aprobado e incluido gran parte de estas medidas en el Programa de trabajo quinquenal adoptado en la Cumbre de Barcelona celebrada el 28 de noviembre<sup>13</sup>.

La Comisión supervisará las iniciativas propuestas e informará al Consejo de los primeros resultados antes de que finalice el año 2006<sup>14</sup>.

El Consejo Europeo de Bruselas, celebrado el 15 y 16 de diciembre, en sus conclusiones relativas al «enfoque global de la inmigración», ha manifestado que *«observa que las cuestiones relacionadas con la migración adquieren una importancia creciente para la UE y sus Estados miembros y que la reciente evolución de los acontecimientos ha conducido a un incremento de la inquietud de la población en varios Estados miembros. Subraya la necesidad de contar con un enfoque equilibrado, global y coherente, que abarque medidas orientadas a luchar contra la inmigración ilegal y aproveche, en cooperación con terceros países, los beneficios de la migración legal. Recuerda que las cuestiones relacionadas con la migración constituyen un elemento central de las relaciones de la UE con una extensa variedad de terceros países, que son, en particular, los de las regiones limítrofes de la Unión, esto es, las regiones del este, el sudeste y el Mediterráneo, y advierte de la importancia de garantizar que se asigne a estas medidas el nivel adecuado de recursos financieros. La UE reforzará su diálogo y su cooperación con todos estos países sobre las cuestiones relativas a las migraciones, entre ellas la de la gestión de los retornos, en un espíritu de asociación y habida cuenta de las circunstancias de cada país afectado.*

*El Consejo Europeo insiste en que el compromiso de la Unión Europea de apoyar los esfuerzos de desarrollo de los países de origen y tránsito forma parte de un proceso prolongado de respuesta a las posibilidades y a los desafíos de la emigración, como se pone de relieve en el*

---

<sup>13</sup> 10.º Aniversario de la Cumbre Euromediterránea, Barcelona, 27 y 28 de noviembre de 2005, Programa de trabajo quinquenal:

[http://ue.eu.int/ueDocs/cms\\_Data/docs/pressData/en/er/87165.pdf](http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/en/er/87165.pdf)

<sup>14</sup> IP/05/1500, 30/11/2005.

<http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/05/1500&format=HTML&aged=0&language=ES&guiLanguage=en#fn1>

*Programa de La Haya. A este respecto, el Consejo Europeo reconoce la importancia de atacar las raíces de la emigración, por ejemplo mediante la creación de posibilidades de sustento y la erradicación de la pobreza en los países y regiones de origen, la apertura de los mercados y el fomento del crecimiento económico, el buen gobierno y la protección de los derechos humanos.*

*Dentro de este proceso general, el Consejo Europeo celebra la comunicación de la Comisión de 30 de noviembre de 2005, relativa a las medidas prioritarias para afrontar los retos relacionados con las migraciones, y adopta la «Visión global de la emigración: actuaciones prioritarias centradas en África y en el Mediterráneo» aneja a las presentes conclusiones, y que abarca los ámbitos siguientes:*

- *fortalecimiento de la cooperación y la actuación entre los Estados miembros;*
- *incremento del diálogo y la cooperación con los Estados africanos;*
- *incremento del diálogo y la cooperación con los países vecinos, abarcando la totalidad de la Región mediterránea;*
- *así como las cuestiones relativas a la financiación y a la aplicación.*

*El Consejo Europeo insta a la Comisión a que vuelva a informarle, antes de finales de 2006, sobre los avances logrados.*

Lo hasta aquí expuesto pone de manifiesto el azaroso camino que las instituciones comunitarias han recorrido en su búsqueda de una política común en materia de inmigración. Los loables esfuerzos tienen un común denominador: la aparente política común se revela más bien como una política de contención y de devolución, más que de integración de los nacionales de terceros países.

Como es fácilmente constatable las previsiones de Tampere no han sido más que papel mojado, pues la cuestión de la inmigración ha quedado vinculada con dos conceptos de suyo incompatibles: seguridad y control de las fronteras exteriores. Y esto, además de los acontecimientos acaecidos recientemente (11-S en New York, 11-M en Madrid, atentados en Londres....) por que como llevan reconociendo las propias instituciones comunitarias los ciudadanos europeos perciben la inmigración como un problema, como algo que pone en peligro nuestros sistemas de vida, nuestra cultura, nuestra convivencia.

Europa ha pasado de la consideración de tierras de emigrantes, a tierras de acogida, pero nuestra endeble memoria no ha conseguido asimilar este cambio en tan poco lapso histórico. Somos el primer mundo, y los que vienen, si es que tienen que venir tendrán que hacer lo que nosotros decimos y como nosotros lo decimos.

Parece consolidarse el cambio de paradigma de la concepción de los inmigrantes como seres humanos a la, hoy mayoritaria, concepción que identifica al inmigrante con el delincuente. No resulta baladí detenerse a considerar las veces que en los propios textos comunitarios se vincula la palabra inmigración a la palabra ilegal.

No se considere que pecamos de timoratos o de simplistas. Somos conscientes de la necesidad de regular los flujos migratorios, de la necesidad de salvaguardar la dignidad de las personas que vienen, de la también necesaria cooperación internacional en este campo. Pero no es menos cierto que cuando Europa se blindo, a la vez mira para otro lado respecto a las condiciones de vida y de trabajo, casi esclavo, de cientos de miles de inmigrantes que ya están en territorio comunitario, realizando los trabajos que los «desarrollados» europeos ya no queremos hacer.

Como si no es posible entender que la Europa de los derechos humanos, de la democracia y de la tolerancia, es la misma que diseña políticas de inmigración basadas en el cierre de sus fronteras exteriores, y en la devolución de los ilegales (¿o más correctamente, alegales?) cuyo único delito es huir de la miseria, del hambre, de la muerte...

Se abre paso esa identificación de los inmigrantes con los delincuentes. Pero, ¿qué inmigrantes? Generalmente los procedentes de países subdesarrollados, frente a los otros inmigrantes, Los «nuestros» que viven como nosotros, tienen nuestro mismo color de piel, pero que en algunos casos, si son verdaderos grupos organizados de delincuencia (mafias del Este de Europa, delincuencia económica...).

Se proponen acuerdos con los terceros países para evitar la emigración ilegal y retenerlos en origen, pero estos acuerdos, o bien se realizan con gobiernos dictatoriales que se apropian de las ayudas comunitarias, o bien se limitan a la financiación de medidas policiales y de seguridad que impida la salida de los ciudadanos de esos países.

En la era de la globalización de los mercados, la Unión debe apostar también por la globalización de la dignidad, del derecho a una vida mejor.

Suscribamos acuerdos verdaderamente democráticos con los terceros países que «exportan» mano de obra «esclava», para propiciar la

modificación de sus estructuras sociales, políticas, productivas y culturales, que respetando su idiosincrasia, les permite conseguir un nuevo mundo de libertad, igualdad y justicia.

Como hace ya casi veinte años, señaló la Comisión Europea: *«Traducir Europa en hechos no se reduce únicamente a crear un espacio sin fronteras, sino que se trata asimismo de que los ciudadanos palpen Europa de forma concreta, en su vida cotidiana, en las cosas que les atañen más de cerca, a ellos y a la sociedad de nuestro tiempo, en sus intereses más inmediatos como seres humanos».*



## Etnografía constitucional del Perú: sociedad multicultural y tendencias del Derecho Constitucional

Por  
Pavel H. Valer-Bellota

**Resumen:** Después de la independencia del Perú de la Corona Española a principios del siglo XIX, los vencedores de la contienda se vieron en la necesidad de fundar una sociedad política imaginaria que diera sustento jurídico a la ‘nación peruana’, podría parecer que sólo las naciones originarias o pueblos indígenas habrían podido llenar esta necesidad. Sin embargo, debido al agotamiento político que habían sufrido los grupos indígenas después de las guerras de independencia, el grupo social preeminente criollo/occidental desarrolló un proceso de construcción nacional basado únicamente en sus preceptos culturales y políticos. La constitución del Perú republicano como sociedad política se funda en la realidad post colonial de la historia peruana, y en la relegación jurídica de la diferencia étnica/nacional que atraviesa toda la sociedad a favor de la entronización del criollo como modelo político ‘normal’ de ciudadano. Esta relegación se ha plasmado en los diecisiete documentos constitucionales que han regido la vida del Perú republicano. Este artículo expone, desde una perspectiva socio jurídica, el tratamiento que desde el Derecho Constitucional peruano se ha dado a la multiculturalidad.

**Summary:** After the independence of Peru from the Spanish Crown at the beginning of 19th century, the victorious of the contest met in the need to found an imaginary political society which would give a juridical sustenance to the ‘Peruvian nation’, it might seem that only the original nations or indigenous peoples might have filled this need. Nevertheless, due to the political depletion that the indigenous groups had suffered after the wars of independence, the Creole/western social pre-eminent group developed a process of national construction based only on its cultural and political precepts. The constitution of republican Peru

as a political society is founded on the post colonial reality of the Peruvian history, and on the juridical relegation of the ethnic/national difference that crosses the whole society in favour of the enthronement of the Creole as political 'normal' model of citizen. This relegation has taken form of seventeen constitutional documents that have governed the life of republican Peru. This article exposes, from a socio juridical perspective, the treatment that the Peruvian Constitutional law has given to the multiculturalidad.

### *Introducción*

La sociedad política llamada Perú es eminentemente multicultural, sin embargo, las personas que han elaborado sus constituciones políticas no se han percatado de este hecho sobresaliente e importante. Los constitucionalistas, tradicionalmente, han hecho como si esta realidad multicultural no existiera y han legislado con modelos propios de países culturalmente homogéneos, han convertido en invisible la diferencia que existe entre costa/sierra, ciudad/campo, grupos sociales occidentales/grupos sociales autóctonos. Han olvidado el origen trágico colonial de la historia contemporánea y seguido la tradición constitucional de relegar la diferencia étnica que atraviesa toda la sociedad. Los resultados han sido la invisibilización legal de las nacionalidades y regiones que no fueran criollas u occidentales; el olvido del indio, de su sociedad y su organización política; el olvido del *cholo*<sup>1</sup> y la entronización del criollo como modelo político 'normal' de ciudadano.

Esta invisibilización y la *amnesia jurídica* de nuestros legisladores no es un fenómeno peruano únicamente, sino que se ha presentado en un buen número de Estados, como parte de una gran corriente (liberal) de pensamiento. A pesar de que la mayoría de las comunidades políticas de la historia han sido multiétnicas la mayoría de los especialistas en teoría política han utilizado un modelo idealizado de *polis* en la que

---

<sup>1</sup> *Cholo* es una palabra usada en Perú para referirse al mestizo, hijo(a) de un(a) criollo(a) e indio(a), quien conserva importantes rasgos culturales indígenas. Esta palabra, *cholo*, en algunos contextos sociales ha tenido un significado peyorativo en exclusiva, pero actualmente ha dejado esta exclusividad y ha pasado a ser utilizado como una expresión de la reivindicación del origen social, algunas veces como expresión de orgullo y otras como cariño paternalista.

los ciudadanos comparten unos ancestros, un lenguaje y una cultura común y única<sup>2</sup>.

La invisibilización y el olvido de la diferencia étnica y cultural está en reñida contradicción con la filosofía política contemporánea más avanzada respecto a la diferencia cultural, que en su mayor parte, aunque con diferencias significativas, tiende a garantizar los derechos de los grupos diferenciados culturalmente: las minorías nacionales y los pueblos indígenas.

Este artículo tiene como finalidad exponer desde una perspectiva socio jurídica la relación entre la sociedad multicultural y las tendencias generales del constitucionalismo peruano sobre la multiculturalidad. Con este objetivo describimos la sociedad postcolonial multicultural peruana caracterizada por la existencia de una sociedad compuesta por varios grupos culturales (naciones) en grandes espacios territoriales, y también por diversos grupos étnicos presentes en las grandes ciudades. Resumimos las respuestas que el Estado ha dado a la diferencia cultural. Identifica, a grandes rasgos, las dos tendencias del pensamiento social y político que tienen influencia en el constitucionalismo peruano sobre la diferencia cultural, trazando una propuesta de los períodos que ha atravesado su desarrollo. Finalmente, proponemos algunas ideas para superar la tendencia jurídica cultural de relegación de la realidad multicultural del Perú.

### *1. La sociedad multicultural peruana*

La sociedad multicultural es aquella que alberga dentro de ella diversos grupos humanos que mantienen tradiciones lingüísticas o culturales propias y un sentido de identidad separado, luego de haber sido incorporados a un Estado mediante la conquista o la emigración. Las sociedades políticas denominadas Estados son en mayor número multiculturales, es decir están conformadas o presentan en su territorio grupos de personas con variaciones culturales diferentes al grupo preeminente, están compuestas de grupos étnicos diferentes que tienen una posición

---

<sup>2</sup> «Aun cuando los propios especialistas vivieron en imperios plurilingües que gobernaban numerosos grupos étnicos y lingüísticos, escribieron como si las ciudades-Estado de la antigua Grecia proporcionasen el modelo esencial o estándar de una comunidad política» (Kymlicka; Will (1996): p. 14).

en el entramado social y un rol particular dentro de estas sociedades políticas.

Se puede afirmar que casi todos los Estados en el mundo presentan una composición pluricultural marcada por la existencia de diversos grupos étnicos y naciones. Algunos estudios (Torrisco, 2000, p. 3) afirman que solamente el diez por ciento de los Estados en el mundo presentan formaciones sociales monoculturales, sin embargo este porcentaje de pureza cultural de los Estados actuales podría ser incluso menor si se toman en cuenta los procesos globales de migración que se experimentan crecientemente en el mundo. La multiculturalidad es entonces la característica más general de la realidad global.

El Perú es también un país multicultural. Se aprecia claramente que existen grupos sociales autóctonos y otros provenientes de sociedades de fuera del país. Es un país con una numerosa población originaria. La mayoría de los datos estadísticos encuentran, por ejemplo, que entre el 30 al 50 por ciento de su población es indígena<sup>3</sup>. Los investigadores (Ossio, 1992, p 11) dan cuenta de la existencia de «trece grupos lingüísticos en la Amazonía [...], los campesinos [indígenas] quechuas, aymaras, los descendientes de los mochica, etc.; a quienes se les suman los descendientes de europeos y de algunas culturas africanas y orientales». Estas sociedades participan de manera desigual en los procesos nacionales.

El Perú, es entonces una sociedad en la que se presentan las dos formas básicas de pluralismo cultural: las *minorías nacionales autóctonas* y *los descendientes de europeos o grupos de inmigrantes*. Esta distinción es muy importante porque teniendo en claro qué forma de pluralismo cultural se presenta se pueden aplicar diferentes formas de políticas de reconocimiento de la diversidad cultural.

Siguiendo a Will Kymlicka (1996, p. 25), describiremos a las minorías nacionales como aquellas que han sido incorporadas a la sociedad política mediante la conquista y la colonización de sus sociedades que anteriormente gozaban de autogobierno, y estaban territorialmente concentradas en un Estado mayor. Las culturas incorporadas presentan como característica distintiva el deseo de seguir siendo sociedades distintas de

---

<sup>3</sup> Las estadísticas del Estado consignan que un 30 por ciento de la población habla al menos un idioma indígena, son por lo tanto las que menos cantidad de indígenas reconocen en el territorio peruano. Las estadísticas manejadas desde el exterior hablan de 50 por ciento de población indígena en el Perú.

la cultura mayoritaria de la que forman parte; exigen por tanto diversas formas de autonomía o autogobierno para asegurar su supervivencia como sociedades distintas.

Los grupos de inmigrantes o descendientes de europeos pueden ser descritos como aquellas personas que son sumadas a la sociedad mediante el traslado voluntario o involuntario de personas y familias al territorio del país<sup>4</sup>.

Kymlicka escribe desde Canadá y es claro que sus descripciones sobre las fuentes de pluralismo cultural son hechas desde una experiencia contemporánea de país receptor de grandes corrientes de inmigración internacional. Tal es el caso de los *grupos étnicos* conformados por inmigrantes. Éste fenómeno de la inmigración internacional hacia los países industrializados, que se ha incrementado en las últimas dos décadas, es un fenómeno que recientemente (en términos históricos) importa a los teóricos occidentales. La inmigración de grandes grupos sociales occidentales hacia el Perú es, sin embargo, muchísimo más antigua, se confunde con el origen colonial del Estado actual<sup>5</sup>.

### 1.1. El fenómeno social multicultural en el Perú postcolonial

La realidad del Perú, a diferencia de los países hegemónicos del mundo, está marcada por su carácter de Estado que ha empezado a formarse a partir del proceso de colonización y que ha surgido luego de su descolonización o independencia formal o jurídica. Es un Estado que se ha fundado sobre la base de la *sociedad postcolonial*, como tal presenta como característica central el hecho de haber heredado (y en la mayoría de los casos preservado) los tejidos sociales coloniales. Ha sido insituado sobre la base del despojo y destrucción a la que fueron sometidas las naciones primigenias que conformaban el Tawantinsuyu, por parte de los grupos sociales colonizadores. Desde un punto de vista de análisis

---

<sup>4</sup> Los inmigrantes acostumbran unirse a asociaciones poco rígidas y evanescentes, a las que Kymlicka (1996, p. 26) denomina «grupos étnicos». «Estos grupos desean integrarse en la sociedad de la que forman parte y que se les acepte como miembros de pleno derecho de la misma (...) su objetivo es modificar las instituciones y las leyes de dicha sociedad para que sea más permeable a las diferencias culturales».

<sup>5</sup> Me refiero en este trabajo fundamentalmente a los grupos sociales occidentales, europeos. Aunque es necesario recalcar que el Perú ha sido receptor también de importantes grupos de orientales, asiáticos, desde el siglo XIX.

sis postcolonial de las diferencias culturales de los grupos étnicos o nacionales, podemos afirmar que el Perú presenta en su composición dos grupos sociales diferenciados: los pobladores herederos del grupo originario y, por otro lado, los grupos herederos de los privilegios de las potencias colonizadoras. Esta anterior característica se presenta en el Perú combinada con su base étnica múltiple y define su carácter multinacional.

Este carácter multinacional nos lleva a considerar la explicación que alcanza De bjeta Chalbaud (1993), respecto a la composición de los Estados multinacionales, constituidos por un mosaico de varias naciones o grupos culturales<sup>6</sup>. Entre los pueblos que forman al Estado-nación hay uno, el *pueblo privilegiado*, con el que dicho Estado, como organización política se ha identificado jurídicamente, haciendo suyas su lengua y su cultura le ha otorgado el carácter de representante oficial y exclusivo de su identidad interior y de su personalidad internacional en el exterior. «En relación a este pueblo privilegiado el Estado se presenta y se comporta, tanto jurídica como sociológicamente, como si fuese un Estado uninacional. El ejemplo más conocido de este tipo de Estado es el de la Francia actual»<sup>7</sup>.

Los restantes pueblos existentes en el territorio del Estado-nación —los *pueblos no privilegiados*— podrán ser parcialmente tolerados, totalmente olvidados o incluso perseguidos, pero «bajo ningún concepto se les permitirá ostentar la representatividad oficial del Estado, ni se tolerará que su mera existencia, o sus esporádicas y autorizadas manifestaciones folklóricas o culturales, puedan suplantar o empañar el monopolio que ejerce la cultura oficial como único e indiscutible representante de la identidad de dicho Estado-nación». (De bjeta, 1993, p. 114)

Una descripción independiente del Perú (Maier, p. 156) hecha como parte de un estudio de derechos y libertades fundamentales, toda-

---

<sup>6</sup> El término 'nación' es muy discutido, aquí prefiero utilizar la noción de *cultura*, en lugar de nación, en el sentido que lo hace Ramón Soriano más allá de su acepción antropológica, tomando una distinción política de análisis, como colectivo con unas señas de identidad definidas: «etnia, lengua, religión, tradiciones [...] que interacciona con otras culturas en una escala de distintas posiciones de dominio y dependencias. En este contexto hay culturas hegemónicas [...] y culturas dependientes (Soriano, Ramón (2004): p. 13).

<sup>7</sup> El término «pueblo privilegiado» es utilizado por Obieta en la obra bajo comentario p. 113; creo que engloba más directamente el significado de otros términos como «pueblo preeminente» o «pueblos o naciones dominantes» utilizados por Kymlicka y otros autores.

vía en 1975, indica que: «El Perú es [...] uno de los países más conservadores en América Latina, que aun preserva modelos coloniales españoles. Una pequeña clase alta, compuesta mayormente de descendientes blancos de los conquistadores españoles, ha controlado la riqueza de la nación y en conjunción con las fuerzas armadas y la iglesia católica romana, ha formado una alianza mediante la cual ha controlado también el proceso político. Este acuerdo ha dado como resultado la creación de una sociedad dominada por una elite con una estratificación de clases parecida a una pirámide que descansa sobre una extensa base formada mayormente por miles de dispares comunidades indígenas».

La descripción concluye que, «de hecho, se puede hablar de dos sociedades: una sociedad peruana estratificada cuyos miembros comparten ciertos rasgos básicos que les dan una homogeneidad cultural» y otra sociedad conformada por las culturas indígenas.

Los rasgos básicos que comparte la '*sociedad peruana estratificada*' a los que la descripción se refiere son: el uso del idioma español, el sistema político occidental, el sistema religioso cristiano-católico, un sistema económico europeo en el proceso de transición desde el preindustrial al industrial, una tradición compartida de participación en las vicisitudes del Perú como una nación independiente. Estos rasgos básicos corresponden al grupo social-cultural dominante, hegemónico del Estado peruano.

La descripción anterior del Perú, podría ser criticada por añosa. Sin embargo, no se le puede negar la virtud de mostrar la realidad actual, al menos parcial, de una sociedad fragmentada compuesta por grupos nacionales o culturales diferenciados, uno de los cuales —la sociedad estratificada que corresponde al segmento social criollo/occidental— es el *pueblo privilegiado*, y el otro —la sociedad autóctona o indígena— es el *pueblo no privilegiado por el Estado peruano*.

## 1.2. La migración interna como fuente de multiculturalidad

La situación del país descrita anteriormente ha variado en la actualidad, debido al fenómeno de la enorme migración interna desde las zonas rurales, con fuerte presencia indígena, a las ciudades. Hasta que se produjera este gran proceso de migración, las ciudades del Perú, en especial la capital del país, podían ser descritas como predominantemen-

te *criollo-occidentales*, en atención a la cultura predominante en ellas. Los inmigrantes rurales que entonces arriban a las ciudades, en especial a las de la costa, entran a una sociedad que les impele a rechazar su identidad étnica-nacional indígena y a cambiar sus hábitos culturales por costumbres criollas, las ciudades se convierten en una máquina de asimilación cultural, de *acriollamiento*, de los grupos recién llegados mediante el ejercicio de la *violencia cultural*<sup>8</sup>.

En una primera etapa, la estrategia que los inmigrantes utilizan ante el acoso violento de la asimilación cultural en las ciudades es la estrategia del disimulo, tratan de ocultar aquellos rasgos culturales por los cuales son estigmatizados, los Andinos disimulan algunas de las características más visibles de su identidad como la lengua o el vestido, «para poder infiltrarse en un Caballo de Troya en el campo enemigo. Una vez superada la muralla, lo que quedaba era el camino de la aculturación o el rescate de una serie de elementos que se habían dejado de lado para poder traspasar la muralla» (De Gregori, 1999, p. 113). En este proceso, las personas inmigrantes en las ciudades han pagado un precio cultural gigantescamente costoso, se han visto compulsivamente obligadas a deshacerse, por ejemplo, del uso cotidiano de los idiomas autóctonos, como el Quechua o Aymara.

De Gregori (1993, pp. 113-134), ha señalado que esta primera estrategia, la del disimulo, está siendo paulatinamente superada, ya que los inmigrantes van consolidando cabeceras de playa cada vez más sólidas y extensas en los centros urbanos, sin perder totalmente sus raíces rurales/andinas (quechuas o aymaras), ayudados por las redes de parentesco que vinculan ciudad y campo expanden sus rasgos culturales, como

---

<sup>8</sup> Utilizo aquí el concepto de violencia cultural acuñado por Galtung (2003): tras la violencia directa y la violencia estructural se encuentra la *violencia cultural* que tiene la finalidad de dar sustento lógico a la práctica de la violencia directa y la violencia estructural, tiene la finalidad de hacer legítimo en la mente del agresor o en la conciencia colectiva el ejercicio de la violencia, justifica la violencia directa y la violencia estructural. En palabras de Galtung, «por violencia cultural queremos decir aquellos aspectos de la cultura, el ámbito simbólico de nuestra existencia (materializado en religión e ideología, lengua y arte, ciencias empíricas y ciencias formales —lógica, matemáticas—) que puede utilizarse para legitimar la violencia directa o estructural» [...]«La violencia cultural hace que la violencia directa y estructural aparezcan, e incluso se perciban, como cargadas de razón —por lo menos no malas—. Los estudios sobre la violencia son estudios sobre dos problemas: el uso de la violencia y la legitimación del uso de la violencia.

sus redes de reciprocidad o solidaridad, más allá de los límites de sus comunidades de origen. «Por otra parte, a partir de la expansión de la economía mercantil un sector de campesinos se diferencia cada vez más del resto. Junto a los dirigentes sociales y los jóvenes educados, estos campesinos «ricos» cada vez más vinculados a las ciudades donde sus hijos migran, constituyen otro sector de élite. Este tercer sector no imagina comunidades ni elabora proyectos pero reformula conductas, relaciones sociales y pautas culturales»<sup>9</sup>.

Las anteriores consideraciones llevan a apreciar que en el Perú existe una sociedad multicultural que presenta dos características: es multinacional porque está compuesta por varios grupos nacionales, unos autóctonos y otros herederos de la tradición hispana occidental. También es un país multiétnico, por que las grandes ciudades y algunas capitales de departamento presentan, debido a la inmigración, grupos étnicos diferenciados. Sin embargo, estas características del fenómeno multicultural en la sociedad peruana se ven atravesadas por un fenómeno central: el Perú es un país postcolonial en el que un grupo social-cultural heredero de las estructuras coloniales proyecta e impone su proyecto de construcción nacional a los grupos sociales-culturales no preeminentes, en el campo y en la ciudad.

## 2. *Las respuestas del Estado peruano a la realidad multicultural*

Desde sus orígenes, el *Estado moderno* en el Perú ha afrontado la realidad multicultural de su sociedad desde diversas perspectivas. Por lo general ha proyectado las concepciones culturales y políticas de asimilacionismo y/o dominación por parte del segmento social *criollo hispano* (o criollo occidental) hacia los demás grupos nacionales autóctonos (pueblos indígenas o minorías nacionales), y algunas otras veces ha desarrollado políticas de reconocimiento.

---

<sup>9</sup> De Gregori, además comenta que: «Estos diferentes sectores conforman la masa crítica para la reformulación de un conjunto de manifestaciones culturales en el campo y las ciudades. En muchos casos se pierden lengua y vestido, pero las redes de cooperación basadas en el parentesco y el paisanaje, por ejemplo, se extienden a las ciudades y el estigma tiende a convertirse en recurso, utilizado lanío a nivel económico, por ejemplo en la construcción de empresas informales, como a nivel cultural. La fiesta andina, por ejemplo, se expande hacia las ciudades y se transforma en los propios lugares de origen rurales a partir de las influencias que recoge en los centros urbanos» (*op. cit.*, p. 125).

Para enfrentarse con la realidad social fragmentada, que da la apariencia de la existencia de dos países en uno, no han bastado las estrategias políticas para construir la ciudadanía y la democracia. El Estado peruano en manos del grupo preeminente criollo/occidental ha desarrollado en el siglo XX, estrategias específicamente culturales. Siguiendo a Sinesio López (2000), estas pueden ser resumidas en dos: las *políticas de integración* y las *políticas de reconocimiento*.

Las primeras, *las políticas de integración*, han implicado acciones de asimilación de los grupos nacionales a un modelo de ciudadano ‘normal’ criollo/occidental; los grupos sociales más poderosos dominan y absorben a grupos más débiles. Se ha perseguido con este proceso que las culturas diferentes queden fundidas en una unidad homogénea mediante la eliminación de las características autóctonas ‘extrañas’ que les permitan adaptarse con facilidad a la estructura y funcionamiento típicos de la nueva unidad cultural, sustituyendo las características de nacionalidad del grupo más débil o numéricamente inferior, por otras diferentes del grupo social más poderoso. Un ejemplo de las políticas de integración/asimilación ha sido el avasallamiento y el intento de eliminación de la lengua Quechua.

Las *políticas de integración* han sido las más usadas por el Estado y han adoptado dos formas: la asimilación autoritaria, por decreto y por la fuerza; y la asimilación mediante la persuasión y la negociación. En el Perú esto se ha traducido en el ‘acriollamiento’ forzado y el ‘acriollamiento’ amable que fueron políticas principalmente educativas. «El ‘acriollamiento’ forzado y el ‘acriollamiento’ amable fueron impulsados desde el Estado, el primero por el civilismo de comienzos de siglo y el segundo, por una corriente intelectual indigenista en los años 40» (López, 2000, p. 168).

La *política del reconocimiento* implicó la aceptación de la identidad y la autonomía del mundo indígena con su lengua y su cultura. Por ejemplo, el velasquismo de fines de los 60 desarrolló una política de reconocimiento hacia el mundo indígena, con la intención de hacer del Perú un país bilingüe.

Desarrollando la idea propuesta por Sinesio López (2000) podemos hacer un resumen histórico sobre la peculiar relación entre sociedad y Estado. El Estado peruano ha variado su carácter criollo hasta convertirse en un Estado multiétnico (respecto a la composición de su burocracia). En el siglo XIX hasta la primera mitad del siglo XX el Estado era criollo y la sociedad era multinacional. En la primera mitad del

siglo XX, el Perú se transformó en una sociedad multiétnica debido a las migraciones a las ciudades, pero el Estado conservó su carácter criollo.

Para el autor comentado, en la segunda mitad del siglo XX, la sociedad sigue siendo predominantemente multiétnica y secundariamente multinacional, pero el Estado actual ya es también multiétnico. Estos desarrollos estatales y sociales, si bien han reducido la brecha político social, no la han eliminado.

Sin embargo, el carácter predominantemente multiétnico de la sociedad peruana (en las que predomina la presencia de varios grupos étnicos provenientes de la migración) es una característica de las ciudades, de Lima y de las capitales de provincia del país. Diferente es la situación característica que se puede encontrar en algunas regiones del ‘interior’ de Perú, como por ejemplo Cusco, Apurímac o Puno en las que la presencia indígena andina de pueblos quechua y aymara es enormemente relevante.

En estas zonas, la diferencia entre naciones o grupos étnico-culturales es grande y se puede afirmar que son zonas en las que el carácter multinacional (la presencia de una o más naciones) es predominante. Un ejemplo se puede encontrar en Cusco —región en la que se constituyó el centro del mundo andino Inka prehispánico— y la presencia de lo que las investigaciones antropológicas han denominado ‘*cusqueñismo*’ e ‘*incanismo*’<sup>10</sup> para referirse a un posicionamiento ideológico, a una posición reivindicativa de *lo Inka*, en el que se puede encontrar señas de un sentimiento nacional más antiguo cuyos orígenes pueden rastrearse desde la resistencia de los Inkas a la invasión europea hasta la resistencia a la aculturación propuesta por el modelo cultural criollo/occidental<sup>11</sup>. Por eso creo necesario insistir en que existen extensas zonas en el Perú en las que la *diferencia de carácter nacional* entre los grupos culturales *criollo/occidentales* y autóctonos es preponderante. Por lo tanto, en estas regiones con fuerte presencia de naciones originarias o indígenas el carácter multinacional de la sociedad es el predominante y marca todo el fenómeno social, cultural y político.

---

<sup>10</sup> Puede consultarse por ejemplo, el trabajo de Flores Ochoa & Van den Berghe (2000), pp. 7-26.

<sup>11</sup> Para tener una mejor idea acerca de las formas de resistencia indígena que actualmente toman la forma de negociación, puede consultarse la siguiente obra: Pérez Galán, Beatriz (2003): pp. 145-165.

### 3. *La perspectiva del Derecho Constitucional peruano frente a la diferencia multicultural*

Entre las perspectivas descritas anteriormente con las que el Estado peruano ha afrontado la multiculturalidad del país, destaca la perspectiva del Derecho Constitucional, ideario político plasmado en los más de diecisiete *documentos* constitucionales que han regido durante la historia post colonial peruana.

Las constituciones peruanas han aplicado a lo largo de la historia unos modelos de relación jurídica entre los grupos étnico-nacionales que han proyectado la construcción de la nación peruana desde la perspectiva del grupo criollo-hispano predominante privilegiado por el Estado, descartando toda posibilidad de tolerancia de procesos de construcción nacional diferentes o alternativos al proyecto de *nation-building* único y dominante. Las diversas formas que el Estado ha asumido en el Perú<sup>12</sup>: Estado pretoriano, Estado oligárquico, Estado populista, y Estado neoliberal; han mantenido algunos elementos comunes de continuidad: el patrimonialismo, el carácter excluyente, la debilidad de la comunidad política, y finalmente, la fragilidad de las instituciones estatales y el predominio de las funciones e instituciones coercitivas. Estos elementos, aunados al centralismo que ha concentrado las decisiones económicas y políticas más importantes en Lima, han servido para preservar la relación de dominación hacia los grupos peruanos autóctonos, minorías nacionales o pueblos indígenas.

De esta manera, en el Perú se ha establecido históricamente una sociedad «*oficial*», un tipo de relación jurídica entre los diferentes grupos étnicos y nacionales marcada, por un lado, por el dominio incontestable del grupo criollo/occidental privilegiado por el Estado, y por otro lado, por la subordinación y sometimiento de los restantes grupos no privilegiados. Bajo el manto de la teoría liberal clásica que postula la neutralidad cultural del Estado, el grupo étnico nacional privilegiado ha administrado el Estado y manejado sus aparatos como si sólo perteneciesen a este grupo integrante de la sociedad peruana, arrebataando toda

---

<sup>12</sup> De acuerdo a Sinesio López, «Cuatro han sido las principales formas que ha asumido el Estado peruano en la historia republicana: el Estado pretoriano del siglo XIX, el Estado oligárquico de la primera mitad del siglo XX, el Estado velasquista que se aproximó a lo que en América Latina se ha llamado el Estado populista y el actual Estado neoliberal». En esta parte del presente artículo he tratado de resumir las ideas de este autor.

posibilidad a los grupos nacionales subordinados de participar en su conducción. Se establece así, históricamente, un Estado apoyado en la teoría liberal pero que en la práctica cotidiana se comporta como un Estado autoritario alejado del ejercicio democrático del poder.

Si la sociedad peruana «*oficial*» ha proyectado un plan de construcción nacional basado en sus ideas y proyectos culturales, religiosos, económicos y políticos; los pueblos indígenas (y las minorías nacionales) no han tenido en los ordenamientos constitucionales los mecanismos para ejercer el mismo derecho que el grupo dominante. Por el contrario, viven por lo general en condiciones de extrema pobreza, se encuentran entre los grupos más vulnerables cuya única alternativa es sobrevivir en los márgenes de la sociedad, sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son violados con frecuencia o no existen en la legislación *nacional* peruana, son excluidos y estigmatizados debido a su identidad indígena y sus rasgos distintivos son encasillados en patrones de discriminación racial, étnica y religiosa. Los pueblos diferentes al grupo nacional predominante han sido por lo general privados de las posibilidades de desarrollar un proyecto de construcción nacional propio que se exprese y se garantice en las constituciones políticas debido a la existencia de estructuras sociales, políticas y legales que lo impiden.

Las estructuras jurídicas y sociales heredadas de la colonia que determinaban la existencia de dos repúblicas, la república de indios y la república de blancos, han sido reproducidas por el Estado postcolonial peruano de tal manera que los grupos sociales autóctonos, sus expresiones culturales, económicas, religiosas y de organización social son relegadas a una situación de subordinación, marginación, desprecio y olvido.

La estructura política del Perú, en especial en lo referente a la distribución geográfica del poder, se ha caracterizado por un centralismo político exacerbado por el afán de control de los grupos dominantes situados en la capital de la república hacia los grupos autóctonos de los departamentos del 'interior' del país, para lo cual han construido una relación jurídica de dependencia política que ha dado lugar al fenómeno del gamonalismo y su heredero político el clientelismo político. El edificio jurídico que ha correspondido a las estructuras sociales postcoloniales y al centralismo político de dominio de los grupos autóctonos subordinados ha olvidado legislar sobre la diferencia multicultural del Perú, así de una profusa legislación sobre el indio en la época colonial se ha pasado al olvido jurídico de éste, se ha legislado, bajo un mal

entendimiento del dogma liberal, como si el país fuera una sola unidad social y cultural, como si todo el país se tratará de una ciudad criolla o como si se tratara de construir una sola nación de carácter criollo hispano.

El sistema político peruano, y las constituciones que lo han regido, han desarrollado una suerte de *colonialismo interno* hacia las regiones con poblaciones pertenecientes a nacionalidades no preeminentes políticamente. En efecto, el proceso de modernización y el contacto entre los grupos étnicos no ha llevado necesariamente a la unidad étnica o cultural del país, sino, a una situación de desigualdad que, agravada por el centralismo, puede llegar a presentar un conflicto étnico. Las desigualdades entre las regiones del país han relegado a las regiones periféricas a una posición inferior, dejando al centro —Lima y las capitales de provincia— como dominantes. En una situación de colonialismo interno, habrá una estratificación social de los grupos culturales o étnicos, *una división cultural del trabajo*, con el grupo central ocupando las mejores posiciones de clase y los grupos periféricos las posiciones inferiores. Esto corresponde a las naciones ‘colonizadoras’ y a las naciones ‘colonizadas’,<sup>13</sup> y es el panorama que puede ser descrito, respecto al grupo criollo hispano privilegiado por el Estado y a las naciones autóctonas, en el Perú.

### 3.1. Los periodos constitucionales en el Perú, hacia los modelos de reconocimiento

Esta obra de *ingeniería jurídica* desplegada por los grupos dominantes estaría entrando a un periodo de cambio que abre la posibilidad del reconocimiento pleno del carácter multiétnico y multinacional de la composición de la sociedad peruana, al menos en el ámbito del derecho constitucional. Este proceso puede ser identificado si se toma una perspectiva histórica de análisis basada en los periodos constitucionales.

---

<sup>13</sup> Utilizo aquí el concepto de *colonialismo interno* elaborado por Michael Hechter. Si bien este concepto es propuesto a partir de un estudio de caso en el Reino Unido: *Internal Colonialism: The Celtic Fringe in British National Development, 1536-1966* (1975), puede ser perfectamente aplicado para entender situaciones postcoloniales como el Perú. Una versión resumida de su propuesta puede encontrarse en: Kellas, James G., (2000); *The, Politics of Nationalism and Ethnicity*; Macmillan Press, 2ª ed., pp.. 49-51.

De hecho, se identifican en el Perú tres grandes periodos constitucionales consecutivos y superpuestos. El primero de 1780 a 1822 que abarca el periodo revolucionario desde el levantamiento indígena de Tupac Amaru II hasta la independencia del Perú y la redacción de la primera Constitución Política del Estado. El segundo, desde 1822 que abarca el periodo de construcción de la «nación peruana» sobre bases políticas concebidas por los grupos criollo-hispanos (políticamente) predominantes. Y finalmente uno tercero desde 1990 hasta la actualidad, abierto a raíz del cambio constitucional que han experimentado los países andinos<sup>14</sup>.

En el primer periodo constitucional, las proporciones gigantescas que cobró el levantamiento de Tupac Amaru II hirieron de muerte al régimen político, ante este hecho la reacción del Estado colonial acabó con los privilegios que aún conservaban algunos descendientes de la aristocracia indígena, y arremetió contra las expresiones culturales y políticas indígenas. Se llegó a prohibir inclusive el uso del idioma quechua, y otros rasgos culturales Andinos como la forma de llevar el cabello y la vestimenta tradicional. La derrota de proyecto nacional de Tupac Amaru II implicó que las constituciones que inaugurarían el periodo republicano en el siglo XIX continuaran con la tendencia de borrar toda diferencia étnica que la reacción colonial había impreso, evitando la estipulación de un cuerpo de leyes que se ocupe específicamente de ella. El tratamiento legal de los indígenas es dejado a la legislación inferior común, compuesta por disposiciones dispersas incoherentes y contradictorias entre sí.

En un primer momento de la independencia del Perú las naciones precolombinas fueron tomadas por los ‘libertadores’ como un objeto histórico y político a utilizar simbólicamente. La guerra de la independencia fue presentada como una lucha por la eliminación de la esclavitud, una guerra constante que no finalizaría —en palabras de Simón Bolívar— *‘hasta expirar o arrojar al mar a los insaciables de sangre y de crímenes que rivalizan con los primeros monstruos que hicieron desaparecer de la América a su raza primitiva’*<sup>15</sup>. Los pueblos originarios

---

<sup>14</sup> La división de los periodos constitucionales en el Perú es una idea que ha desarrollado García Belaunde, Domingo (1992). A partir de esta periodificación he aplicado las ideas que he desarrollado en el presente trabajo.

<sup>15</sup> Bolívar, Simón (1971): *Escritos Políticos*, Madrid: Alianza, p. 69 (Citado por Ariza).

fueron presentados como símbolos de la tiranía del viejo orden y como la promesa de un orden social más justo y tolerante. Representan los rigores de un pasado de dominación y las posibilidades de un futuro emancipado. (Ariza, 2004, p. 41).

Sin embargo, al haber sido debilitada su organización y situados sus rasgos culturales en una posición de subordinación, la ‘nueva’ elite política en poder del Estado postcolonial que surgió con la independencia, no tardó en deshacerse del valor simbólico de los ‘primeros habitantes de América’ y poner nuevamente a los indígenas en el lugar social que ocupaban en el orden colonial después del levantamiento libertario de Tupac Amaru II. Su exclusión revivió tan pronto como expiró su importancia simbólica para la política.

El segundo periodo constitucional —desde 1822— continúa con la anterior tendencia de borrar toda diferencia étnica o nacional. Luego de que las élites criollas conquistaron su independencia de España, se embarcaron en el proyecto de fundar un Estado-nación siguiendo el modelo europeo predominante de la época. Bajo este consenso trataron de constituir el nuevo Estado sobre la base de una supuesta nación o grupo cultural homogéneo, que al no existir en la realidad fue creada simbólicamente mediante la unificación de todos los ciudadanos mediante la igualdad formal ante la ley y la promoción de los valores criollos-europeos.

La elite criolla occidental encontró que sus intentos de ‘modernización’ liberal tenían un gran obstáculo: los pueblos indígenas autóctonos. Ellos veían en los pueblos indígenas un símbolo de primitivismo, de atraso económico, cultural y político que intentaron abandonar a toda costa. La vergüenza que sentían los criollos ante sus ‘primitivos’ conciudadanos trata de ser disipada por medio de su ‘civilización’, de su blanqueamiento: los ‘indios’ eran una vergüenza nacional, por obstaculizar el progreso y desarrollo.

Estas dos últimas cualidades sociales —el progreso y el desarrollo— se esperaba que fueran a ser conseguidas mediante el ‘*blanqueamiento*’ de la población, por lo que se impulsaron políticas de inmigración de blancos europeos, de adopción de sus conocimientos y habilidades, de su cultura. «Los pueblos indígenas y los afrodescendientes se veían en cierto modo compelidos a ‘blanquear’ su piel para poder acceder a posiciones sociales monopolizadas por los blancos: la conversión racial se convierte así en un mecanismo de ascenso y movilidad social» (Ariza, 2004, p. 42).

Las políticas públicas de integración cultural se encaminaron, bajo el manto del proceso de modernización, a conservar las estructuras políticas coloniales, transformándolas esta vez en un colonialismo interno, al que me he referido anteriormente, y acentuando el proceso de despojo del territorio indígena.

En el campo jurídico, Libardo Ariza explica que, el Estado abandonó las formas de regulación autóctonas, el derecho indígena, para pasar a un predominio del positivismo jurídico que produjo una concentración excesiva y exclusiva en el derecho estatal, debido a la adopción del sistema jurídico francés y al carácter decimonónico de la cultura jurídica latinoamericana. La ideología dominante en la cultura jurídica de entonces era la ideología del centralismo estatal. Así, la producción y administración de justicia por medio del derecho estatal —como el único presente y posible en la sociedad— se erigió como una de las principales herramientas para la construcción del Estado-nación y para la dominación de las culturas minoritarias autóctonas. «La renuencia del derecho estatal y de la administración de justicia a reconocer las leyes indígenas ha sido el elemento central de la dominación etnocrática a través de los siglos». (Ibíd., p. 45)

La invisibilización legal de la diferencia cultural por parte de las élites criollas tras la independencia fue un eje fundamental de su proyecto de construcción nacional. El sistema jurídico representaba la realidad de manera distorsionada, interpretándola como un campo culturalmente homogéneo. Cuando trataba la *questión indígena* lo hacía para buscar su asimilación.

Las Constituciones Políticas de la era decimonónica continúan esta tendencia a la invisibilización de la diferencia cultural, con la especificidad que proceden a excluir a la población india metódicamente del ejercicio de la ciudadanía «condicionando, por ejemplo, el derecho del voto al conocimiento y empleo correcto del abecedario, a la propiedad o al desenvolvimiento laboral en una profesión liberal. Al mismo tiempo, el discurso ideológico dominante insiste paradójicamente en la supuesta resistencia de los amerindios a integrarse a este ente ‘natural’ llamado República del Perú». (Barié, 2004, p. 483).

Sin embargo, la tendencia de invisibilización de la diferencia cultural empieza a resquebrajarse en 1920. El régimen de Augusto B. Leguía, en busca del apoyo popular, inaugura en ese año un nuevo constitucionalismo social que incluye por primera vez también a los indígenas. Como expone Barié (2004), «el reconocimiento y la protec-

ción de las comunidades indias y de sus propiedades, la abolición de las relaciones laborales de tipo esclavo, así como la prohibición de votar para analfabetos, son algunas características substanciales de este documento. La Constitución de 1933, que forma parte de esta primera fase, no hace más que vigorizar y perfeccionar el enfoque indigenista anterior». La grieta abierta se amplía durante el Gobierno militar del general Juan Velasco Alvarado (1968-1975) que promulga una serie de leyes y disposiciones que protegen la posesión de las tierras e introducen el bilingüismo en la educación indígena. Posteriormente, la Constitución de 1979, en un momento de transición a la democracia, representa la profundización y la «constitucionalización» del indigenismo peruano.

El tercer período constitucional, caracterizado por la crisis del régimen económico y político del estado social *manager*, coincide con una coyuntura política turbulenta del régimen antidemocrático, autoritario y corrupto de Alberto Fujimori, que promulga el *documento constitucional* de 1993 para consolidar su régimen y el Estado neoliberal. Con relación a los indígenas, este último *documento constitucional* de 1993 pretende conjugar diversas tradiciones legales (*como el paternalismo, el liberalismo económico y el discurso multicultural, entre otros*), pero finalmente no logra cuajarlas en un cuerpo de leyes coherente<sup>16</sup>. Se reconoce, por primera vez en la vida republicana, el carácter *multicultural de la nación*, así como el derecho consuetudinario y una jurisdicción especial para las comunidades campesinas y nativas, aunque este reconocimiento aun no se haya extendido a una práctica política, jurídica y cultural de reconocimiento efectivo y pleno, quedándose únicamente en un reconocimiento en el papel en la gran mayoría de las actuaciones del Estado respecto a los grupos nacionales no favorecidos por éste.

Este tercer período constitucional ha coincidido, a nivel internacional, con la aparición de una nueva manera de comprensión del proceso de construcción nacional (*nation building*) con la afirmación de la diferencia cultural de los ciudadanos, y la tendencia hacia el reconocimiento legal de la existencia de los diversos grupos étnicos y la pluralidad nacional en los Estados andinos. En todo el continente americano se han desatado procesos sociales de lucha por el reconocimiento de los dere-

---

<sup>16</sup> Sobre este aspecto seguimos las ideas de Barié (2004).

chos de las minorías nacionales y de los pueblos indígenas. Este fenómeno ha tomado relevancia internacional y ha sido visto como un *'regreso a las culturas'*<sup>17</sup> que ha tenido repercusión en amplios ámbitos jurídicos, especialmente en la reforma constitucional, en países con importante presencia indígena como México, Guatemala, Perú, Ecuador y Bolivia<sup>18</sup>. El *'regreso a las culturas'* es parte de procesos sociales que se enfrentan a la idea de *sociedad nacional monoétnica* en la que se fundamenta el proyecto que intenta llevar a cabo el Estado en dichos países. El Estado Nación es crecientemente desafiado por un surgir y/o resurgir de identidades y proyectos contra hegemónicos ubicados a un nivel subnacional, determinados movimientos sociales de orientación *'regionalista'* comienzan a formular agendas alternativas a las del tradicional centralismo nacional.

La contradicción entre el proyecto de construcción nacional (*nation building*) de la sociedad peruana *'oficial'* con la realidad multicultural del Perú ha sido un hecho *'normalizado'* desde el periodo de la Independencia hasta la actualidad. Sin embargo, este proyecto viene siendo severamente cuestionado desde diversas fuentes sociales de ámbito nacional e internacional. A partir del proceso de globalización se han generalizado nuevos paradigmas entre la sociedad política mundial, tales como la valoración de la democracia liberal y su relación con el respeto (tolerancia) a la diferencia cultural. Se han producido nuevos acontecimientos globales como la irrupción de los movimientos nacionales. Se ha ampliado, y cobrado mayor importancia, el debate en la teoría política sobre la necesidad del respeto y la posibilidad de la existencia de Estados pluri-

---

<sup>17</sup> El *regreso a las culturas*, ha sido definido también como la respuesta del hombre a la decepción que ha supuesto la promesa de liberación y emancipación espiritual y material de la Reforma no materializada a lo largo de la civilización capitalista, que ha encadenado al hombre como en el inicio de la historia, esta vez no a unas estructuras resultado de un orden divino, sino, en su condición de individuo consumidor, a un marco ordenado por el nuevo *'dios-mercado'*. La *vuelta a las culturas* es el regreso del ciudadano al depósito axiológico, en el que puede encontrar de nuevo su identidad perdida tras la ilusión frustrada por la no consecución de la libertad individual absoluta en un mundo en el que los valores universales, al final, resultaron ser las cadenas del mercado. (Caballero Harriet (2000): pp. 13-43)

<sup>18</sup> Para un estudio detallado de la reforma constitucional sobre pueblos indígenas en algunos países de Latinoamérica puede consultarse el trabajo de Aparicio Wilhelmi, M. (2002): *Los pueblos indígenas y el Estado: el reconocimiento constitucional de los derechos indígenas en América Latina*, Cedecs.

nacionales, que desacredita el proyecto de construcción de una única «*nación peruana*»<sup>19</sup>.

Actualmente, hay una pugna sobre la pertinencia de una nueva Constitución Política que reemplace al *texto constitucional* de 1993. Se aprecia en este proceso la existencia de dos corrientes en pugna, una por la reforma parcial del texto constitucional de 1993; y la segunda por la sustitución de este instrumento legal por una nueva Constitución Política que exprese los anhelos de construcción democrática del Estado.

Se ha abierto la posibilidad de un cambio constitucional, por lo que es importante proponer estudios, recuentos y análisis sobre la formación de la sociedad peruana, sobre las diferencias étnicas y nacionales en el Perú, y sobre cómo estas diferencias se han expresado constitucionalmente y cómo deberían ser recogidas en una nueva constitución. Este esfuerzo intelectual debe servir para poder comprender —desde una óptica democrática— las tendencias históricas de los proyectos de construcción nacional, del tratamiento de la diferencia cultural en la sociedad multiétnica en las constituciones políticas a lo largo de la historia republicana en el Perú.

Es necesario dotarse de herramientas teóricas que sirvan para fundamentar posibles cambios en la constitución orientadas hacia el respeto de la diferencia cultural, los derechos individuales y colectivos en un contexto multicultural que amplíe y profundice la democracia. Es necesario abordar el estudio del Derecho Constitucional desde diversas perspectivas que superen el tradicional derecho positivo y la descripción normativa, que tomen en cuenta la realidad multicultural del Perú desde una óptica comparativa y desvinculada de una particular *etnografía legal* que proporciona únicamente el punto de vista de un sólo grupo nacional o étnico componente del Estado. Por el contrario, es necesario recurrir a una perspectiva multidisciplinar para dar respuesta a la realidad constitucional multicultural peruana, recurrir inclusive a lo que Kim Scheppe-

---

<sup>19</sup> Inclusive entre las posiciones liberales, tradicionalmente conservadoras en temas de trato diferenciado a grupos culturales, se discuten las razones de ¿por qué no deberían las minorías nacionales tener los mismos poderes de nation-building que la mayoría? La teoría política liberal más actual ha puesto ahora la carga de la prueba, «*en aquellos que negarían a las minorías nacionales los mismos poderes de nation-building que la mayoría nacional da por supuestos*» (Kymlicka, Hill (2002): p. 38).

le (2004) denomina *etnografía constitucional*<sup>20</sup> para centrarse en las lógicas de un contexto constitucional particular como una forma de iluminar las relaciones complejas entre los elementos políticos, legales, históricos, sociales, económicos y culturales del país.

### 3.2. Dos grandes tendencias en el pensamiento jurídico constitucional peruano

Desde las apreciaciones anteriores, creo que existen dos grandes tendencias generales en el pensamiento constitucional respecto a la diferencia cultural que he podido identificar en el Perú. Estas tendencias pueden apreciarse en los estudios sobre *los pueblos indígenas* que se han realizado en el país.

Como he señalado, una primera tendencia es la *criolla occidental* basada en el proyecto de construcción nacional del grupo predominante vinculado tradicionalmente al poder del Estado. Esta tendencia hegemónica propone una ingeniería legal que elimine todas las diferencias étnicas o culturales de los ciudadanos (*asimilacionismo nacional-cultural*), y/o la construcción de mecanismos legales de dominación por parte del grupo preeminente hacia los grupos étnicos diferentes culturalmente (*mecanismos de dominación*).

Una segunda tendencia se puede ver en las propuestas desarrolladas inicialmente por *intelectuales indigenistas* —cada vez más aceptada en variados ámbitos académicos y tendencias ideológicas— que se basa en el reconocimiento de la diferencia nacional-cultural, en la afirmación de la existencia de la sociedad multicultural peruana, así como en la tolerancia de variados proyectos de construcción nacional en el ámbito del territorio del Estado. Esta tendencia propone técnicas pluralistas de tratamiento de la alteridad cultural y avanza hacia proyectar mecanismos de acomodación política de las diferencias, hacia las propuestas de regionalismo político, el federalismo, las autonomías territoriales, etc.

A pesar de su contexto social multicultural, tradicionalmente los juristas peruanos han tomado muy poco en cuenta el multiculturalismo como un fenómeno a abordar. Los estudios realizados sobre la relación

---

<sup>20</sup> Algunos autores, como la norteamericana Scheppelle (2004), proponen una nueva metodología para superar este enfoque reducido de los sistemas legales mediante nuevas técnicas, en estricto la realización de una etnografía constitucional.

*multiculturalidad y derecho* en el Perú son escasos en relación a la importancia que tiene la división étnica y nacional que atraviesa transversalmente todos los ámbitos de la sociedad peruana. La mayor parte de estudios de Derecho Constitucional peruano se han agotado en las instituciones constitucionales clásicas, en un análisis y descripción de la norma, han carecido de análisis que tomen en cuenta la sociedad multicultural y las diferencias culturales y nacionales de los grupos que cohabitan el territorio del país.

Se han realizado importantes estudios sobre el Derecho en la sociedad multicultural peruana, sin embargo, hay que recalcar que son pocos en relación a la importancia del tema. Dentro de estos pocos estudios sobre la realidad multicultural, se puede afirmar que los intelectuales peruanos que se han ocupado sobre el multiculturalismo y el derecho manifiestan mayoritariamente una tendencia hacia el reconocimiento de la diferencia nacional-cultural, y hacia la afirmación de que ésta realidad multicultural debe tener un correlato jurídico y político.

Este reconocimiento mayoritario entre los intelectuales de la sociedad multicultural y el derecho es un hecho muy importante, debido a que se ha desarrollado —por decirlo de alguna manera— en el marco de una sociedad estamentaria que, además, excluye a los grupos culturales que se alejan de la ‘normalidad’ criollo-occidental; el reconocimiento se produce dentro de una sociedad tradicional que no incorpora en sus prácticas hacia grupos minoritarios, en muchas ocasiones, inclusive, ni las conquistas democráticas del modernismo.

De esta manera, los estudios sobre *multiculturalidad y derecho* han sido una respuesta a una realidad marcada por la inequidad y la injusticia, un insurgir intelectual contra la sociedad estamentaria y patriarcal. Pero no ha sido únicamente un fenómeno o un movimiento romántico intelectual que se ha restringido al grupo de investigadores del tema multicultural, sino que paulatinamente ha sido incorporado al discurso oficial del Estado, al menos parcialmente, producto de las transformaciones que se operaban en el ámbito internacional, de los cambios sociopolíticos a nivel interno, y a la necesidad de echar a andar un proyecto nacional de salvamento del Estado que en muchas ocasiones ha corrido el riesgo de convertirse en inviable<sup>21</sup>.

---

<sup>21</sup> Utilizamos aquí el concepto *de Estado inviable* en el sentido que lo hace Oswaldo de Rivero (2003).

El proceso en el que se han desarrollado las perspectivas desde las que se han abordado el carácter multinacional del Perú por el derecho constitucional peruano puede ser apreciado tomando en cuenta el devenir de los estudios que en este país se han realizado sobre la multiculturalidad y el derecho. Seguidamente expongo una propuesta de sistematización en etapas de dicho desarrollo.

### 3.3. El desarrollo de los estudios sobre multiculturalidad y Derecho

El desarrollo de los estudios sobre *multiculturalidad y derecho* en el Perú, y en especial sobre los pueblos indígenas, pueden ser analizados de una manera histórica. Aunque su devenir no ha sido lineal, su desarrollo ha atravesado por varias etapas que resumo a continuación.

*La primera etapa* corresponde a las primeras investigaciones que se realizaron respecto a los indígenas y su relación con el derecho a partir de la primera década del siglo XX. Los primeros estudios (de los que se tiene referencia) se realizaron en la Universidad Nacional de San Antonio Abad del Cusco (UNSAAC), ubicada en el sur del Perú, en una zona con una población considerablemente mayoritaria de indígenas. Los estudios corresponden a una visión estereotipada del indio como inferior y su comportamiento hacia y con el derecho oficial como un hecho meramente folklórico. En esta primera etapa los intelectuales que se ocuparon de los estudios del indio y el derecho fueron influenciados por la reforma universitaria impulsada por el grupo de intelectuales cusqueños llamado '*generación de 1909*', y por el surgimiento del indigenismo como una corriente teórica y artística peruana.

Estos estudios enmarcan el inicio de lo que se ha venido a llamar el *indigenismo jurídico*, nombre con el que quiero referirme a un gran grupo de investigaciones, tesis y artículos académicos que se publicaron en la UNSAAC, y en otras universidades del Perú<sup>22</sup>, que tienen como

---

<sup>22</sup> Estos estudios de indigenismo jurídico debieron haberse expandido a todo el Perú ayudados por la difusión del indigenismo y por el traslado de los intelectuales cusqueños a otras localidades del país. En la Universidad Mayor de San Marcos (Lima) hay una tesis que podría probar este punto de vista, el autor, cusqueño, es uno de los intelectuales que fundaron la revista *Kuntur y La Sierra*: Valer Portocarrero, Carlos L., (1950): *El proceso de la propiedad indígena en el Perú*; [Tesis universitaria UNMSM] Lima.

temática al indio en el sistema jurídico peruano. Estos estudios son recurrentes hasta mediados de 1950<sup>23</sup>. En años posteriores el interés por estos temas fue decayendo hasta casi desaparecer para ser retomados desde la década de 1970 desde centros de investigación privados en la capital del Perú<sup>24</sup>.

Una revisión (Drzewieniecki, 1992) de la literatura sobre pueblos indígenas y derecho nos da cuenta que «Antes de 1980 el área de mayor interés fue el derecho colonial y la legislación de la época republicana». [...] En los años 1920 a 1940, algunos indigenistas investigaron y propusieron una nueva legislación respecto a los indígenas desde perspectivas ampliamente divergentes, mientras que otros denunciaban el maltrato de los pueblos indígenas por parte del sistema legal y de los abogados»<sup>25</sup>.

La mayoría de los trabajos de investigación en los siglos XIX y XX se concentraron en el uso que los indígenas hacían del derecho y en los conflictos sobre tierras, y en menor extensión sobre el funcionamiento del derecho a fin de desafiar los abusos que la élite cometía con los indígenas.

*La segunda etapa* corresponde a los estudios hechos mayormente desde Lima, la capital del Perú, respecto al fenómeno del *derecho y los ‘campesinos’*. Surge en base al fenómeno político que desató la lucha campesina por la tierra que sacudió el Perú en los años 60 y de su respuesta por parte del Estado, que en un primer momento fue de represión indiscriminada del movimiento campesino (indígena) y posteriormente dio lugar al proceso de Reforma Agraria. La vanguardia intelectual limeña desarrolla la idea de *‘problema nacional’* para referirse al proceso de

---

<sup>23</sup> Hasta el momento no existe un estudio que abarque el pensamiento que *el indigenismo jurídico* produjo en sus primeras etapas en la Universidad Nacional de San Antonio Abad.

<sup>24</sup> Para una historia de los primeros estudios sobre derecho y pueblos indígenas en Cusco (Perú) puede revisarse los trabajos de Tamayo Herrera, José (1981): *Historia Social del Cusco Republicano*, Lima: Ed. Universo; y (1980), *Historia del Indigenismo Cuzqueño*, Edit. Lumen, Lima. Un resumen de los estudios relevantes sobre derecho y pueblos indígenas posterior a los primigenios estudios cusqueños puede hallarse en el trabajo de Drzewieniecki (1999).

<sup>25</sup> Por ejemplo, la «*Historia del Derecho Peruano de Basadre (1937, 1988) que se ocupa en detalle del Derecho Inka y la legislación colonial, o la Compilación del Derecho Republicano de Varallanos (1946, 1947)*». (por ejemplo, Encinas 1919; Sivirichi 1946) (por ejemplo, Castro Pozo 1979; González Prada 1976).

construcción del Perú como una sola nación. Estos estudios se centran en aspectos funcionalistas del derecho, toman al indígena solamente desde un punto de vista ‘economicista’, los estudios se ocupan del *campesino* como categoría de análisis económico, priorizando este aspecto en desmedro de su condición de componente de una cultura nacional determinada y diferente a la cultural nacional criolla hegemónica.

Es en esta segunda etapa en la que resurgen los estudios sobre el pluralismo legal. El pluralismo legal fue explorado inicialmente en el Perú por DESCO (una ONG de investigación limeña) a partir de 1977, en un estudio empírico que se enfocó en el uso del derecho consuetudinario en los Andes y en barrios pobres en las ciudades, las variables que influenciaban a los campesinos a escoger entre los medios informales o los medios legales, y el uso del derecho indígena por las autoridades del Estado. Después de un lapso de casi veinte años se retoma el interés por los temas de investigación sobre multiculturalidad y derecho.

*Una tercera etapa* puede ser identificada a raíz del proceso de globalización. Los intelectuales peruanos son influenciados por el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en ámbitos internacionales —como la OIT y el Convenio 169— y por los estudios hechos fuera del Perú, y también por intelectuales peruanos, sobre el fenómeno indígena. Un tema importante de influencia son seguramente lo que se ha venido a llamar el ‘*renacer étnico*’ en el mundo y los debates que éste propició en el campo de la teoría política, a partir de los cuales se desarrolla la idea del Perú plurinacional, del reconocimiento de las ‘nacionalidades oprimidas’. El indígena es visto ya no solamente como portador de folklore o como categoría económica, sino como miembro de una asociación más grande (grupos étnico-nacionales), se habla ya no solamente de ‘*comunidades campesinas o indígenas*’ sino de ‘*pueblos indígenas*’, con lo que se amplía el ámbito del reconocimiento de la multiculturalidad y el de su correlato jurídico hacia ámbitos de autonomía política y autodeterminación.

Lo central del cambio en esta tercera etapa es que se habrían cuestionado tres legados básicos de periodos anteriores (Yrigoyen, 2002, pp. 32-37): Primero, se considera el reconocimiento de los pueblos indígenas como sujetos políticos y no solamente como objetos de una política dictada por otros, «como sujetos con derecho a controlar sus propias instituciones y autodefinir sus propios destinos. Esto es importante para dismantelar la ideología de la inferioridad y el supuesto de la necesidad de la tutela establecida en el periodo colonial para legitimar la subordina-

ción política y la explotación económica de los pueblos indígenas». Segundo, se cuestiona dos ideas centrales de la legalidad republicana: el binomio nación-Estado y Estado-derecho. «Se quiebran las ideas de que el Estado representa una nación homogénea (con una sola cultura, lengua e identidad religiosa), y se viene a reconocer la diversidad cultural, lingüística y legal». Al cuestionar el monopolio de la producción legal del Estado es admitido el pluralismo legal en diferentes grados, se reconoce el derecho de los pueblos indígenas y de los campesinos a tener su propio derecho, sus propias autoridades, y sus propias formas de justicia.

4. *¿Qué hacer para materializar el reconocimiento de un Perú multicultural?*

El cambio que exige el reconocimiento institucional de la realidad multicultural del Perú, de los derechos de *nation building* alternativos al proyecto dominante, y en especial de los derechos de los pueblos indígenas, es enorme. Implica superar causas que están enraizadas profundamente en la ideología y en la realidad de la sociedad peruana, que provienen de la situación colonial que ha sido la base de la dominación a la que han sido sometidos los grupos culturales no privilegiados por el Estado. Por esto no existe, a mi entender, un solo método o una secuencia de pasos única y lineal a seguir para lograr la emancipación de estos pueblos sojuzgados, que se pueda seguir a manera de un plan de ingeniería social. Sin embargo, creo que existen algunas pautas que ayudarían en ese proceso. Las describo a continuación en un orden aleatorio.

- a) Debe promoverse que el tema de la sociedad plurinacional sea un tema que esté en la agenda política y en el debate a todos los niveles del Estado y de la sociedad. Entrar a una especie de diálogo intercultural a fin de reconocer los derechos de construcción nacional alternativos al proyecto criollo occidental.
- b) Reforma constitucional y legal para lograr la coexistencia de los derechos de construcción nacional de los diversos grupos étnico-nacionales que conforman el Perú. Reforma de la distribución geográfica de poder; se debe abandonar el centralismo que ha regido durante siglos en el Perú y dar paso a un diseño más cercano a un sistema político federal o al estado de las autonomías. Se debe dar la posibilidad a que las comunidades

indígenas y los grupos culturales componentes de la sociedad peruana puedan escoger sus propios conceptos y caminos para lograr su desarrollo<sup>26</sup>.

- c) Se deben seguir las recomendaciones de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (CVR) que se conformó para investigar las causas y las consecuencias del proceso de violencia interna<sup>27</sup>. Como parte de estas recomendaciones se encuentra el reconocimiento e integración de los derechos de los pueblos indígenas y sus comunidades en el marco jurídico nacional para «incluirlos de manera importante en el proceso de reforma constitucional, con la finalidad de brindarles una protección jurídica justa y legítima como sujetos de derechos y reafirmar la diversidad y pluralidad de la nación peruana». Algunas propuestas en este sentido son:
- Inclusión de derechos individuales y colectivos en el texto constitucional.
  - Definición del Estado peruano como un Estado multinacional, pluricultural, multilingüe y multiconfesional.
  - Interculturalidad como política de Estado. Oficialización de los idiomas indígenas y la obligatoriedad de su conocimiento por parte de los funcionarios públicos en las regiones correspondientes. Educación Bilingüe Intercultural.
  - Reconocimiento de la existencia legal de los Pueblos Indígenas y de su personalidad jurídica como ‘pueblos’.
  - Tierras y territorios tradicionales inalienables, imprescriptibles, inembargables e inexpropiables.
  - Derecho y administración de justicia indígena de acuerdo a los derechos humanos y acceso a la justicia ordinaria con juzgados especializados en materia indígena.
  - Reconocimiento de mecanismos tradicionales de justicia alternativa.

---

<sup>26</sup> Aquí tomo las ideas de Kymlicka sobre los derechos de *nation building* de las minorías nacionales.

<sup>27</sup> Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación (2002). Capítulo sobre Reformas Institucionales. Perú, (pp. 109-138). La CVR ha hecho algunas recomendaciones para «lograr la presencia de la autoridad democrática y de los servicios del Estado en todo el territorio, reconociendo y respetando la organización popular, las identidades locales y la diversidad cultural, y promoviendo la participación ciudadana».

- d) La reforma debe ser continua. No estancarse en algunas recomendaciones, sino ampliarse de tal manera que se logre romper con siglos de tradición de dominación, hasta *normalizar* las relaciones interculturales, por ejemplo, el uso cotidiano en todas las instancias privadas y públicas de idiomas como el Quechua y el Aymara en grandes ámbitos regionales del Perú.

### *Bibliografía*

- ARIZA, Libardo José, (2004): «Identidad indígena y Derecho estatal en Colombia», *Cuadernos Deusto de Derechos Humanos* 30, Bilbao: Universidad de Deusto.
- BARIÉ, Cletus G., (2004): *Pueblos Indígenas y derechos constitucionales en América Latina: un panorama*, 2.<sup>a</sup> ed., Instituto Indigenista Interamericano y Ed. Abya Yala.
- CABALLERO HARRIET, Francisco Javier (2000): «Globalización, Estado y Derecho», *Anuario de Filosofía del Derecho*, Tomo XVII, España.
- CARBONELL, Miguel (2000): «Constitucionalismo, minorías y derechos», *Isonomía* 12, Abril. ITAM.
- Comisión de la Verdad y Reconciliación del Perú (2002): *Informe final de la Comisión de la Verdad y Reconciliación*. Capítulo sobre Reformas Institucionales. Perú.
- DE OBIETA CHALBAUD, José (1993): *El derecho humano de autodeterminación de los pueblos*, Madrid: Tecnos.
- DE RIVERO, Oswaldo (2003): *Los Estados inviables, no-desarrollo y supervivencia del Estado en el siglo XXI*, Universidad Complutense de Madrid: Ed. Catarata.
- DEGREGORI, Carlos Ivan (1993): «Identidad étnica, movimientos sociales y participación política en el Perú», en VVAA, *Democracia, etnicidad y violencia política en países andinos*, Lima: IPEA, IEP (Serie América Problema).
- (1999): «Multiculturalidad e interculturalidad», *Educación y diversidad rural*. Seminario Taller Julio 1998, Lima: Ministerio de Educación.
- DIETZ, Gunther (2003): *Introducción* en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther edtr., *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*, Madrid: Ed. Catarata.
- DRZEWIENIECKI, Joanna (1999): *Indigenous people, law, and politics in Peru*: State University of New York at Buffalo and LASA; Pittsburgh USA, 1995. En Internet (11/1999): <http://lanic.utexas.edu/project/lasa95/drz.html>
- FLORES OCHOA, J. y VAN DEN BERGHE, P., (2000): «Tourism and nativistic ideology in Cuzco, Peru», *Annals of Tourism Research*, Vol. 27, 1, pp. 7-26, Elsevier Science.

- GALTUNG, Johann (2003): *Paz por medios pacíficos*, Gernika Gogoratuz, País Vasco: Working Papers Munduan.
- GARCÍA BELAUNDE, Domingo (1992): «Los inicios del Constitucionalismo Peruano (1821-1842)», en Soberanes Fernández (de), *El primer constitucionalismo americano*, Madrid: Marcial Pons.
- KELLAS, James G., (1998): *The politics of nationalism and ethnicity*; Macmillan Press, 2<sup>nd</sup> Ed.
- KYMLICKA, Will (1996): *Ciudadanía multicultural, Una teoría liberal de los derechos de las minorías*, Barcelona: Paidós Ibérica.
- (2002): «El nuevo debate sobre las minorías», en Ferrán Requejo Coll coord., *Democracia y Pluralismo Nacional*, Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ JIMÉNEZ, Silesio (2000): «Democracia y participación indígena: el caso peruano»; *Las sociedades interculturales: un desafío para el siglo XXI*, en Fernando García coord., FLACSO Sede Ecuador: IBIS Dinamarca.
- MAIER, George (1975): «Peru: portrait of a fragmented society», *Case Studies on Human Rights and Fundamental Freedoms, a world survey*, Vol. I, Foundation for the Study of Plural Societies, Martnus Nijhoff, The Hague: W.A. Veenhoven Ed.
- MONREAL REQUENA, Pilar (2003): «De campesinos a indígenas: tierra y cultura en los discursos del desarrollo», en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther edtrs., *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*, Madrid: Ed. Catarata.
- MONTOYA URIARTE, Urpi (1998): «Hispanismo e Indigenismo: o dualismo cultural no pensamento social peruano (1900-1930). Uma revisão necesaria», *Rev. Antropol.* 41., 1 São Paulo.
- OSSIO, Juan María, (1992): *Los indios del Perú*, Colecciones Mapfre 1992, Madrid: Editorial MAPFRE.
- PÉREZ GALÁN, Beatriz (2003): «Escenificando tradiciones incas: turistas indígenas y antropólogos en el Cuzco contemporáneo», en Pérez Galán, Beatriz & Dietz, Gunther edtrs., *Globalización, resistencia y negociación en América Latina*, Madrid: Ed. Catarata.
- SCHEPPELE, Kim Lane (2004): «Constitutional Ethnography, an introduction», *Law & Society Review* 38, pp. 389-406.
- SMITH, Anthony D., (2004): *Nacionalismo: teoría, ideología e historia*, trad. Olaf Bernárdez Cabello, Madrid: Alianza Editorial.
- SORIANO, Ramón (2004): *Interculturalismo, entre liberalismo y comunitarismo*, Huelva: Editorial Almuzara, Colección Cuadernos de Autor.
- TAMAYO HERRERA, José (1981): *Historia social del Cusco republicano*, Lima: Ed. Universo.
- TORBISCO, Neus (2000): *Minorías culturales y derechos colectivos, un enfoque liberal*; Barcelona: Universitat Pompeu Fabra, Tesis de doctorado.
- VALER BELLOTA, Pável H. (2004): «Perú: Guerra interna y violencia de género», en *América Latina en Movimiento*, 28, n.º 380, Quito: ALAI.

VALER PORTOCARRERO, Carlos L., (1950): *El proceso de la propiedad indígena en el Perú* (Tesis universitaria), Lima: UNMSM.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel (2002): «Legal pluralism, indigenous law and the special jurisdiction in the Andean countries», *Beyond Law 27*, ILSA, pp. 32-47.

**IV**  
**RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS**



## Políticas públicas y violencia estructural

Por

Marli Marlene Moraes da Costa  
(Traducido por Ugo Ottavio Visalli)

**Resumen:** El agotamiento del modelo de Estado contemporáneo, a nivel económico, social y político, plantea un debate con respecto a las bases sobre las cuales deberán establecerse las nuevas fronteras entre el Estado y la sociedad. Los tiempos actuales no permiten ya análisis políticos, económicos y sociales, basados en conceptos y criterios segmentados y separados. La ampliación del espacio público —no estatal—, paralelo a la consolidación del régimen democrático, alienta a la sociedad civil que posee un papel fundamental, en la medida en la que puede provocar cambios en las reglas de los procedimientos y en las formas de elaboración de políticas públicas preventivas y eficaces, que puedan atenuar la violencia estructural, favoreciendo así, la defensa y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos, y el pleno ejercicio de la ciudadanía.

**Abstract:** The exhaustion of State contemporary's model, in the plans economic, social and politician, a debate regarding the bases tries on which the new borders between the State and the society will have to be established. The current times do not allow to more analyses politics, economic and social, based in concepts and segmented and isolated criteria. The magnifying of the not-state public space, parallel to the consolidation of the democratic system, it encourages the civil society that possess basic paper, in the measure where it can provoke changes in the rules of procedures and the forms of elaboration of preventive and efficient public politics, that they can attenuate the structural violence, favouring the defence and the improvement of the quality of life of the citizens, e the full exercise of the citizenship.

*Introducción*

El presente trabajo tiene como objetivo el de demostrar que la implementación de un proceso continuo y bien estructurado de evaluación de las políticas públicas de inclusión social puede significar una importante estrategia de prevención y lucha contra la violencia estructural. En este sentido, se abordan cuestiones relevantes, tales como: la conceptualización de la violencia estructural; el alcance y el papel de las políticas públicas; y también, que la ineficacia de las políticas públicas repercute de forma negativa en las condiciones de vida de los ciudadanos, principalmente los que pertenecen a las clases menos favorecidas.

La violencia deriva de las relaciones sociales que atraviesan diferentes épocas y sociedades; pero es desde la década de los ochenta, período en el que Brasil se enfrenta a una crisis sociopolítico-económica sin precedentes en su historia, cuando la conjunción entre crimen y crisis social acaba siendo una amenaza real para las pretensiones hegemónicas de la elite económica del país. Elite ésta que instrumentaliza el sentido común con el apoyo de los medios de comunicación y acaba divulgando una visión ideologizada de que la delincuencia es la violencia en sí y no una de sus manifestaciones. De forma distorsionada, mimetizando delincuencia y violencia restringen su lucha en orden a la prevención a una mera cuestión de seguridad pública y represión policial, lo que representa una visión reduccionista y perniciosa del problema<sup>1</sup>.

Debemos recordar que la violencia no es un fenómeno separado, uniforme, que se abate sobre la sociedad como algo que proviene del exterior y puede ser explicado a través de relaciones del tipo causa/efecto como, por ejemplo, «pobreza genera violencia» o «el aumento del aparato represivo acabará con la violencia». Si fuera así estaríamos trabajando sólo con los efectos de la violencia y no con sus causas. La violencia presenta múltiples facetas, encontrándose diluida en la sociedad bajo las más diversas formas que se interconectan, interaccionan, se realimentan y fortalecen.

Al postular la individualización máxima y la responsabilización absoluta del criminal, estamos sometiendo todas sus vinculaciones a la realidad socio genérica en la que se encuentra inserto y, consecuentemente

---

<sup>1</sup> Barreto, Maria Inês (2002): «As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro», en Pereira, Luiz Carlos Bresser y Nuria Cunill Grau eds., *O público não-estatal na reforma do Estado*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.

mente, estamos ignorando la existencia de otra manifestación de violencia, impuesta por instituciones clásicas de la sociedad y que expresa, principalmente, los esquemas de dominación de clases, grupos y del Estado: la violencia estructural.

Esa forma de violencia, precisamente por ejercitarse en las acciones diarias de instituciones consagradas por su tradición y su poder, acaba siendo considerada como algo natural que, en la mayoría de las ocasiones, ni siquiera es contestada, bajo el pretexto de la desestabilización del orden social.

El Estado es una instancia omnipresente en la vida de todos los ciudadanos de un país y, en todas sus diversas estructuras y poderes, se convierte en responsable directo por el establecimiento y el desarrollo de las condiciones de vida de una población. Derechos constitucionales básicos de los ciudadanos, como el acceso a la alimentación, educación y salud, son definidos por él mismo e implementados. Su instrumento de actuación son las políticas públicas que el Estado desarrolla, las cuales deberían estar dirigidas a arbitrar de forma justa y equilibrada las tensiones sociales, promoviendo la igualdad entre los ciudadanos y la mejora de su calidad de vida.

### 1. *La Violencia Estructural*

Para Boulding<sup>2</sup>, el concepto de violencia estructural, que ofrece un marco a la violencia del comportamiento, se aplica tanto a las estructuras organizadas e institucionalizadas de la familia como a los sistemas económicos, culturales y políticos que conducen a la opresión de determinadas personas a quienes se niegan los privilegios de la sociedad, convirtiéndolas en más vulnerables al sufrimiento y a la muerte. Estas estructuras determinan igualmente las prácticas de socialización que llevan los individuos a aceptar o a infligir sufrimientos, de acuerdo con el papel que desempeñan.

Según Dagnino<sup>3</sup>, hacer una ponderación teórico-metodológica sobre la violencia estructural presupone el reconocimiento previo de su

---

<sup>2</sup> Boulding, E., (1991): Las mujeres y la violencia, *La Violencia y sus causas*, París: Ed. UNESCO, p. 268.

<sup>3</sup> Dagnino, Evelina (2001): *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania*, São Paulo: Ed. Brasiliense.

complejidad, polisemia y controversia. Es indispensable comprender que, al ser perpetrada por individuos, grupos y/o instituciones, puede manifestarse de diversas maneras, asumiendo diversos papeles sociales, siendo desigualmente distribuida, culturalmente delimitada y reveladora de las contradicciones y formas de dominación.

La violencia estructural necesita ser comprendida en el ámbito del contexto social y cultural para que se puedan dilucidar los mecanismos por los cuales el Estado, en sus diferentes niveles y poderes, restringe el acceso de la gran mayoría de la población a los derechos básicos que les proporcionarían una vida digna, generando de esa forma un grave cuadro de exclusión social.

En ese contexto, es de suma importancia que se analice la definición del significado social de estos «derechos», diferenciándolos de conceptos como «interés» o «necesidad» que, aunque se refieran a las mismas temáticas y luchas, no deben ser confundidas con ellas<sup>4</sup>.

El *locus* de la violencia estructural es exactamente una sociedad de democracia aparente (liberal) que, a pesar de conjugar participación e institucionalización y ejercer el discurso de la libertad e igualdad de los ciudadanos, no garantiza a todos el pleno acceso a sus derechos, pues el Estado dirige su atención hacia los intereses de una determinada y privilegiada clase en detrimento de otra menos favorecida. Sin embargo, subsiste al menos la promesa de igualdad de acceso a los derechos, siendo, en determinados momentos, ciertos intereses de las clases explotadas satisfechos con la intención de hacerlas creer que están alcanzando sus derechos.

A pesar de parecer bastantes obvias, las situaciones y condiciones socioeconómicas que inspiran la violencia estructural deben ser verificadas en la propia estructura de la sociedad. Con el fortalecimiento mundial del neoliberalismo, los prerequisites para entrar en el mundo globalizado se modifican, creando una situación que fue aceptada sin negaciones por los gobernantes de la década de los noventa, quienes movilizaron su políticas públicas en orden a la privatización, flexibilización de las leyes laborales, revalorización del capital especulativo, estabilidad monetaria, contención del presupuesto, concesiones fiscales a los detentadores del capital, etc.<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Torres, Silvia Faber (2003): *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*, Rio de Janeiro: Renovar.

<sup>5</sup> Pimentel, Anderson (1998): *Balanço do neoliberalismo, Pós-Neoliberalismo*. Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra.

En un Estado en el que los gobernantes organizan las políticas públicas con el fin de atender a los intereses del capital financiero, la distribución de recursos para atender a las demandas de la sociedad civil es seriamente perjudicada y limitada. El reflejo directo de esa elección es la caída de la calidad de los servicios públicos que pasan a prestar un servicio de pésima calidad a los ciudadanos. La persistencia de ese cuadro afecta de forma más grave a las clases menos favorecidas que no poseen recursos para buscar instituciones privadas y para suplir sus deficiencias en educación, salud, ocio, habitación, renta, condiciones de salubridad, etc.<sup>6</sup>. La imposibilidad de acceso a esos objetos públicos reduce las oportunidades de ascenso social a los individuos que se ven obligados a vivir en condiciones de miseria.

Esa situación propicia todas las características de una práctica de violencia estructural: no es natural sino histórica y socialmente producida; posee raíces profundas en las relaciones de poder; presenta resquicios de autoritarismo social; está política y geográficamente demarcada; tiene objetivos determinados; define a propósito a sus destinatarios; afecta principalmente a ciudadanos con reducida capacidad de defensa; alimenta la ostentación de pocos con el sufrimiento de muchos; amplía las desigualdades sociales; disminuye las oportunidades y los legítimos proyectos de vida; inhibe la elección racional, favoreciendo una elección tímida: mendicidad, tráfico, delincuencia, por ejemplo; fomenta prejuicios y causa daños morales, psicológicos, físicos y la muerte<sup>7</sup>.

La situación citada acaba siendo considerada como algo natural, precisamente por ser cometida por instituciones consagradas por su tradición y su poder, y que no pueden ser contestadas bajo la alegación de provocar la desestabilización del orden.

El aspecto más cruel de la violencia estructural, en la que confluyen todas las características aquí presentadas, es el de que la propia violencia sea responsable de la instauración de un proceso selectivo que tiene el poder de decidir cuáles son los ciudadanos que disfrutarán el bienestar social y cuáles son los que se incorporarán a la gran masa de excluidos. Esos factores aportan de forma significativa la agravación de los problemas sociales y el aumento de los índices de delincuencia que, poco

---

<sup>6</sup> Decache, Maia F., (2001): *Pobreza, crime e trabalho*, São Paulo: Ed. Ática.

<sup>7</sup> Bruno, L. D. (2003): *Políticas Públicas*, Alysson Carvalho y otros edtrs., Belo Horizonte: Ed. UFMG; PROEX.

a poco, potencian rencores que se expresan en el prejuicio, en la intolerancia y en el miedo.

El Estado, a su vez, atendiendo a las reivindicaciones de la población, intensifica la represión, movilizándolo su cuerpo jurídico y policial. Ahora, el individuo, que ya había sido violentado por la ineficacia del Estado, pasa a ser considerado como violento.

En ese contexto, es necesario que se adopten un proceso continuo y bien estructurado de evaluación de las políticas públicas de inclusión social, que deben surgir como una estrategia de prevención de la violencia estructural, de forma que se creen las posibilidades y se altere el equilibrio de la relación mercado/sociedad civil posibilitando, así, el verdadero y digno ejercicio de la ciudadanía.

El País y, consecuentemente los Estados y Municipios, tendrán que redefinir sus procedimientos sobre las políticas públicas. Ciertamente, no es gastando mil millones de reales en políticas públicas como privilegiarán grupos determinados, como es el caso del Programa Hambre Cero, en el que el presupuesto empleado en el equipo de operación del citado programa fueron tres veces mayor con respecto a la inversión en los necesitados, hasta que los problemas no sean resueltos<sup>8</sup>.

Conviene resaltar que ese proceso no fue establecido de forma unívoca, dictado por la elite y aceptado con satisfacción por todos. Varios son los sectores de la sociedad brasileña que se están movilizándolo y no ahorran esfuerzos en el sentido de que se organizan en partidos políticos, asociaciones, sindicatos y ONGs, contestando de forma contundente la pseudonaturalidad de los hechos y luchando contra el deterioro de las condiciones de vida<sup>9</sup>.

Gracias a esa perseverancia, que representa el ejercicio de diferentes medios de resistencia, la sociedad organizada conquistó fuerzas políticas, consiguiendo recientes e importantes victorias: la descentralización político-administrativa que amplió el objetivo de actuación del poder público municipal; el incremento de los poderes y de las atribuciones del Ministerio Público; la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente (ECA); la creación de los Consejos Municipales de los Derechos de los Niños y de los Adolescentes —CMDCAs (instancia paritaria y deliberativa del Poder Ejecutivo que detenta la prerrogativa

---

<sup>8</sup> *Ibidem*.

<sup>9</sup> Furtado, C., (2001): *O Mito de Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra.

de elaborar las políticas públicas dirigidas al segmento infantil-juvenil) y del Consejo Tutelar— CT (responsable de asegurar el cumplimiento de las normas establecidas en el ECA); la creación y el refuerzo de órganos de defensa del consumidor, desde la promulgación del Código de Defensa del Consumidor; el Estatuto de la tercera edad, y la realización de sociedades con órganos de la sociedad civil, entre otros.

El principal motivo de la existencia de esas instancias en la defensa de los intereses de los ciudadanos es el hecho de que ellas poseen, en el rol de sus atribuciones, la posibilidad de desencadenar, en sus respectivas esferas de actuación, la evaluación de las políticas públicas, corrigiendo las posibles distorsiones y proponiendo nuevos rumbos. La concreta utilización de ese expediente es un desafío político, en la línea del control social, al que estas instituciones se deben de enfrentar, buscando legitimarse, en cuanto defensoras de los intereses colectivos y, consecuentemente, del ejercicio de ciudadanía en un Estado democrático de derecho.

Estamos ante una coyuntura socioeconómica-política, en la cual la hegemonía neoliberal globalizante convenció, durante los años noventa, para que los gobernantes brasileños concentran sus esfuerzos en el sentido de implementar un «Estado Mínimo», prerequisite para la modernidad que, al abdicar de su poder de intervención en el mercado, acabaría con la inflación, reduciría su déficit financiero y podría invertir en sectores esenciales, como el trabajo, la salud y la educación. Y lo que en efecto acaeció fue un proceso inverso, pues las políticas públicas de cuño económico fueron una vez más priorizadas, interviniendo directa o indirectamente en la base productiva del país, y al mismo tiempo exigiendo grandes esfuerzos de adaptación a las nuevas situaciones que de ella emergen: inflación, recesión, etc. Esos movimientos son más fácilmente asimilados por los que poseen el capital y los medios de producción y que por eso tienen la posibilidad de transferir sus dificultades, redistribuyendo recursos, diversificando sus actividades, etc.<sup>10</sup>.

Lo contrario ocurre con el ciudadano común que, en la mayoría de las ocasiones, ni siquiera espera o comprende el cambio de la situación. Además, no tiene cómo transferir sus dificultades, pudiendo, como máximo, compartirlas con su familia y, en muchos casos, por sus condiciones de miseria, somete a sí mismo y a sus hijos, aún niños y/o ado-

---

<sup>10</sup> Vieira, Liszt (2003): *Os argonautas da cidadania a sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Record. Vid., también, Beloso Martín, Nuria (2005): *Os novos desafios da cidadania*, trad. C. Gorzevski, Santa Cruz do Sul: EDUNISC.

lescentes, al mercado informal de trabajo en condiciones inhumanas: «Este crecimiento está directamente ligado a la prioridad de políticas públicas de cuño economicista, que subordinan la sociedad civil al mercado (...) el trabajo de estas víctimas del capital no es voluntario ni de placer (...), sin embargo el poco dinero que recaudan es de vital importancia para sus familias (...) su mantenimiento interesa al mercado, dado que esta actividad supone gastos reducidos y genera sustanciosas ganancias (...) en contrapartida, pasando su infancia y adolescencia lejos de la escuela, de los cuidados médicos y del acceso a sus derechos, se transforman en adultos sin perspectivas, ciudadanos virtuales condenados a vagar por las más diversas actividades subordinadas y/o vivir en las calles»<sup>11</sup>.

## 2. *La Rehabilitación del Estado*

Debe cambiarse la imagen del Estado. No hay caso más emblemático de violencia estructural que la alarmante concentración de tierras; poblaciones viviendo en subcondiciones de existencia; la debilidad y el descrédito de las instituciones y la carencia del Estado para administrar e implementar políticas públicas eficaces de prevención. Es preciso definir un compromiso social que produzca una mayor flexibilidad del mercado económico y una cierta desburocratización del Estado.

Según Wolkmer<sup>12</sup>, al analizar la realidad brasileña, comparada con otros centros urbanos internacionales, se constata que las recomendaciones políticas, basadas en la observación de la evolución de otros países, están fuertemente dirigidas al restablecimiento de la credibilidad del Estado, desde la redistribución de la renta, de la gran inversión en las áreas sociales, principalmente de la salud y la educación, que despuntan como las necesidades más vitales para la existencia y la reproducción del ser humano. Por articular los procesos biológicos y cognoscitivos indispensables no solo para la preservación de la vida, sino para la elevación de su calidad, se consagran como derechos básicos del ciudadano y, por consiguiente, como deberes del Estado, con-

---

<sup>11</sup> Minayo, M.C.S., (2001): *Comentários sobre Violência e Saúde*, Secretaria de Desenvolvimento Educacional do Rio de Janeiro: Fiocruz.

<sup>12</sup> Wolkmer, Antônio Carlos, (1994): *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito*, São Paulo: Alfa Omega.

forme a lo establecido en los artículos 196, 205 206 de la Constitución Federal<sup>13</sup>.

El artículo 205 de la CF/88 contempla claramente las finalidades del proceso educacional, es decir: el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su cualificación para el trabajo. El texto constitucional, en este aspecto, vincula la educación a tres procesos distintos de formación, como:

- a) la formación del ser humano singularmente considerado: parte de una visión que se considera fundamental, antes de cualquier otro proceso formativo, el desarrollo integral de la persona, en los aspectos físico, psíquico, social y ético. Antes de que la persona se considere ciudadana o trabajadora, se la debe ofrecer una educación que favorezca su crecimiento en cuanto ser humano<sup>14</sup>.

---

<sup>13</sup> Lopes, M., (2004): *Constituição da República Federativa do Brasil*, São Paulo: Revista dos Tribunais.

Art. 196. «La salud es derecho de todos y deber del Estado, garantizado mediante políticas sociales y económicas que se dirigen a la reducción del riesgo de enfermedad y de otros agravios y al acceso universal igualitario a las acciones y servicios para su promoción, protección y recuperación».

Art. 205. «La educación, derecho de todos y deber del Estado y de la familia, será promovida e incentivada con la colaboración de la sociedad, garantizando el pleno desarrollo de la persona, su preparación para el ejercicio de la ciudadanía y su calificación para el trabajo».

Art. 206. « La enseñanza se proporcionará en base a los siguientes principios:

- I.—igualdad de condiciones para el acceso y permanencia en la escuela;
- II.—libertad de aprender, enseñar, investigar y divulgar el pensamiento, el arte y el saber;
- III.—el pluralismo de ideas y de concepciones pedagógicas, y coexistencia de instituciones públicas y privadas de enseñanza;
- IV.—gratuidad de la enseñanza pública en las instituciones oficiales;
- V.—valoración de los profesionales de la enseñanza, garantizados, en la forma de la ley, planes de carrera para el magisterio público, con paga salarial profesional e ingreso exclusivamente por concurso público de pruebas y títulos;
- VI.—gestión democrática de la enseñanza pública, en la forma de la ley;
- VII.—garantía de padrón de calidad.

<sup>14</sup> Perspectiva bastante trabajada por los autores clásicos. Se cita, por ejemplo: el pensamiento de Rousseau y de Kant al respecto. Para Rousseau (*Emilio ou da Educação*. Sao Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 8.): «El desarrollo interno de nuestras facultades y de nuestros órganos es la educación de la naturaleza; el uso que nos enseñan a hacer de ese desarrollo es la educación de los hombres; y la adquisición de nuestra propia experiencia

- b) la preparación para ejercer la ciudadanía: el primer objetivo de la educación, como se desprende de la redacción del art. 205 de la Constitución, es el desarrollo integral del ser humano. La segunda finalidad es la preparación para ejercer la ciudadanía, puesto que la educación actúa fuertemente en la construcción de la ciudadanía, esto es de la ciudadanía entendida como «derecho a tener derechos»<sup>15</sup>.
- c) la cualificación para el trabajo: el tercer objetivo de la educación presentado por el texto constitucional es la cualificación profesional; es decir, solamente después de haber formado al ser humano y de haberlo preparado para el ejercicio de la ciudadanía es cuando la educación debe preocuparse por la vinculación entre los procesos educativos y la preparación para el mercado laboral.

Conforme al artículo 6.º de la Constitución Federal, la educación es considerada el primero de los derechos sociales y está situada en el cuadro de los derechos fundamentales, pues es a partir de esta perspectiva cuando se puede comprender mejor la importancia de la educación en el contexto de la norma constitucional. Al restringirla o negarla a la mayoría de la población, no resolviendo los problemas colectivos, el poder público, además de infringir la legislación, disminuye considerablemente el número de oportunidades y opciones que, por sí solo ya se caracteriza por un proceso de perpetración de la violencia estructural.

El papel de la educación en el mundo globalizado es indiscutible y las evidencias científicas sobre sus contribuciones para el desarrollo económico y social del mundo moderno han sido apuntadas frecuentemente.

La educación no debe objetivar sólo una supuesta calificación del trabajador. Su principal papel es el de constituirse en una herramienta que contribuya a la formación de una conciencia crítica, capaz de dotar

---

sobre los objetos que nos afectan es la educación de las cosas». Ya Kant (*Sobre la pedagogía*, Piracicaba: Unimep, 1996, p. 15), define así la importancia de la educación para la definición de ser humano: «El hombre no puede convertirse en un verdadero hombre sino por la educación. Es aquello que la educación hace de él».

<sup>15</sup> Lefort, Claude, (1989): *A invenção democrática: as origens do totalitarismo*, São Paulo: Ed. Brasiliense.

al ciudadano de un saber que le permita ir más allá de las ideologías, conocer y luchar por sus derechos y superar los problemas. «*No basta que el ciudadano sea visto como merecedor de los derechos fundamentales sólo por observadores privilegiados. Es imprescindible que el propio destinatario de las políticas públicas adquiera conciencia de sus prerrogativas frente al Estado y a la propia sociedad*»<sup>16</sup>.

Según Pereira<sup>17</sup>, el Estado, al negar o no propiciar a los ciudadanos el derecho básico a la educación, interviene negativamente en sus trayectorias, despreciando su calidad de vida. Es preciso recordar que la sociedad brasileña es una de las más desiguales, una de las más estratificadas que existe, pues aquí se encuentra la más extrema pobreza al lado de la más fabulosa riqueza.

A cada día que pasa es perceptible el aumento de las desigualdades sociales en Brasil, debido al exceso de valor que se da a los objetos simbólicos y a la exaltación del consumismo por los medios de comunicación, en especial la televisión, que induce al ser humano a anhelar ropas de moda, equipos, coches, joyas, etc. Esas cosas están fuera del alcance de la mayoría de la población, lo que provoca una frustración creciente, insoportable, en una sociedad polarizada por la coexistencia de una pequeña parte de la población riquísima (São Paulo es, después de Nueva York, la ciudad con mayor número de jets particulares) con las grandes masas miserables<sup>18</sup>.

Los medios de comunicación —especialmente la televisión— se convirtieron en el cuarto poder, después el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial. La televisión interfiere en el modo de vida de los ciudadanos, especialmente en un país en el que la escuela tiene un bajo nivel, donde los niños pasan la mayor parte del día delante de la «pantalla». La televisión hace la apología del dinero y de la violencia, en que los asesinos son presentados como héroes de los tiempos modernos. Se está llegando a un monopolio de los productores y a una ausencia de control de los consumidores, considerados «pasivos» sometidos a una profusión de imágenes violentas.

---

<sup>16</sup> Silva Pereira, Tânia (da) (1998): *Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

<sup>17</sup> Silva Pereira, Tânia (da) (2003): *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.

<sup>18</sup> Neto, Cruz, (1995): *Corpos e Sonhos Destruídos: Relações entre Violência, Pobreza e Exclusão Social*, Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz.

No se puede negar, por otro lado, que la televisión tiene la inmensa virtud de unificar el territorio, vinculando el mismo mensaje y las mismas imágenes sobre el espacio nacional y transnacional. Sin embargo, tiene el defecto de imponer a los más vulnerables, y con frecuencia en las horas de mayor audiencia, un cuadro fascinante de sensacionalismo, productos e imágenes que son lanzados en la intimidad diaria de millones de hogares.

Otro componente esencial para la calidad de vida del ciudadano es la salud. El poder público debe asumir la protección, la supervivencia y el desarrollo de los niños y de los jóvenes, teniendo por referencia los objetivos establecidos por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, realizada en El Cairo, en 1994: *«promover al máximo la salud, el bienestar y el potencial de todos los niños, adolescentes y jóvenes, quienes constituyen recursos humanos del mundo, en consonancia con los compromisos asumidos en la cúpula mundial para los niños de acuerdo con la convención sobre los derechos del niño»*.

Las altas tasas de mortalidad infantil en nuestro país son fruto de una serie de problemas ligados a la gestión y a la estructura de los servicios, a las que las políticas públicas de salud de los municipios no están logrando eliminar o, al menos, reducir. Son perceptibles situaciones como: descrédito en las autoridades; frecuentes cortes en el presupuesto de la salud; inversiones dirigidas a la medicina curativa en detrimento de la preventiva; reducido número de profesionales de la salud frente a la enorme demanda de la población; bajos salarios; no implementación de programas específicos de atención a la salud de la mujer, del niño y del adolescente, entre otros.

La formulación de políticas públicas en el campo de la salud no debe perder de vista el enfoque preventivo en esa área, tratando de evitar que se valore solamente el aspecto curativo. Debe obedecer al principio de que no se puede desarrollarlas sin pensar en su inserción en políticas públicas sociales más amplias, a través de un abordaje interdisciplinario y multisectorial que pueda encajarse en acciones que expresen compromiso con las transformaciones sociales.

Es necesaria la adopción de un proceso continuo y concreto de evaluación de las políticas públicas, que pueda configurarse en un instrumento que se ponga a disposición de los gobernantes y les mantenga en un compromiso real con la mejoría de las condiciones de vida de la población. Ha llegado el momento de la sociedad, como un todo, reflexionar sobre la formulación y ejecución de políticas sociales que, en la

mayor parte de las ocasiones, están preñadas de vicios y omisiones, involucradas por una red burocrática y centralizada que presenta una indefinición de responsabilidades y el distanciamiento de la participación popular.

Según Costa<sup>19</sup>, los factores arriba apuntados, entre otros, demuestran el alto grado de complejidad e indeterminación en la implementación de cambios en el contenido o en la gestión de las políticas públicas en general. Se hace urgente llevar a cabo cambios en la gestión de políticas públicas de inclusión social, que sean eficaces en la articulación de los principios de descentralización/municipalización de las políticas. Es también necesaria la participación comunitaria en la toma de decisiones, en el acompañamiento y en la fiscalización de las políticas y de los programas. Precisamente, es la sociedad del poder público y de entidades comunitarias y filantrópicas de donde podrá surgir una incorporación más legítima en la ejecución de nuevos programas en esa área.

### 3. *Las reformas estructurales*

Vivimos en una época en la que la capacidad creadora, proveniente de la acción colectiva de nuevos sujetos sociales, amplía considerablemente el ejercicio de la ciudadanía por parte de aquellos segmentos sociales oprimidos y excluidos por alguna razón. En ese nuevo escenario, resulta inútil que nos limitemos a teorizar sobre la función del Estado, pues la sociedad brasileña tiene problemas urgentes y concretos que debe resolver. La inversión en políticas públicas preventivas en el área de la salud, educación, seguridad es un prerequisite de la inversión económica y una garantía del ejercicio de la ciudadanía que constituye uno de los fundamentos del Estado Democrático de Derecho.

La formación de asociaciones locales, deportivas, culturales, religiosas, principalmente en las áreas de alto riesgo (inseguridad), debe ser alentada, pues facilita y revitaliza el tejido social, reduciendo la desocupación de los jóvenes. Reunir iniciativas comunitarias, venidas de los movimientos de mujeres, profesores, médicos, empleados, jóvenes, permitiría la incorporación más legítima y transparente de los diverso acto-

---

<sup>19</sup> Bruno, L. D., (2002): *As mudanças na agenda das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação*, Alysson Carvalho y otros edtrs., Belo Horizonte: Ed. UFMG; PROEX.

res involucrados en los procesos decisionales, conferiría una mayor organicidad y autenticidad en esas actividades, potenciando el ejercicio de reinscripción de la solidaridad en el contexto social, así como de recursos y capacidades autónomas de cada una de las comunidades involucradas en el proceso.

La Constitución brasileña de 1988 vino a consolidar el rescate del papel de los municipios, confiriéndoles mayor autonomía y responsabilidad, trayendo cambios importantes en lo que se refiere al poder local. Es en el plano local donde se encuentran las mayores oportunidades de elección en términos de políticas públicas y donde se presentan las mayores ventajas para la participación de los actores locales. Cabe recordar que el Estado no es el único responsable de la creación e implementación de políticas públicas; aunque sean reguladas y tímidamente promovidas por el Estado, engloban preferencias, elecciones y decisiones privadas que pueden ser analizadas y cuestionadas por el ciudadano.

#### 4. Consideraciones Finales

Sabemos que frente al *impasse* de la civilización moderna en crisis no hay salidas ni respuestas fáciles. La modernidad racionalizó las esferas política, económica y cultural, convirtiéndolas en autónomas y libres de las influencias religiosas del Antiguo Régimen.

La crisis de los valores de la modernidad nos causa inquietud en orden a la elección de actitudes a adoptar. Es cierto que el desencantamiento del mundo no se reduce al triunfo de la razón, aunque ésta sea una poderosa arma crítica contra todos los totalitarismos que someten al hombre a órdenes diversos que no sean el de su libre voluntad.

La modernidad sustituyó la sujeción del hombre al mundo por la integración social, considerando que, en un primer momento, el hombre formaba parte del mundo y, en un segundo momento, pasaría a tener su papel definido dentro de ese mundo. Así, para que el sujeto pueda surgir, es necesario que se produzca la transformación del individuo en un actor insertado en las relaciones sociales.

En ese contexto, el sujeto y el actor se convierten en nociones inseparables en la construcción de una efectiva ciudadanía dentro del paradigma democrático de la modernidad, en el que el individuo se constituye como un actor precisamente para proteger y extender su libertad,

sin cualquier tipo de sumisión a los acontecimientos que intentan dirigir su vida, su voluntad y sus posibilidades.

Es el sujeto que puede recobrar la promesa de emancipación de la modernidad, al lado de la funcionalidad de la vida. Las luchas que se posicionan contra la violencia estructural, es decir, en contra de todo lo que nos es impuesto como algo natural —hambre, miseria, desigualdades sociales— acaban siendo instrumentos de emancipación y valorización del sujeto, transformándolo en actor social.

El Estado moderno, fruto del liberalismo burgués que se erigió como guardián de los derechos fundamentales de los individuos, ha pasado por serias críticas en cuanto a su función, especialmente en una sociedad cada vez más compleja y contradictoria, en la que el Estado moderno ha sido llamado a intervenir, surgiendo de allí el Estado social, cuyo proyecto fracasó, pues las sociedades periféricas divididas entre las demandas por intervención y los derechos sociales aliadas a la precaria universalización de los derechos fundamentales, quedando debilitado el ejercicio de la ciudadanía .

Actualmente, presenciamos una infinidad de discusiones polémicas que intentan hacernos reflexionar sobre la necesidad urgente de que caminemos rumbo a una nueva significación de la ciudadanía, desde la redefinición del papel del Estado y de sus relaciones con la sociedad. Es importante resaltar que no se trata de sustituir al Estado por la sociedad civil, sino sólo de auxiliarlo. La participación consciente, organizada y responsable de los actores sociales en los asuntos de interés público se transforma en un elemento constituyente esencial de prevención de la violencia estructural, del ejercicio de la democracia, y de un fuerte indicador de crecimiento social y comunitario.

Frente a la quiebra del Estado intervencionista, paternalista, centralizador, características éstas que generan violencia estructural por su incapacidad de actuar en todas las esferas al mismo tiempo y en el espacio en el que surgen las demandas económicas, políticas y sociales, es de fundamental importancia que se elaboren nuevos diagnósticos y nuevas propuestas alternativas de políticas públicas capaces de enfrentar, superar e interrumpir la violencia estructural. El Estado, con el auxilio de la sociedad civil, debe promover y tutelar la libertad, la armonía y la democracia como formas del ejercicio pleno de la ciudadanía y de la garantía de los derechos fundamentales del ciudadano.

*Bibliografía*

- BARRETO, Maria Inês (2002): «As organizações sociais na reforma do Estado brasileiro», en Pereira, Luiz Carlos Bresser y Nuria Cunill Grau edtrs., *O público não-estatal na reforma do Estado*. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (2005): *Os novos desafios da cidadania*, trad. C. Gorzevski, Santa Cruz do Sul; EDUNISC.
- BOULDING, E., (1991): *Las mujeres y la violencia. La Violência y sus causas*, París: Ed. UNESCO.
- BRASIL (2003): Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988/obra coletiva de autoria da Editora Saraiva com a colaboração de Antônio Luiz de Toledo Pinto, Márcia Cristina Vaz dos Santos Windt e Livia Céspedes, 31 ed., São Paulo: Saraiva.
- BRUNO, L. D., (2002): *As mudanças na agenda das políticas sociais no Brasil e os desafios da inovação*, Alysson Carvalho y otros edtrs., Belo Horizonte: Ed. UFMG; PROEX.
- (2003): *Políticas Públicas*, Alysson Carvalho y otros edtrs., Belo Horizonte: Ed. UFMG; PROEX.
- DAGNINO, Evelina (2001): *Os movimentos sociais e a emergência de uma nova cidadania*, São Paulo: Ed. Brasiliense.
- DECACHE, Maia F., (2001): *Pobreza, crime e trabalho*, São Paulo: Ed. Ática.
- FURTADO, C., (2001): *O Mito de Desenvolvimento Econômico*, Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra.
- GESTA Leal, Rogério (2000): *Perspectivas Hermenêuticas dos Direitos Humanos e Fundamentais no Brasil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- (2001): *Gestão Pública Compartida e Organizações Sociais: um novo paradigma à Administração Pública*, R. Gesta leal y L.B.E. Araujo coord., *Direito Sociais & Políticas Públicas: desafios contemporâneos*, Santa Cruz do Sul: EDUNISC.
- GONÇALVES, Vânia Mara Nascimento (2003): *Estado, Sociedade Civil e princípio da subsidiariedade na era da globalização*, Rio de Janeiro: Renovar.
- KANT, Emmanuel (1996): *Sobre a Pedagogia*, Piracicaba: Ed. Unimep.
- LEFORT, Claude (1989): *A invenção democrática: as origens do totalitarismo*, São Paulo: Brasiliense.
- LOPES, M., (2004): *Constituição da República Federativa do Brasil* São Paulo: Revista dos Tribunais.
- MINAYO, M. C. S., (2001): *Comentários sobre Violência e Saúde*, Rio de Janeiro: Fiocruz/Secretaria de Desenvolvimento Educacional.
- NETO, Cruz (1995): *Corpos e Sonhos Destruídos: Relações entre Violência, Pobreza e Exclusão Social*, Tese de Doutorado, Rio de Janeiro: ENSP/Fiocruz,

- PEREIRA, Luiz Carlos Bresser (2003): *Entre o Estado e o Mercado: o público não-estatal*, en Nuria Cunill Grau edtr., *O Público não estatal na reforma do Estado*, Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas.
- PIMENTEL, Anderson (1998): «Balanço do neoliberalismo», *Pós-Neoliberalismo*, Rio de Janeiro: Ed. Paz e Terra.
- ROUSSEAU, Jean Jacques (1995): *Emílio ou da Educação*, São Paulo: Ed. Martins Fontes.
- SILVA PEREIRA, Tânia (da) (1998): *Direito da Criança e do Adolescente. Uma Proposta Interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.
- (2003): *O melhor interesse da criança: um debate interdisciplinar*, Rio de Janeiro: Ed. Renovar.
- TORRES, Silva Faber, (2003), *O princípio da subsidiariedade no direito público contemporâneo*. Rio de Janeiro: Renovar.
- VIEIRA, Liszt (2003): *Os argonautas da cidadania a sociedade civil na globalização*, Rio de Janeiro: Ed. Record.
- WOLKMER, Antônio Carlos (1994): *Pluralismo Jurídico. Fundamentos de uma nova cultura do Direito*, São Paulo: Alfa Omega.



## Bioética y Democracia

Por  
Salvatore Amato

**Resumen:** Nuestro punto de partida arranca de la consideración de la percepción de la corporeidad entre diversas culturas. Se plantea el problema de cómo se supera el relativismo y se incluyen los principios y el deber moral en esquemas jurídicos universales. Desde esta perspectiva nuestra reflexión vuelve a examinar la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 31 de marzo del 2004 sobre la definición de normas de calidad y de seguridad para la donación, el abastecimiento, el control, la elaboración, la conservación, el depósito y la distribución de tejidos humanos y células; el Proyecto de Recomendación sobre la investigación que utiliza material biológico humano aprobado por el Comité directeur pour la bioéthique (CDBI) el 20 de octubre 2005; la Declaración universal de bioética y derechos humanos, adoptada por aclamación, el 24 de junio del 2005 por la XXIII sesión de la Conferencia general de la UNESCO.

**Abstract:** The key question of our essay is whether the historical symbiosis of law and cultural development about the human body that has always characterized western civilization can be generalized on a global scale without exhausting its identity and its philosophical foundation. Our work will examine: the Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells; the *Projet de recommandation sur la recherche utilisant matériel biologique humain*, adopted by the Comité directeur pour la bioéthique(CDBI) on 20 october 2005 *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, adopted by XXIII General Conference of Unesco on 24 june 2005.

### 1. *El pot pourri genético*

Neurath, en el curso de la polémica sobre los protocolos, observa que «somos como marineros que deben reparar su barco en mar abierto sin poderlo desmantelar en una cuenca para reconstruirlo con mejores materiales» (Neurath, 1968, 56). Podríamos repetir la misma frase para describir la actual situación de la experiencia jurídica: no existe ya un lugar privilegiado de observación en el cual reconstruir un tejido unitario de lectura. No existe a nivel nacional, donde la variedad de los impulsos sociales y la rapidez de los cambios impiden cualquier pretensión de estabilidad dogmática, no existe a nivel internacional en el cual profundas diferencias culturales y políticas acentúan la rapidez del cambio. Ahora se considera típico del derecho moderno crear una especie de «caja negra» en la cual se aglomeran en su inmediatez, tendencias existenciales antes que exigencias éticas, condicionamientos sociales antes que líneas de política legislativa, procesos ideológicos antes que modelos culturales. El derecho parece tan solo el último reflejo de todo esto. Un reflejo ciertamente decisivo, mas no por la capacidad de atribuir una propia connotación a los acontecimientos, confiriendo un específico revestimiento sistemático a pretensiones indeterminadas y sopesando valores e intereses. Al derecho se le pide lo más, precisamente lo contrario: poner una pieza judicial o legislativa sobre pretensiones y situaciones que ya han tenido sus propios desarrollos, que no significa que se repropondrán en el futuro en los mismos términos, que no son sistematizables y que sería de todos modos poco conveniente pretender que se vsistematizaran, porque las preguntas y las perspectivas cambian, los valores son equívocos y los intereses difícilmente conciliables...

Esta tendencia del derecho a asumir un papel residual, «reflejado», se coloca en el cuadro global de la teoría del *derecho mite o soft law*. Lo ideal sería una normativa que se limite a «reflejar» la praxis, reproduciendo la pluralidad indeterminada de las manifestaciones a través de normas flexibles, abiertas, desvinculadas de cualquier rígida connotación contenutística o institucional. No siendo posible garantizar la justicia, se tiende al menos a reducir los márgenes de injusticia, a través de *sunset rules*, normas «a tiempo», destinadas a ser revisadas a plazos pre-determinados. La precariedad parece ofrecer una tutela mayor de la estabilidad, por lo cual viene confiado propiamente a la «certeza de la incerteza» del derecho (en términos sofisticados podríamos decir al *soft law* contra *l'hard law*, al derecho dialogante contra el derecho imperante) la tarea de alimentar al menos la ilusión de una posibilidad de justicia.

Siguiendo la sugerencia de Neurath, deberíamos antes de nada ponernos a recoger los detritos, valorando hasta qué punto podrían todavía estar juntos en un plausible cuadro normativo, en qué términos, con qué condiciones. El aspecto más delicado y completo de este trabajo está constituido por las relaciones entre identidad humana y desarrollo científico. Uno de los mayores sociólogos de nuestro tiempo, Ulrich Beck (2000), sostiene que debemos considerar la ciencia como una forma de «subpolítica» en el sentido de que modifica la sociedad y altera las relaciones sociales sin pasar por las tradicionales formas de legitimación de la democracia deliberativa. El progreso, en cualquier caso, ha sustituido el voto porque el proceso legislativo, el proceso político tradicional de valoración y decisión, adviene, sí y cuando adviene, solamente después de que la praxis haya impuesto un horizonte nuevo de modelos y de comportamientos. Hemos tenido, en estos últimos años, toda una serie de actividades, desde la fecundación asistida a la manipulación genética, a la clonación, que se han auto-legitimado: el derecho se ha limitado a avalar lo que ya sucedía, creando categorías conceptuales (cesión de servicios procreativos, maternidad subrogada, patente ...), restringiendo o alargando los propios parámetros de valoración en relación al continuo cambio de las peticiones.

El desarrollo científico nos muestra, además, que somos un conjunto heterogéneo de órganos, fragmentos, secuencias, genes, neuronas. Tenemos menos genes que una alcachofa y apenas más de la mitad de los de un gusano ; nuestro DNA es similar en el 99,9 % al de un mono, mas hay quien quiere dejarnos todavía alguna ilusión y habla del 98, 78 % (Ridley, 2005). Y la Comunidad europea parece avalar esta visión cuando afirma que, «entre las secuencias del DNA y las sustancias químicas no existen diferencias tales que justifiquen un diverso tratamiento en lo que se refiere al ámbito de protección conferido a una patente»<sup>1</sup>. Aparentemente esta visión no ha determinado radicales cambios en la tradicional enumeración de los derechos fundamentales. El único nuevo derecho que se ha reivindicado es, quizás, el «derecho a no existir» en su doble valencia de «cesar de existir» (eutanasia) y de «no empezar a existir» (desde el derecho al aborto hasta varios derechos reproductivos y a la responsabilidad por *Wrongful life*). Sin embargo, se pone de nuevo en discusión su fundamento y su amplitud. Se continua recurriendo a la catego-

---

<sup>1</sup> Relación de la Comisión al Consejo y al Parlamento europeo de 14.07.2005 COM (2005) 312 sobre «Desarrollos e implicaciones del derecho a las patentes en el sector de la biotecnología y de la ingeniería genética».

ría de la propiedad o de la personalidad, pero se está en contacto con partes de órganos, estructuras celulares, secuencias genéticas, que son cosas y son también personas, son objetos del yo y aspectos del yo, son reacciones químicas e informaciones, son informaciones para mí y para los otros. ¿Poseer un órgano es como poseer una casa? ¿Obtener la información contenida en el test del DNA es como obtener los datos de la declaración de la renta? ¿Reivindicar el derecho a los beneficios, por las licencias que derivan de los genes del propio bazo, es lo mismo que reivindicar la dignidad de la persona? ¿Hablar de la dignidad de la persona, invocando el derecho a la muerte, es lo mismo que preservar al derecho a la vida?

El derecho se encuentra con el deber de atribuir una calificación y por consiguiente un régimen jurídico a cada parte del cuerpo humano y mientras tanto debe considerar el cuerpo como elemento unitario de calificación de la identidad humana. El hecho de que órganos, fragmentos de órganos, genes, secuencias genéticas, neuronas tengan una propia autonomía biológica, ¿quiere decir que deben de gozar de un propio estatuto jurídico? ¿Y cuál? ¿Recaen en los poderes dispositivos? ¿Y de quien? ¿Pertenecen al cuerpo como una pertenencia? ¿Al científico que los manipula como una obra del ingenio? ¿Al sujeto como un aspecto de su identidad? ¿No pertenecen a ninguno como la basura? ¿Y una vez considerado el cuerpo como reserva de recursos bio-químicos pueden continuar considerándolo un aspecto de la identidad humana? Un juez americano, por ejemplo, ha establecido si vender la sangre puede ser considerado actividad empresarial<sup>2</sup>. Un juez francés ha debido decidir si podía ser confiscado, como una corbata o un mechero, el dedo que un detenido se había cortado en señal de protesta (Baud, 2003). En el famoso caso Moore, el Tribunal de California debía establecer a quién pertenecía el bazo extirpado después de una operación<sup>3</sup>. ¿Y la sangre extraída del Coroner para un control hemático? ¿El cuerpo conservado en el biobanco de un hospital? ¿Y los embriones congelados? ¿Y el DNA extraído para un control? (Hyde, 1997).

A menudo las partes del cuerpo aparecen como objetos, objetos particulares, pero en abstracto resultan asimilables al régimen patrimonial de los bienes muebles: se habla, en efecto, de donación o cesión de órganos, de gametos, de líneas celulares... A veces el régimen patrimonial podría

---

<sup>2</sup> *Green v. Commissioner* 74 T.C.1229 (1980).

<sup>3</sup> *Moore v. (1991): Regents of the University of California*, 793 P. 2d 479 (Cal. 1990), &. Denied, 111 S. Ct. 1388.

ser el de los bienes inmuebles, cuando se considera el cuerpo en su funcionalidad completa de «caparazón» de los órganos: el alquiler del útero. Otras veces, las partes del cuerpo interesan sólo como información sobre la persona individual (pruebas de paternidad, adquisición de las pruebas de un delito ...) o por la persona individual (predisposición a enfermedades, nivel de colesterol ...). Otras, aparece como energía: por ejemplo los filamentos del DNA para las nanotecnologías. Este mismo fragmento de DNA podría también transformarse en sujeto de derecho, en la hipótesis de la clonación o en el caso de las células embrionales. Por tanto, la misma entidad es, al mismo tiempo, bien mueble, bien inmueble, información, información privada y personal, información pública y de relevancia social, energía, sujeto. ¿Dónde va colocada la relevancia jurídica?

Se necesita partir de la idea de que el cuerpo ya no constituye un dato cierto y unívoco en la asunción de las calificaciones jurídicas: no define la identidad subjetiva, no delimita la esfera de los bienes extrapatrimoniales. A los vínculos naturalísticos les sustituyen las posibilidades dispositivas y las sugerencias manipulativas: puedo comprar o alienar órganos, secciones de órganos, células, líneas celulares, genes, secuencias genéticas. Aparece muy débil la línea de demarcación entre *aquello que soy yo* y *aquello que está en mí*. Si se acentúa el aspecto de aquello que soy yo, el cuerpo debería ser un elemento constitutivo de procesos de adquisición de la identidad subjetiva. Perdida cada referencia estable naturalística, el modo de observar y valorar la identidad aparece variable y mutable en función del sentido que se le atribuye al cuerpo o a las partes del cuerpo y viceversa, del sentido que el cuerpo y sus partes atribuyen al yo. A continuación (sub. 2) intentaré mostrar algunos de estos posibles modelos de identidad, tomando como referencia las numerosas reflexiones bioéticas que se han sucedido en estos años. En el siguiente tercer punto realizaré un examen de los reflejos jurídicos de aquello que *está en mí* y por consiguiente, el problema de la posible calificación jurídica del cuerpo.

## 2. *Redefinición del sujeto*

### Identidad personal

En Italia, el art. 5 del código civil, constituye la tradicional visión naturalística de la identidad psicofísica como elemento fundamental de

la unidad de la persona humana. A través de la indisponibilidad del cuerpo, el derecho erige un umbral de «no dominio» con el cual protege al sujeto de cualquier intromisión externa (derecho a la vida y derecho a la libertad personal) e interna : prohibición penal tanto del homicidio consentido (art. 579 código penal) como de la asistencia o instigación al suicidio (art. 580 c.p.). En esta visión del *dominus membrorum quorum nemo videtur* cualquier acto de disposición del cuerpo va encuadrada como excepción, legalmente predeterminada y rígidamente anclada en el principio de gratuidad. Un ejemplo de ello lo constituye la ley italiana de 16 de diciembre de 1999 n° 483 sobre el trasplante de hígado, que usa la expresión «se admite la donación de hígado», casi subrayando la singularidad de la concesión, añadiendo, como ulterior refuerzo de esta particularidad, «derogando la prohibición del art. 5 del Código civil».

### Identidad narrativa

El yo va más allá del cuerpo, pero se expresa con el cuerpo (Boyle, 1996). La existencia, entendida como proyecto de vida, determina el modo de ser y de gozar de cada parte del cuerpo. El principio de auto-determinación se convierte en la llave de legitimación de la identidad subjetiva. El cuerpo no es naturaleza, ni mercancía, ni interés... sino modalidad expresiva (como el rostro, la imagen, la voz o la propiedad intelectual). No encuentra ya su relevancia jurídica en el art. 5 c.c., sino en el complejo de normas constitucionales que unen el derecho a la salud al derecho a la libertad y a la autonomía individual y por tanto, a la idea que el individuo tiene de sí mismo y de la propia existencia (artículos 23,13,32 de la Constitución italiana). De ello, deriva una integral disponibilidad del cuerpo y de la vida dentro del cuadro del consentimiento informado y de la extrapatrimonialidad.

### Identidad social

La relación entre el yo y el cuerpo es una construcción social, variable y mutable. El cuerpo es un conjunto de partes como la *Divina Comedia* un conjunto de cartas. Existe sin embargo una trama, un sentido de las cosas que la sociedad expresa y determina. No todos los conjuntos de cartas constituyen la *Divina Comedia* y no todos los conjuntos de car-

tas son obras maestras, son para siempre, son para todos. En el mismo sentido, la sociedad teje, alrededor del cuerpo, una trama abierta de esquemas, en el interior de las cuales se encuadra la relación entre opciones subjetivas y valores históricamente compartidos. El derecho es considerado como «una actividad en curso», un continuo *problem solving*, que otorga repuestas específicas a preguntas específicas, soportando revisiones, replanteamientos y también cambios radicales. No existe ningún sentido *a priori* al cual reconducir cada cosa (y ni tan siquiera una teoría general de la existencia), pero es sólo la experiencia científica la que otorga, caso por caso, la relevancia social que nosotros debemos atribuir a un cierto acontecimiento (Singer, 1996). El cuerpo aparece, por tanto, como un recurso explotable comercialmente en el cuadro de una gestión del yo regulado por el consentimiento informado y por la existencia de un beneficio objetivo para la colectividad. Podemos pensar en una especie de disciplina privilegiada del cuerpo parecida a aquella de los bienes histórico-artísticos o a aquella otra de las especies protegidas, por lo cual sería hipotizable un mercado de servicios y de bienes biológicos, poseedores de un apreciable valor social. Un mercado controlado en los accesos y en la distribución para la tutela de los contrayentes débiles y a la salvaguardia de los intereses generales, con la rigurosa verificación, caso por caso, de la relevancia de la causa de la obligación. Una noción de «causa» extremadamente fluida y largamente indeterminada: más cercana a la *consideration* que a nuestros elementos constitutivos del contrato.

### Identidad empresarial

Es la visión que refleja principalmente la visión del cuerpo como conjunto heterogéneo de partes, ocasionalmente unidas en determinadas funciones... o como la *Divina Commedia* es un conjunto de cartas, podríamos repetir también, pero deberíamos añadir enseguida que no existe una trama que permita distinguir un conjunto de otro. Es inútil buscar una trama porque no hay un guión: existen sólo los intérpretes y ninguno tiene el derecho de echar una mirada entre bastidores. La identidad es biográfica, la biografía es biología y la biología es química y la química es el lenguaje que nosotros escogemos de dar a las cosas para leer el mundo y para trasformarlo. Esta forma de reduccionismo pone en discusión también el último residuo orgánico indicado en el dualismo fundamental entra el genotipo y fenotipo, entre el conjunto de las

características genéticas de un organismo y el organismo completo y visible como resultado de la interacción con el ambiente interno y externo. El cuerpo viene, por tanto, a coincidir con sus datos constitutivos: ahora es DNA, ahora es ya proteína, ya bazo, ahora Salvatore Amato... según infinitas variables, teniendo todas la misma relevancia jurídica. Terminamos, por tanto, por encontrarnos dentro un magma indiferenciado, en el cual no tiene ningún sentido poner de manifiesto el problema acerca de la unidad naturalística de identidad o de género o especie. No existen límites a la organización empresarial del Sí mismo y a la construcción de nuevas formas de vida en el cuadro de un completo *re-engineering* genético e informático: apertura integral a la lógica del mercado como instrumento ideal para garantizar la más eficiente colocación de los recursos y la más inmediata satisfacción de los deseos. Esta visión confiaría a la ciencia la tarea de «hacernos producir especialistas autorizados, de (hacernos) convertir en consumidores y adquirientes del «aumento» de nuestras facultades» (Gorz, 2003, pág. 99). Nada impide, entonces, transformar al hombre en un «ordenador con base proteica» (un conjunto de inteligencia artificial y de vida artificial), con un «nacimiento» biotecnológicamente controlado por una nueva ciencia que podríamos llamar «reprogenética» (Silver, 1997). Nada prohíbe imaginar el final del hombre tradicional y el paso a una identidad empresarial en donde el cuerpo y la mente sean el resultado cultural de un ensamblaje llevado a cabo según el *design* más en voga (Stock, 2002).

Nuestra experiencia jurídica está como atravesada de estas diferentes corrientes de identidades que empujan las normas ya en un sentido, ya en otro sin que emerja un claro cuadro ético. No creo que sea siempre posible asimilar los modelos de identidad a específicas elecciones de valor. Tenemos, seguramente, grandes líneas directivas que acercan la concepción personalista a las dos primeras formas de identidad y aquella utilitarista a las dos segundas, pero quedaría siempre una vasta zona gris. Aparentemente, la identidad empresarial debería ser aquella que tiende a aumentar el empuje hacia la autodeterminación y, por tanto, las elecciones de libertad. En realidad no es así: cuanto más se consiente en manipular y en alterar los propios caracteres genéticos menos elementos se tienen para limitar las formas de intervención y control público. El «certificado genético» como llave de acceso a los puestos de trabajo y al goce de los derechos es incompatible con el modelo de identidad personal, que presupone la existencia de una esfera intangible tanto del individuo como del estado.

Pero si reconstruimos la identidad en términos de maximización de *les chances* genéticas resulta difícil detener la caída hacia un posible control eugenético, unido a la prestación de trabajo, a las relaciones de mercado, a los controles conexos y a la relativa responsabilidad como ya está sucediendo en las varias formas de biovigilancia y para la particular configuración del daño existencial unido al *wrongful life* (Buchanan, 2000).

### 3. *Redefinición del objeto*

Como se ve, la identidad subjetiva incide sobre el modo de concebir el cuerpo y en tanto, está condicionada por las concepciones del cuerpo. Todavía la búsqueda de una identidad que se construye con el cuerpo (identidad personal e identidad narrativa) o por medio del cuerpo (identidad social e identidad empresarial) no coincide con el problema de las claves de lectura jurídica del cuerpo como objeto de disposición. Las dos líneas, la de la subjetividad y la de la corporeidad, no coinciden ni sobre el plano de las referencias dogmáticas ni sobre el de las elecciones de valor. El discurso sobre la identidad subjetiva se ha desarrollado sobre el plano teórico sin encontrar, al menos en apariencia, explícitos reclamos normativos y jurisprudenciales.

Por el contrario, sobre la dimensión objetiva de la corporeidad tenemos numerosísimas decisiones judiciales que, debiendo responder a precisas reivindicaciones (por ejemplo: a quién pertenece la propiedad de un embrión o del DNA), han tomado en examen diversos esquemas de calificación jurídica de las partes separadas del cuerpo humano, de los genes y de las secuencias genéticas, antes y después de la muerte. Sobre esta visión del cuerpo actúa, de manera siempre más acentuada, la sugestión reduccionista en base a la cual el hombre (y con mayor razón las partes de su cuerpo) no es otra cosa, como cualquier forma de vida, que una reacción química regulada por la física: el DNA en el fondo es sólo un mixto de física y química. Esta convicción actúa, como hemos visto, sobre la identidad individual haciendo plausible la idea de que cada uno sea el empresario genético de sí mismo (Richardson and Bryan S. Turner, 2002). Sin llegar a estos extremos, el cuerpo se encuentra inserido tendencialmente dentro de la esfera patrimonial regulada por el principio dispositivo, asumiendo distintos niveles de relevancia, entre ellos a menudo incompatibles.

Emergen principalmente cuatro modelos de calificación que podemos leer a través de una línea horizontal progresiva de crecimiento en la conciencia dogmática.

### Propiedad – Identidad – Información – Salud

Sin embargo, podríamos leerlos también como un proceso circular de recíprocos reclamos, interferencias y contradicciones.

#### Propiedad

Se ha afirmado que los jueces tienden a rechazar la idea de propiedad sobre el cuerpo, a pesar incluso de que después terminen por aplicar la lógica. Se determina una especie de círculo vicioso, por cuanto los jueces niegan que se pueda hablar de un derecho de propiedad, recurren a una especie de vínculo de destinación, que sería violado todas las veces en las cuales se modifica el originario motivo de adquisición. Vínculo de destinación que en cualquier modo evoca el poder dispositivo del sujeto y, por tanto, recae en la esfera del derecho de propiedad. El caso Moore, en cualquier caso, ha reunido en sí todas estas tendencias heterogéneas, poniendo claramente el problema de una definición de los derechos patrimoniales sobre el cuerpo y sobre el DNA. Creo que, observando el complejo de los estudios a los cuales ha dado vida, se puedan identificar al menos cuatro posibles encuadramientos jurídicos.

- 1) La tutela del vínculo biológico por el cual el cuerpo y el DNA son una pertenencia del sujeto y no pierden tal cualidad ni siquiera en caso de separación.
- 2) La tutela de la manipulación intelectual (patente), por la cual sobretodo las partes separadas del cuerpo humano y el DNA son consideradas una especie de *res nullius* y, por tanto, pertenecen a quien se apodera primero de las mismas (teoría del *first possession*). La legítima apropiación presupone una manipulación científica necesaria para hacer el bien socialmente útil.
- 3) La tutela del vínculo de destinación, por lo tanto el cuerpo y el DNA son considerados como un conjunto de bienes (como el caso de la empresa) destinados al mismo fin. El vínculo de per-

tenencia no sería, por tanto, absoluto y natural como en el modelo sub 1), pero sí fundado sobre las elecciones subjetivas y sobre la funcionalidad biológica. Es una visión coherente con la imagen de un individuo que se convierte en el empresario genético de sí mismo.

- 4) La tutela del cuerpo y del DNA como bienes sujetos a una disciplina privilegiada similar a la de los bienes histórico-artísticos o a aquélla de las especies protegidas, por la tanto sería hipotizable un mercado de servicios y de bienes biológicos. Un mercado controlado en los accesos y en la distribución a tutela de los contrayentes débiles y a la salvaguardia de los intereses generales, con la rigurosa verificación, caso por caso, de la relevancia de la causa de la obligación. Una noción de «causa» más cercana a la *consideration* que a nuestros elementos contractuales. De este modo se evitaría el riesgo de la equiparación del cuerpo a las cosas. Se evitaría también una integral mercadería, porque las posibilidades dispositivas estarían vinculadas a la consecución de una utilidad social. Permanecen algunas perplejidades sobre la posibilidad de que se impidan, al afirmarse de esta perspectiva, formas cada vez más evidentes de socialización del cuerpo que arrojan sombras inquietantes sobre el futuro de la libertad individual.

### Identidad

Aquí la identidad no la tomamos más en consideración, sobre el modelo del punto a), en su conjunto, sino como manifestación, específica y determinada, de un aspecto del cuerpo. El hígado o el DNA no son el yo ni el cuerpo, no son ni siquiera «otra cosa diversa del cuerpo»: un cualquier objeto del mundo. ¿Qué son? Se ha pensado si resolver el problema, construyendo una figura dogmática que posea las mismas características y la misma tutela del derecho a la imagen. El DNA o el hígado como elementos fundamentales de mi identidad merecen la misma tutela jurídica de mi imagen o de mi voz. Este derecho al cuerpo como derecho a la imagen ha asumido, principalmente en la jurisprudencia americana, una doble valencia unida a los valores de la *dignity* o de la *property*. El cuerpo-imagen como derecho de la personalidad y por tanto, como tutela del valor indisponible de la dignidad individual o bien, el

cuerpo-imagen como derecho de propiedad sobre la «publicidad» (*publicity*) y, por tanto, sobre el derecho a la tutela del valor patrimonial de las diversas expresiones de la identidad, un derecho elaborado especialmente con referencia a las personalidades del espectáculo o del deporte (Kahn, 2000).

### Información

La tutela de la imagen hace referencia al problema de la información. El cuerpo es también (y, por efecto del DNA sobre todo) información. Información sobre mí, y por tanto, privada y subjetiva, pero también información sobre la naturaleza humana y por consiguiente social y pública. He aquí la ambivalencia: puede ser considerada un derecho (el derecho de conocer a los propios progenitores biológicos, el derecho de conocer las propias predisposiciones a enfermedades genéticas, el derecho de no saber, el derecho a que otros no sepan, el derecho a la *privacy*) o un deber, el deber de otorgar toda la información disponible (controles legales sobre la comisión de delitos, sobre la filiación, sobre la compatibilidad de órganos para los trasplantes...). También en este caso aparece extremadamente difícil determinar donde termina lo «mío», la visión privada e indiscutible de nosotros mismos, y donde empiezan sus reflejos sociales. La información, contenida en el cuerpo y en el DNA, asume valencias que varían dependiendo de los contextos, presentando una continua sobreposición de instancias raramente conciliables. El derecho de conocer donadores compatibles encuentra límites, frecuentemente trágicos, en la tutela de la *privacy*. El derecho de conocer los propios padres biológicos no es compatible con el deseo de permanecer anónimo por parte del progenitor natural o del donador de gametos.

Como hemos observado precedentemente, cuanto más se afirma la idea de una socialización del cuerpo y de la relativa información sobre el cuerpo más difícil resulta garantizar la libertad personal y he aquí la otra vertiente del problema: la vertiente menos dramática, pero más inquietante. Las exigencias de seguridad imponen formas cada vez más precisas de identificación y de autenticación subjetiva. La sangre, el DNA, el iris del ojo, la respiración permiten identificar un sujeto con mayor certeza que la fotografía y el nombre sobre un pasaporte, también contribuyen a adquirir información sobre su estado de salud, sobre sus modelos de vida. En los Estados Unidos, por ejemplo, han sido denun-

ciados por insubordinación diversos militares que han rechazado someterse a test genéticos o de dar muestras de sangre, de saliva, o de tejidos epiteliales (Andrews, Nelkin 2002). ¿El interés público a perfeccionar instrumentos de identificación (biometría) puede prevalecer sobre el derecho a la intimidad convirtiéndose en una forma de «bio-vigilancia»? Por inciso, el caso específico ha sido resuelto por un *executive order* de Clinton en febrero de 2000 que ha declarado ilegales los test sobre funcionarios federales, pero el problema permanece abierto... ¿cómo hacemos para decir no a la administración militar y sí al hijo que, para una correcta terapia, debe conocer los datos genéticos de los padres? ¿La «bio-vigilancia», recomendada a los bio-bancos, es una capa protectora que garantiza a cada uno tutela y asistencia o es la premisa para la eliminación de cualquier espacio subjetivo y privado?

### Salud

Estas preguntas traen nuevamente a la luz el doble régimen de lectura del cuerpo, elemento de la identidad individual y recursos sociales. Por tanto la información incide sobre la salud como derecho o como deber. Los test genéticos son un aspecto del derecho, pero apenas se ha dicho, pueden convertirse en una forma de bio-vigilancia que condiciona la admisión en los puestos de trabajo, la petición de adopción, la concesión de la asistencia médica o de un seguro contra enfermedades o sobre la vida. La línea de demarcación no es a menudo tan neta como en el caso del *executive order* de Clinton. Por ejemplo, los test genéticos predecibles en el campo de la adopción pueden esconder un sutil egoísmo eugenético, pero pueden constituir también un necesario instrumento para garantizar el bienestar del niño.

El derecho a ser informado podría convertirse en «deber de no existir», si los costes sociales crecen junto a los vínculos públicos de convertirse en empresarios genéticos de sí mismos. Los bio-bancos, a su vez, son ahora ya tanto un instrumento privado para la tutela de la salud y de la investigación como una fuente pública de recursos e informaciones. Miles de órganos y millones de tejidos celulares y secuencias de DNA han sido recogidos en estos años (Bawden, 2002): solo ahora empiezan a interrogarse sobre el modo mediante el cuál han sido adquiridos, sobre la legitimidad de la adquisición y sobre el título jurídico de su gestión y utilización: ¿cuántas veces ha sido pedido efectivamente el

consentimiento, cuántas se ha dado una información correcta y quién controla la gestión? (Harris, 2002).

#### 4. *Un self-service normativo*

Todos estos diferentes modelos jurídicos son, al mismo tiempo, verdaderos y falsos. En el sentido de que nos encontramos en un pantano pragmático constituido por decisiones judiciales y singulares actos individuales: una especie de *self-service* normativo en el cual un científico, o una empresa, o los intereses complejos de empresa y ciencia asumen los datos tecnológicamente útiles y los transforman en instrumentos de regulación. Un *management* judicial que se convierte en expresión del *management* mundial del comercio y de la información ; en el que el derecho aparece sólo como una glosa de la ciencia y del mercado en el sentido de que se adapta y readapta continuamente a sus específicas exigencias (Legendre, 2000). Si el realismo jurídico amenaza con no considerar «ley» a aquéllo que viene aprobado por el parlamento, pero sólo a aquéllo que «juega un papel en la vida de la comunidad», ahora tenemos una comunidad que, bajo el empuje de la ciencia, crea una «cosa... administrada e interpretada por los tribunales» (Waldron, 2001) y esta «cosa» asume carácter de modelo regulativo, independientemente de cualquier proceso democrático de aprobación.

Esta articulación normativa a «estratos variables», en la cual cada uno ve aquello que desea y coge aquello que quiere, se confirma por las escasas tentativas que encontramos en la comunidad internacional para tratar de ofrecer un cuadro unitario de lectura de todos estos fenómenos. Examinaré, en particular, la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 31 de marzo del 2004 sobre la definición de normas de calidad y de seguridad para la donación, el abastecimiento, el control, la elaboración, la conservación, el depósito y la distribución de tejidos humanos y células<sup>4</sup>; el Proyecto de la Recomendación sobre la investigación que utiliza material biológico humano de 19 de octubre 2005<sup>5</sup>, la

---

<sup>4</sup> *Directive 2004/23/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on setting standards of quality and safety for the donation, procurement, testing, processing, preservation, storage and distribution of human tissues and cells, L 102/48 Official Journal of the European Union, 7 Abril 2004.*

<sup>5</sup> *Projet de recommandation sur la recherche utilisant matériel biologique humain, aprobado por el Comité directivo para la bioética (CDBI) el 19 de octubre de 2005.*

Declaración universal de bioética y derechos humanos<sup>6</sup>. Los dos primeros documentos regulan la utilización de material biológico humano, el tercero delinea los valores mínimos y fundamentales que la comunidad internacional debería tutelar en bioética. Mi impresión es que, emergerá del conjunto, un cuadro extremadamente confuso en el cual las declaraciones de principio sirven sólo para esconder la precariedad de las formas de tutela y que se ceda a los intereses de mercado.

La Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de Europa de 31 marzo de 2004 tiene por objetivo la tutela de la salud mediante la imposición de normas europeas de calidad y seguridad para la toma de muestras y la conservación de tejidos y de las células humanas destinadas a la aplicación en el hombre. Intenta, en definitiva, poner orden a aquel conjunto, a menudo casual y caótico de biobancos que se han venido formando en estos últimos años, sin ningún cuadro jurídico de referencia que discipline las modalidades de toma de muestras y conservación, el consentimiento informado, la propiedad del material genético y el uso de las informaciones. Impone a cada uno de los estados, tanto prever específicas normas sobre la acreditación, la autorización y el registro de los institutos que intentan tomar muestras, conservar, importar, exportar material biológico así como garantizar medidas de vigilancia, inspección y control. Se ocupa de todos los problemas menudos de elaboración, etiquetación, embalaje, transporte, indicando algunos principios fundamentales: el principio de localización por el cual todas células y los tejidos extraídos, elaborados, conservados o distribuidos deben ser localizados en el recorrido del donador al receptor y viceversa (art. 8)<sup>7</sup>, el principio del consentimiento informado (art. 13); el principio de discreción y protección de los datos personales (art. 14), el principio de donación. En este último caso, no existe una verdadera y propia obligación de los estados, sino un simple vínculo ético, porque el art. 12 afirma que estos «se empeñan para garantizar donaciones voluntarias y gratuitas» y en el n° 18 del preámbulo de la Directiva se afirma que sólo «en via de principio, los programas de aplicación de tejidos y células deberían basarse en la filosofía de la donación voluntaria y gratuita, de conservar el anonimato del

---

<sup>6</sup> *Universal Declaration on Bioethics and Human Rights*, adoptada por aclamación, el 24 de junio de 2005 por la XXIII sesión de la Conferencia General de la Unesco.

<sup>7</sup> Tal encuentro se ha ocupado de nuevo, además, de todos los datos pertinentes, concernientes a productos y materiales que entran en contacto con los tejidos y las células en cuestión.

donante y del receptor, del altruismo del donador y de la solidaridad entre donador y receptor». Entonces, en principio, podría considerarse deseable la filosofía de la donación: de hecho, ¿puede ocurrir lo contrario? ¿Es un cambio de perspectiva respecto al art. 21 del Convenio sobre los derechos humanos y la biomedicina<sup>8</sup> según el cual «*Le corpe humain y ses parties ne doivent pas être, en tant que tels, source de profit*»? ¿O bien tenemos el enésimo *self-service* normativo, por tanto existen las normas fácticas, las normas de fachada y las normas reales, los valores afirmados en abstracto y los intereses económicos tutelados en concreto?

El otro aspecto de este *self-service* esta representado por la pluralidad de calificaciones jurídicas por lo cual la normativa se debería aplicar a los tejidos y a las células, entre ellas las células estaminales hematopoiéticas de la sangre periférica, de la sangre del cordón umbilical y de la médula ósea, a las células reproductivas (óvulos, esperma), a los tejidos y a las células fetales y a las células estaminales adultas y embrionales, pero no a la sangre, a la sangre y a sus productos (diferentes de las células procreadoras hematopoiéticas), a los órganos humanos y a los órganos, a los tejidos o a las células de origen animal. Por consiguiente, tenemos: la sangre, los productos y derivados de la sangre, las células estaminales de la sangre... cada una con su específico relieve normativo. Se tiene además presente que la disciplina no se aplica a los tejidos y a las células utilizadas para el trasplante autólogo, al uso de células y tejidos en productos cosméticos (prohibida por la directiva 95/34/CE de la Comisión de 10 de julio de 1995), a la investigación que hace uso de tejidos y células humanas, por ejemplo para fines diferentes de la aplicación al cuerpo humano, con la investigación *in vitro* o sobre modelos animales. El horizonte se alarga, además de a la sangre, a los productos y derivados de la sangre, a las células estaminales de la sangre, ahora debemos añadir las células de la sangre utilizadas para el trasplante autólogo, las utilizadas para la investigación, las utilizadas para la cosmética... sería divertido reconstruir la arquitectura jurídica de estos infinitos peldaños que, de fragmento en fragmento, nos reconducen hasta el cuerpo humano completo. Un cuerpo atravesado, como el de Gulliver en Lilliput, de infinitos filamentos normativos cada uno bien fijado en el terreno de los intereses y cada uno que tira de la cuerda por su cuenta, independientemente de los otros.

---

<sup>8</sup> Firmada en Oviedo el 14 de abril del 1997 y ratificada por parte del Parlamento Italiano mediante la ley de 28 de marzo de 2001, n.145.

Incluso la Recomendación sobre la investigación que utiliza material biológico alude al tema de los biobancos y nace de la exigencia de poner orden en un sector que ha visto en los diferentes países de la Comunidad la difusión y no sólo praxis más o menos conformes con la protección jurídica de la persona evocada por el Convenio de Oviedo, sino también programas genéticos de poblaciones, como en el caso de Islandia, con la creciente tendencia a la comercialización de partes del cuerpo humano.

La prohibición de extraer provecho del material biológico es, en este caso, más decidida de la contenida en el art. 12 de la Directiva, aunque encontramos un inciso de dudosa lectura. El art. 7 dispone que «*Le matériel biologique ne devrait pas être, en tant que tel, source de profit*». ¿Que quiere decir «*en tant que tel*», expresión presente también en el art. 21 del Convenio de Oviedo? ¿Está para indicar que pueden existir situaciones en las cuales el material biológico, «*en tant que tel*», asume una calificación jurídica diferente y por tanto, sustraído a los límites de la Recomendación? Por ejemplo, ¿cuándo es considerada información, o *res*, o reacción química patentada? Como ya ha sucedido con la Directiva, tenemos diferentes niveles de lectura: material biológico identificable (art. 3) material biológico no identificable (art. 3), material biológico residual (art. 12), material biológico a escala de población (art. 17), material biológico anónimo irreversible (art. 23), tejidos embrionales y fetales (art. 2). La disciplina de estas diferentes hipótesis a veces se sobreponen y a veces se contraponen: el material biológico fetal y embrional no recibe ninguna tutela de la Recomendación, el residual y el anónimo poseen una tutela menor respecto al identificable, el material «a escala de población» privilegia los intereses públicos respecto a los derechos del sujeto. Queda después la enorme dificultad de una clara colocación de las singulares hipótesis dentro de las diferentes topologías. Por ejemplo, ¿las células estaminales extraídas del cordón umbilical recaen en el art. 2 como tejidos embrionales o fetales, en el art. 3 como material biológico identificable, en el art. 12 como material biológico residual?

Aquello que impresiona, también, en la Declaración sobre la bioética y los derechos humanos de la UNESCO es, independientemente del continuo reclamo a los valores, la ausencia de una norma que estaba presente en la Declaración universal sobre el genoma y los derechos humanos, emanada por la UNESCO en 1997, y que se encuentra en el Convenio de Oviedo. Ambas declaraciones usan la misma expresión «*shall*

*not give rise to financial gains*» (respectivamente art. 4 y art. 21) para sustraer el genoma y las partes del cuerpo humano a los condicionamientos del mercado: ¿cómo es que no ha sido repropuesta en un acto así de delicado como la Declaración universal sobre la bioética? ¿Su ausencia no quita significado a lo que se ha declarado en el art. 4 b por lo que «los intereses y el bienestar de la persona humana prevalecen con respecto al exclusivo interés de la ciencia o de la sociedad»? Incluso el principio de precaución que debería ser el reflejo más inmediato del art. 4, no viene explícitamente mencionado. Tenemos una versión dulcificada en el interior del art. 6 donde se afirma que, «cualquier decisión o práctica debe tender al beneficio de la persona interesada y a minimizar los posibles daños de tal decisión o practica». Muchos defensores de estas normas están convencidos de que ya ha constituido un gran éxito el haber hecho aceptar a algunos países (por ejemplo, los países de religión islámica) el principio del consentimiento informado en los tratamientos médicos, en otros países el respeto a la *privacy*, para otros los principios de justicia social. En definitiva, el texto es el fruto de una negociación política en la cual los países más pobres han obtenido tantas promesas de mayor equidad en la distribución de los recursos y, en cambio, han ofrecido algunas tímidas aperturas hacia los derechos individuales. Los países ricos han obtenido este reconocimiento de los derechos individuales y, en cambio, han ofrecido algunas declaraciones programáticas sobre la solidaridad y la cooperación, sobre la necesidad de reducir la pobreza y el analfabetismo.

Ninguno se maravilla de esta situación negociada y ambigua de las declaraciones internacionales ni de la tendencia, por parte de la Comunidad europea, a desarrollar una normativa «a estratos variables» a medida de los diversos intereses nacionales, económicos, ideológicos. Es un convencimiento difuso que la pluralidad de impulsos y la heterogeneidad de los valores impidan cualquier pretensión reguladora: el derecho se convierte en «flexible» y en «mite», plegando las normas a los impulsos de la praxis, a las pretensiones políticas, a las exigencias de la investigación y del mercado (Rodotà, 1992). Y creo poco en esta solución, ya sea en el plano teórico como en el plano político. Teóricamente estoy convencido de que el papel del derecho sea todavía (y, añadiría, sea siempre) el delineado en la Escuela histórica alemana: fijar la naturaleza de las relaciones, definir los elementos constitutivos, reconducirlos dentro de un cuadro lógico sistemático de ideas y conceptos. Políticamente creo que el aparato conceptual del derecho imperante, que se articula en el

claro cuadro dogmático de un *hard law* garantice y tutele los procesos democráticos mejor que el *soft law* y que el derecho dialogante, que pliega las normas a los empujes sociales más heterogéneos y varios, poniendo radicalmente en discusión la transparencia de los procesos decisoriales. Autorizando todo o nada, prohibiendo sin prohibir (emblemático el problema de la utilización con fines de lucro del material biológico y del principio de precaución), este derecho flexible está aparentemente «mitigado», abierto a la variedad de las instancias y a la multiplicidad de las culturas, pero en realidad impide cualquier efectivo control democrático: tenemos una práctica que se impone en el mercado y se afirma en los tribunales. Una praxis en contra de la cual no es posible oposición alguna por parte de los sujetos más débiles.

Una ley injusta o impopular se puede cambiar. ¿Y la praxis? Aparentemente crecen los espacios de libertad, porque no existen vínculos *a priori*, en concreto prevalecen los intereses más fuertes, porque tienen mayores recursos para invertir en la información y en las acciones judiciales. Como apuntaba Tocqueville, casi dos siglos atrás, «el juez parece introducirse en los asuntos públicos solo por caso; sino, que es un caso que se repite todos los días» (Tocqueville, 1981, pág. 122). Decisión por decisión, ha cambiado radicalmente la relación entre identidad humana y derecho sin que haya intervenido un serio debate democrático. Reapropiarse de los espacios democráticos significa reencontrar categorías y modelos jurídicos con los cuales encuadrar la pluralidad de los fenómenos que tenemos delante y con los cuales hay que ofrecer una precisa orientación para las elecciones colectivas.

### Bibliografía

- ANDREWS, L. e NELKEN D. (2002): *Il mercato del corpo*, tr. it. Milano: Giuffrè.  
 BAUD, J.-P. (2003): *Il caso della mano rubata*, tr.it., Milano: Giuffrè.  
 BAWDEN J. (2002): *Body Parts Controversies* in «The New Zealand Law Journal» May- 2002, pp. 153 ss.  
 BECK, Ulrich (2000): *La società del rischio. Verso una seconda modernità*, tr. it., Roma: Carocci.  
 BOYLE, James (1996): *Shamans, Software, & Spleens. Law and the Construction of the Information Society*, Cambridge (Mass.), London: Harvard Univ. Press.  
 BUCHANAN Allen et al coord. (2000): *From Chance to Chose. Genetics & Justice*, Cambridge: Cambridge Univ. Press.

- GORZ, André (2003): *L'immateriale. Conoscenza, valore, capitale*, tr. it., Torino: Bollati Boringhieri.
- HARRIS, John (2002): *Law and Regulation of Retained Organs: the Ethical Issues* in «Legal Studies», p. 53.
- HYDE, Alan (1997): *Bodies of Law*, Princeton: Princeton Univ. Press, 1997.
- KAHN, John (2000): *Biotechnology and the Legal Constitution of the Self Managing Identity in Science, the Market, and Society* in «Hastings Law Journal», 2000-51, p. 910.
- LEGENDRE, Pierre (2000): *Il giurista artista della ragione*, tr. it. Torino, Giappichelli, 2000.
- NEURATH, Otto (1968): *Proposizioni protocollari* tr. it. in *Sociologia e neopositivismo*, Roma: Ubaldini.
- RICHARDSON EILEEN, H. and TURNER BRYAN, S. (2002): *Bodies as Property: from Slavery to DNA Maps*, in A. Bainham et al (edited by), *Body Lore and Laws*, Oxford-Portland Oregon: Hart Publishing.
- RODOTÀ, Stefano (1992): *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari: Laterza.
- RIDLEY, Matt (2005): *Il gene agile. La nuova alleanza tra eredità e ambiente*, tr. it., Milano: Adelphi.
- SILVER, Lee M. (1997): *Remaking Eden*, New York, Avon Books, 1997.
- SINGER, Peter (1996): *Ripensare la vita*, tr. it. Milano: il Saggiatore.
- STOCK, Georg (2002): *Redesigning Humans: Our Inevitable Genetic Future*, Boston: Houghton Mifflin.
- TOCQUEVILLE, Alexis de (1968): *La democrazia in America*, tr. it., Torino: UTET.
- WALDRON, Jeremy (2001): *Principio di maggioranza e dignità della legislazione*, tr. it. Milano: Giuffrè.

# La mediación familiar como sistema de resolución de conflictos: características del proceso de intervención en mediación familiar frente al proceso judicial

Por

Antonio José Sastre Peláez

**Resumen:** La mediación familiar constituye un sistema de gestión positiva de los conflictos familiares, en especial los derivados de crisis de ruptura de la relación matrimonial y de pareja de hecho estable, que se encuentra inmerso en una nueva cultura occidental de la resolución pacífica de los conflictos interpersonales y grupales. Los legisladores occidentales, en especial los miembros del Consejo de Europa, a través de la Recomendación 1/98 del Comité de Ministros, han dado comienzo a una «carrera legislativa» por la regulación, en el derecho positivo, de una práctica que, en su formato moderno, deriva de la corriente de pensamiento del realismo jurídico fraguado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard (EEUU) en la década de los años setenta del siglo pasado. Son ya numerosas las legislaciones occidentales que han regulado el instituto de la mediación familiar como sistema complementario al de la Justicia de resolución de conflictos familiares. La doctrina ya ha asentado los principios esenciales de dicha institución, pero es la práctica de los profesionales de la mediación la que va construyendo y desarrollando el sistema. Se han constatado las ventajas de la intervención en mediación frente al proceso judicial. Sistematizar las mismas y confrontar ambos contextos de intervención (el judicial y el de mediación) es el objeto de este trabajo, para resaltar las ventajas y los inconvenientes de un sistema y del otro.

**Abstract:** Family mediation is a positive negotiation system for family conflicts, specially those who spring from crisis of the matrimonial break up and from relationship, stable, which is inside a new occidental culture of peaceful resolution of interpersonal or groupal conflicts. Occidentals legislators, specially Concil of Europe members by 1/98

recommendation of its Minister Committee, have begun a «legislative career» for the regulation in positive law of a practice which, in its modern format, come from the juridical realism thought consolidated in the Harvard University Law Faculty in the seventys of the last century. Nowadays there are lots of occidental legislations which have regulated the Family Mediation Institute as a complementary system of conflict resolution. Doctrine has established basic ideas of this institution, but the professional mediators experience is the one who constitutes and develops this system. Mediation is an advantage instead of judicial process. To systematize them and confront both of intervention contexts (the judicial one and the mediation one) is the objective of this lecture, to make stand out advantages and disadvantages of both systems.

### *Justificación*

Los sistemas autocompositivos emergen cada vez con mayor fuerza e intensidad frente a los sistemas tradicionales de heterocomposición de los conflictos (administración de justicia y tribunales arbitrales). Es una nueva cultura de gestión positiva y pacífica de las diferencias, que se fundamenta en una sociedad democrática desarrollada, donde las soluciones a los problemas se insertan en la idea de que las partes implicadas en los mismos son lo suficientemente maduras como para buscar sus propias soluciones sin que sean tuteladas por el Estado a través de los tribunales y cortes arbitrales. Su análisis y estudio son necesarios para tratar de encontrar las claves del relativo éxito de la implantación de estos nuevos sistemas, o más bien de esta nueva filosofía frente a los conflictos. No obstante, hay que recordar que, si bien es cierto que el formato moderno de la mediación como sistema alternativo de resolución de conflictos (A.D.R «Alternative Dispute Resolutions» en su versión anglosajona) nace en la facultad de derecho de la Universidad de Harvard en la década de los años setenta del siglo pasado, en todas las culturas y civilizaciones de todos los tiempos, siempre ha existido la figura del pacificador que ayuda a las partes a disminuir la tensión de las disputas y en su caso a resolverlas a través de la negociación.

La evolución conceptual del sistema ha sido la siguiente: en primer lugar, se consideró como un sistema alternativo de resolución de conflictos confrontado a los Tribunales; luego, dentro de un desarrollo más realista, como sistema complementario a los Tribunales de resolución de

conflictos, (teniendo en cuenta en primer lugar el derecho constitucional y universal de todos los ciudadanos de acudir a la tutela legal efectiva de los Tribunales en sus disputas para la eficaz protección de sus derechos e intereses legales y en segundo lugar en la imposibilidad de que en algunos casos se puedan resolver extrajudicialmente algunos conflictos por múltiples razones), hasta llegar a ver actualmente la mediación como un sistema de gestión y, en su caso, resolución de los conflictos, ya que, aunque algunas negociaciones terminen en los Tribunales, el hecho de haber negociado previamente suele rebajar la tensión del conflicto o al menos elimina la mala conciencia de haber desatado una «guerra legal» sin haber intentado un previo acercamiento. Añado un *plus* indicando que esa gestión es «positiva», de modo que llegamos al actual perfil conceptual de la mediación como un sistema de gestión positiva y autocomposición de los conflictos familiares y sociales, de esta manera el conflicto en vez de verse desde una perspectiva negativa, se ve como una oportunidad de crecimiento.

Todas las referencias a Leyes contenidas en este artículo, se circunscriben a la legislación española, tanto a la legislación estatal como a la autonómica.

### 1. *Introducción: Cultura de la autocomposición*

El deseo de controlar nuestro destino, fruto de un incremento de nuestra autoestima y madurez personal y colectiva, provoca a las partes en conflicto la necesidad de tratar de encontrar soluciones alternativas a la resolución de los conflictos, lo que genera un interés de los profesionales inmersos en «oficios de ayuda» en tratar de bucear en nuevos sistemas o procedimientos para la gestión y resolución de las diferencias enfrentadas. La desconfianza en los sistemas heterocompositivos tradicionales, que como *vox populi*, está en la mente de todos, es manifiesta. Todo ello, a pesar de los loables, y en muchos casos admirables, esfuerzos de los servidores de la Justicia por realizar un trabajo encomiable, en la inmensa mayoría de las veces ajustado a un buen hacer profesional. Sin embargo, ese trabajo, cotidiano, profesional, de la inmensa mayoría de las magistradas/os, no ha evitado el fenómeno social de desconfianza, ya que los aislados fallos o pronunciamientos «llamativos» que provocan escándalo social, tienen más fuerza de atracción y morbo que el trabajo cotidiano bien hecho. Huelga insistir en la denominada

crisis de la administración de justicia, porque se está también constituyendo en un auténtico tópicos que en nada favorece la búsqueda de soluciones en las confrontaciones de intereses entre las partes inmersas en un conflicto.

La Constitución Española de 1978 configuró un verdadero Poder Judicial (Título VI): Titular de la potestad de control de los otros poderes e instancia de tutela de los derechos de los ciudadanos.

Sociológicamente es conocida la insatisfacción y desconfianza de los ciudadanos frente al poder judicial: masificación de los asuntos, judicialización de las relaciones, falta crónica de recursos, soluciones nacionales y regladas frente a conflictos cada vez más internacionalizados. Gaceta quincenal.com 15 abril 2002 refiere una encuesta del CGPJ (año 2001, barómetros de opinión de los usuarios de la Justicia): El 48% de los usuarios de la Justicia cree que el Juez conoce poco o nada los asuntos que les afectan. Se ha incrementado desde el 12% en 1997. El 44% opinaba que el tiempo procesal que ha durado su asunto era «razonable» frente al 52% que opinaba lo contrario de los que el 32% opinaba que el plazo era «muy largo y excesivo». No cabe duda, y en eso están de acuerdo hasta los propios magistrados y magistradas, que donde muchas veces sus decisiones se hacen difíciles de hacer cumplir es en el ámbito de la ruptura matrimonial. Cuántas veces los magistrados/as que sirven Juzgados de Familia, se ven impotentes para aplicar la mejor solución o al menos la más adecuada a los problemas familiares derivados de esta ruptura matrimonial, todo ello según testimonio de magníficos representantes de la magistratura pro-mediadores (Pascual Ortuño, Mercedes Caso, Ana Carrascosa, Pilar Gonsálvez).

Coy Ferrer (1999)<sup>1</sup> manifestó que era paradójico llamar nueva a la metodología mediacional, aunque sería nueva, relativamente al menos, en lo que se refiere al mundo occidental. Ya las culturas orientales han venido utilizando la mediación desde hace milenios. En realidad la intervención de un tercero respetado y neutral para dirimir disputas familiares y comunitarias es tan antigua como la sociedad misma, cosa que podemos encontrar en la Biblia, el Corán y en las viejas culturas tribales.

Las vías autocompositivas de los conflictos son aquellas que se caracterizan porque son las propias partes, auxiliadas, ayudadas —motivadas o no— por un tercero, las que protagonizan el acuerdo. No se

---

<sup>1</sup> Coy Ferrer, Antonio (1999): «La Mediación: una nueva metodología profesional», I Congreso Internacional de Mediación Familiar, Barcelona, octubre.

someten a un tercero para que éste resuelva, sino que son las propias partes las que determinan la solución al conflicto, limitándose el tercero a aproximar a las partes en el acuerdo pero nunca de manera que les imponga la solución. Algunos autores como Alcalá-Zamora lo llamaban autodefensa; otros, como Montero Aroca, autotutela. En ambas fórmulas pueden destacarse dos elementos: a) la ausencia de un juez o tercero distinto de las propias partes que imponga la solución b) la falta de imposición de una decisión por una de las partes frente a la otra.<sup>2</sup>

Como ya he indicado, el formato moderno de la mediación nace en USA en los años setenta, en el seno de la Universidad de Harvard, dentro del marco de las teorías de la negociación, como alternativa a la resolución de los conflictos de carácter empresarial. En el ámbito Europeo, se empezó a aplicar en Gran Bretaña a finales de la década de los setenta. En 1989 se crean los primeros centros privados de Mediación en Bristol y Londres. La eficacia de este método ha promovido un requerimiento para que las partes consideren la mediación antes de someter su litigio a la jurisdicción ordinaria en las áreas de civil y mercantil, de acuerdo con una directiva del Lord Chief Justice. En Francia, la institucionalización de la mediación en el derecho civil data de 1990, con centros privados como el de la Universidad Católica de Lyon, destacados en la formación y aplicación de la mediación, principalmente en el ámbito de los conflictos familiares. En Hispanoamérica, la difusión de la mediación ha sido igualmente rápida, especialmente en Argentina, donde tras una experiencia piloto realizada por el Ministerio de Justicia, se promulgó la Ley 24.573 de 4 de octubre de 1995 de Mediación y Conciliación, instituyendo con carácter obligatorio la mediación previa a todo juicio en el ámbito patrimonial. Finalmente, debe señalarse que no es casual que en el ámbito de lo que podríamos llamar la *lex mercatoria* sean numerosas las asociaciones profesionales de ámbito internacional que incluyen en sus reglamentaciones una variada y sofisticada gama de métodos alternativos de resolución de conflictos con especial énfasis en la media-

---

<sup>2</sup> Cfr. Belloso Martín, Nuria (1999): «Otros Cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos», en V. Zapatero coord., *Nuevos Horizontes de la Filosofía del Derecho*. Libro homenaje a L. García San Miguel, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad Alcalá de Henares, vol. II, p. 17. También, de la misma autora, *vid.* (2006): «Sistemas de resolución de conflictos: formas heterocompositivas y autocompositivas», en N. Belloso Martín coord., *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 51-81.

ción, destacando por su desarrollo el campo de los contratos internacionales de construcción, los contratos modelo de la FIDIC (Federation International des Ingenieurs-Conseils) o la ENAA (Engineering Advancement Association of Japan)<sup>3</sup>.

La Recomendación 98-1 (de 21 de enero de 1998, elaborada por el comité de expertos sobre derecho de familia y aprobada el 21 de enero de 1999 por el Comité de Ministros del Consejo de Europa<sup>4</sup>) a los Estados Miembros sobre la mediación familiar, abrió un proceso de reformas legislativas a nivel internacional. La IV Conferencia Europea sobre derecho de familia que se celebró en Estrasburgo los días 1 y 2 de octubre de 1998 sobre «La Mediación Familiar en Europa», tuvo precisamente como objetivo principal difundir a nivel internacional los principios rectores de la mediación familiar contenidos en esa recomendación. A la vista del hecho de que estamos ante una nueva cultura de la paz en los conflictos interpersonales y de que el instrumento que se nos ofrece debe ser analizado desde una perspectiva seria y rigurosa, hemos de reconocer que el instituto de la mediación familiar se encuentra inserto claramente en el gran sistema de la autocomposición de los conflictos.

En España se han promulgado seis leyes autonómicas sobre mediación familiar: ley Catalana 1/2001 de 15 de marzo de 2001 (D.O.G.C. 26-3-01), ley Gallega 4/2001 de 31 de mayo de 2001 (D.O.G. 18-6-01), Ley Valenciana 7/2001 de 26 de noviembre de 2001 (D.O.G.V. 29-11-01), Ley Canaria 15/2003 de 8 de abril (B.O.C. n.º 85 de 6 de mayo de 2003), Ley 4/2005 de 24 de mayo regulación de la Mediación Familiar

---

<sup>3</sup> *Ibíd.*

<sup>4</sup> Conferencia de Dña. Marta Requena, Letrada de la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Consejo de Europa, responsable de actividades de derecho de familia, impartida el 24 y 25 de septiembre de 1999 Madrid (España), «El Consejo de Europa es una organización internacional de carácter intergubernamental creada el 5 de mayo de 1949 por el Estatuto de Londres y que tiene competencias en diversos ámbitos de la actividad (política, jurídica, cultural y social, excepto en defensa). Los valores defendidos por el Consejo de Europa son la democracia plural, la protección de los derechos humanos y la preeminencia del Estado de Derecho. Durante estos años el Consejo ha elaborado una gran cantidad de instrumentos jurídicos internacionales (más de 170 entre convenios internacionales vinculantes y recomendaciones que contienen directrices dirigidas a los gobiernos de los estados miembros para reforma del derecho interno o para la armonización de leyes nacionales o establecimiento de un marco para facilitar la cooperación entre Estados), ha creado diversos órganos y ha puesto en marcha programas de cooperación intergubernamental. Actualmente cuenta con 41 estados miembros (Europa occidental y oriental, habiendo solicitado Méjico el estatus de observador, teniéndolo ya EEUU, Canadá y Japón). La sede está en Estrasburgo».

como servicio social especializado en Castilla La Mancha y la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León (proyecto de 23 diciembre de 2004 publicado en el B.O. Cortes C y L. de 14 de febrero de 2005, aprobada definitivamente la Ley en pleno de las Cortes de Castilla y León de fecha 29 de marzo de 2006 publicada en el BOCYL de 18 de abril de 2006). Todas ellas, así como la entrada en vigor el 7 de enero de 2001 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, y la práctica efectuada por los Tribunales, nos obligan a hacer un análisis respecto a los principios constitutivos de la mediación familiar. Todos los legisladores autonómicos españoles han efectuado un reconocimiento expreso a la eficacia de la mediación familiar en los conflictos familiares. La ley Catalana 1/2001 en su preámbulo refiere que en Europa la mediación familiar ha sido una solución eficaz a los conflictos familiares. La Ley Gallega 4/2001 igualmente en su preámbulo indica que en el contexto internacional, es particularmente relevante en esta materia la recomendación 98 (I) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, por la que se realiza *«la eficacia de esta institución en vista de las experiencias obtenidas en diversos países y la efectividad real de la mediación familiar ya ha sido contrastada de modo suficiente en algunos ámbitos, revelándose como un instrumento eficaz de solución de los problemas de las discordias entre esposos o parejas»*. Existe la referencia expresa a la demostrada utilidad de esta institución como medio de recomposición ágil y flexible de las discordias, principalmente provenientes de *«supuestos de separación y divorcio»*. La Ley Valenciana 7/2001 expresa la idea de que la eficacia de la mediación familiar se vislumbra como medida especialmente indicada en los casos de crisis de convivencia. En la Ley Canaria en su preámbulo se establece que: *«la mediación familiar, viene cobrando en la actualidad mucha relevancia como solución de los conflictos familiares y, con ello, como el método más efectivo para alcanzar la paz social»*. En el proyecto de Ley de Castilla y León se recoge expresamente que: *«la mediación familiar se inserta como una fórmula adecuadamente contrastada para encauzar de forma óptima los conflictos familiares y, en especial, los de pareja»*.

## 2. Principios de la mediación y su comparación con el sistema judicial: singular referencia al proceso

Vamos a indicar las características fundamentales o principios esenciales del instituto de la mediación familiar, realizando una míni-

ma comparativa con el proceso judicial referido a rupturas matrimoniales.

Estos principios constituyen la naturaleza del instituto de la mediación familiar, sobre los que irán fundando las diversas escuelas, sus distintos modos de desarrollar el ejercicio profesional de la mediación familiar, así como las intervenciones particulares de cada persona mediadora, atendiendo a su idiosincrasia, al contexto cultural y social en el que se practique cada mediación y a las características particulares de cada conflicto. Se trata de que, al menos, todos tengamos claro esas características propias y principios informadores como acervo común. A la par, analizaremos sus diferencias con el proceso judicial.

*La mediación familiar es un sistema de gestión y resolución de conflictos extrajudicial/autocompositivo.* Es la primera y evidente gran diferencia respecto al sistema judicial, cuyo enunciado lleva implícita la propia explicación, por otro lado obvia. Como hemos dicho antes, se trata de solución extrajudicial de la conflictividad matrimonial, para evitar la apertura de procedimientos judiciales de carácter contencioso y poner fin a los ya iniciados o reducir su alcance. Por tanto, estamos ante un sistema de prevención o reconducción del conflicto de ruptura hacia un contexto más dialogante, comunicativo, en definitiva, más pacífico de gestión de las posiciones altamente emocionales de las partes en litigio, que inicialmente carece de efectos procesales. Así pues, podemos anticipar que la mediación familiar es un método extrajudicial de gestión del conflicto familiar de carácter complementario.

En la mediación familiar la solución al conflicto no viene impuesta por terceros como en el proceso judicial o en el arbitral, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que la tercera persona mediadora tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a los que lleguen las propias partes. Por el contrario, el sistema judicial, conforme el art. 17.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985 de 1 de julio) establece que las sentencias que hayan ganado firmeza, serán respetadas y en su caso se cumplirán por administraciones, autoridades, funcionarios, corporaciones y todas las entidades públicas y privadas y por los particulares.

Como ya han indicado algunos autores<sup>5</sup>, la mediación desplaza el centro de la solución del conflicto desde la obligatoriedad de la decisión

---

<sup>5</sup> Cfr. Six, Jean-Francois (1997): *Dinámica de la Mediación*, Barcelona: Paidós, p. 207.

del tercero hasta los intereses de las partes para que sean éstas, quienes de forma autónoma encuentren una solución del conflicto basada en sus intereses.

En el ámbito de la Administración de Justicia la jurisdicción es improrrogable: la jurisdicción se extiende a todas las personas, a todas las materias y a todo el territorio español en la forma establecida en la Constitución y en las Leyes (art. 4 de la L.O.P.J). Por tanto, el proceso judicial se enmarca dentro de los instrumentos del sistema de la heterocomposición, y la mediación familiar es uno de los instrumentos de la autocomposición, dentro de la gran división entre los sistemas de resolución y gestión de las diferencias. Positivamente esa fundamentación del proceso judicial, en materias familiares, se recoge en el art. 36 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000 de 7 de enero (en adelante L.E.C.) que regula la extensión y los límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles en relación con el art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y el contenido del convenio relativo al procedimiento civil de la Haya de 1 de marzo de 1954 (B.O.E. de 13 de diciembre de 1961).

El proceso judicial, como hemos indicado anteriormente, se enmarca dentro del gran sistema heterocompositivo de resolución de conflictos. La solución de los conflictos que sometemos a ese sistema es impuesta por terceros. El art. 2.1 de la L.O.P.J. establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Juzgados y Tribunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales. Dicha potestad deriva del mandato constitucional constreñido en el núm. 3 del art. 117 de la CE. También en el art. 24.1 de la Constitución Española se indica que todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso se pueda producir indefensión. El arbitraje también impone la solución aunque las partes eligen al juzgador (art. 9.1 y 2 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre de Arbitraje: «en el convenio arbitral las partes podrán designar los árbitros, incluso deferir a un tercero su designación» y art. 10.1 «las partes podrán encomendar la administración del arbitraje a corporaciones de derecho público y asociaciones que desempeñen funciones arbitrales»). Los pronunciamientos arbitrales, laudos, obligan a las partes a estar y pasar por lo estipulado e impedirá a los tribunales conocer de las cuestiones litigiosas sometidas a arbitraje, siempre que la parte a quien interese invoque mediante declinatoria, ello conforme al art. 11

de la Ley de Arbitraje. Los efectos que produce el laudo arbitral firme son idénticos a la cosa juzgada (art. 37 de la Ley de Arbitraje).

*Sistema cooperativo / no adversarial.* La mediación familiar es un sistema cooperativo, en el que se persigue la necesidad de, ante la ruptura de pareja, mantener «puentes abiertos» de comunicación suficientes para pacificar el conflicto y salvaguardar intereses superiores a los propios de la pareja, como son el interés de los hijos y del resto de parientes implicados en las relaciones emocionales (abuelos, tíos, ...), y en ausencia de hijos, el propio interés de la dignidad de cada uno de los miembros de la pareja. Frente a la solución tradicional heterocompositiva, donde la estructura del debate es de defensa a ultranza de las posiciones e intereses de cada parte, la mediación familiar estructura el proceso a través del sistema cooperativo, empatizador y no adversarial. La máxima es «yo gano tú ganas» y, sobre todo, «nuestros hijos ganan».

En la mediación familiar la solución al conflicto no viene impuesta por terceros como en el proceso judicial o en el arbitral, sino que la solución es negociada, asumida y acordada por las propias partes, sin que el tercero, persona mediadora, tenga poder de decisión o imposición sobre las soluciones y acuerdos a los que lleguen las propias partes.

No se ajusta a la estructura de la mediación familiar la identificación del concepto «no adversarial» que algún autor ha dado<sup>6</sup>, con el de autocomposición, identificando incorrectamente el principio no adversarial con el principio de autocomposición del conflicto. Cuando indican que la mediación es un sistema no adversarial, lo definen en el sentido de que la solución al conflicto no es dada por un tercero. Eso, en realidad, responde a otra característica de la mediación familiar, cual es la de ser un sistema de autocomposición del conflicto. Mantenemos como principio el no ser sistema adversarial en el sentido de ser contexto cooperativo y mantenedor de la comunicación de la pareja en la consecución de acuerdos viables, equitativos y en beneficio de los hijos, y a falta de éstos, en interés de los propios confrontados.

El art. 31.1 de la L.E.C. impone la obligación de los litigantes de ser dirigidos en los juicios por abogados habilitados para ejercer su profesión en el tribunal que conozca del asunto, con dos excepciones: reclamaciones de menos de 900 euros y la petición inicial de los procedimien-

---

<sup>6</sup> Cfr: Piferrer Aguilar, Ana, Carlos Ansótegui Gracia y Abel Garriga Moyano (1999): «La Mediación: resolución alternativa de conflictos», *Rev. Economist and Jurist*, p. 85.

tos monitorios (art. 31.2 LEC). El estatuto de la Abogacía impone a los profesionales el deber, dentro de la legalidad, de la defensa de los intereses de sus clientes frente a la otra parte, la contradicción es un principio esencial constituyente en el ámbito del proceso judicial, conforme establece el art. 30 del R.D. 658/2001 de julio por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía.

Asimismo, se impide estatutariamente la comunicación de un letrado/a con la parte adversa si interviene otro compañero, con lo que las negociaciones son siempre indirectas, no son las partes implicadas en un conflicto los negociadores, sino que son sus defensores jurídicos los que negocian directamente.

*Carácter personalísimo.* Este principio supone que la asistencia a la mediación no puede delegarse, ha de llevarse a cabo por el profesional y es necesario que las partes asistan personalmente a las reuniones de mediación, sin que puedan valerse de representantes o intermediarios<sup>7</sup>

Frente a esto, la práctica forense de los letrados es la posibilidad de sustitución profesional en la defensa de los intereses de sus clientes en cualquier momento o estado de desarrollo del proceso judicial.

*Flexibilidad y antiformalismo.* En la mediación familiar hablamos de un proceso circular no preclusivo. Por el contrario el proceso judicial está sometido a términos procesales, prescripciones y caducidades que responden a un principio constitutivo del proceso cual es el de la seguridad jurídica. No se puede estar eternamente debatiendo los conflictos («efecto de cosa juzgada»). Además ha de ajustarse la *litis* a un proceso formal y rogativo, y además preclusivo. Pasado el momento procesal oportuno, no se puede volver a debatir la cuestión sometida a la decisión de un tercero. Ni se puede aportar nuevos juicios de valor, argumentos o pruebas, una vez haya pasado el plazo procesal. Es el principio constituyente del proceso judicial denominado preclusión, además de sometido a la legalidad procesal (art. 1 de la LEC). Lo mismo ocurre en el arbitraje: el proceso esta normatizado (arts. 21 y ss. y concordantes de la Ley 36/1988). Esto respecto al proceso general, ya que en familia hay que matizar pues son procesos especiales.

Las peticiones a los tribunales han de hacerse de una manera formal, a través de escritos en su mayoría firmados por abogado/a, sólo las

---

<sup>7</sup> Cfr. García García, Lucía (2003): *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson, p. 146.

peticiones iniciales de los juicios monitorios pueden ir sin firma de letrado/a (art. 814.2 L.E.C. 1/2000 de 7 de enero), no así la oposición al juicio monitorio que deberá ir con firma de abogado/a y procurador/a en su caso (art. 818.1 LEC). Lo mismo ocurre en la petición inicial de medidas provisionales previas en materia familiar art. 771 de la LEC (redacción dada por L 15/2005 de 8 de julio) que pueden ir con firma de parte, pero los escritos posteriores han de ir con firma de letrado/a y procurador/a. Eso respecto a la intervención obligatoria de profesionales, en relación con los arts. 23 y 31 de la LEC. En cuanto a la manera de iniciar el procedimiento judicial, se impone la forma en los arts. 399 en cuanto al juicio ordinario, y 437 en cuanto al juicio verbal ss. y concordantes de la LEC.

Frente a ello, la mediación familiar es un proceso circular. Aún sometida a un procedimiento en cuanto al inicio, finalización, carencias temporales, levantamiento de ciertas actas y formalización de acuerdos, lo cierto es que en cuanto al contenido de los debates y presentación de argumentaciones la mediación no es preclusiva ya que se puede volver a tratar los asuntos cuantas veces sean precisas. Esto no quita para que la mediación sea un proceso altamente estructurado, aunque no es un proceso ordenado de una manera normativa<sup>8</sup> en cuanto a su desarrollo.

La intervención en mediación no es lineal ni preclusiva, ya que lo tratado en una sesión puede de nuevo volver a ser negociado en cualquiera de las sesiones de mediación siguiente y sólo cuando las partes han llegado al consenso total se procede a la redacción final de los acuerdos. El proceso judicial es preclusivo, de impulso de oficio (el órgano jurisdiccional art. 179 de LEC) y lineal hasta completarse el mismo por el pronunciamiento judicial firme, resolución contra la que ya no cabe recurso alguno (art. 207 de la L.E.C.), y en ese mismo proceso ya no cabe iniciar de nuevo el debate, aunque excepcionalmente en asuntos de familia, cabría iniciar un nuevo proceso judicial de modificación de las medidas adoptadas en sentencia firme, pero sólo cuando cambiasen sustancialmente las circunstancias (art. 775 de la LEC).

En mediación familiar las legislaciones autonómicas regulan expresamente sólo la primera y la última reunión ya que el desarrollo del proceso queda delimitado por los derechos y deberes de la persona mediadora y de las partes, aunque se suele regular una duración máxima del

---

<sup>8</sup> Cfr: Calcaterra, Rubén A. (2002): *Mediación Estratégica*, Barcelona: Gedisa, p. 33.

proceso, para evitar que se dilate innecesariamente, aunque si las partes lo deciden, puede prorrogarse lo que estimen. Todas suspenden el trámite judicial, si ya estaba iniciado. La normatización del proceso de mediación es mínima y su desarrollo dependerá de las necesidades de las partes y de la propia dinámica del proceso.

En la Ley Catalana hay una reunión inicial donde se extiende un acta inicial por triplicado expresando (art. 17): fecha, la voluntariedad, la aceptación del deber de confidencialidad del art. 13, en la medida de lo posible identificación del objeto de MF y número de sesiones previstas. El acta final (art. 21) se extiende en la sesión final constando de manera clara y concisa los acuerdos totales o parciales a los que se ha llegado. El acuerdo conseguido por MF puede ser trasladado por los abogados de las partes a fin de ser ratificado y aprobado (art. 22). Si ha sido imposible llegar a algún acuerdo se extiende un acta en la que se hace constar solamente que la MF ha sido intentada sin efecto.

En la Ley Gallega hay una primera reunión en la que las partes expondrán los motivos que les han llevado a la MF (art. 13).

Luego, la persona mediadora expondrá el programa de actuaciones para su consideración, y las partes mostrarán la conformidad o no con sus propuestas. Si están disconformes, se procede a la terminación conforme al art. 15.

De cada una de las sesiones se elaborará un informe haciendo mención del lugar, la fecha de su celebración y circunstancias en que ha ocurrido la sesión y las incidencias surgidas en su desarrollo.

En la Ley Valenciana se establece una reunión inicial en la cual la persona mediadora explicará (art. 16): el procedimiento, la voluntariedad, la duración, el objeto, los honorarios la posibilidad de dar por finalizada la MF en cualquier momento. También informará de los derechos y deberes de las partes y los de la persona mediadora.

Se acordarán en esa primera reunión las cuestiones a examinar y el desarrollo de las sesiones. De la primera reunión se levantará por triplicado un acta donde se identificará (art. 17): el objeto de la mediación, la fecha, los componentes que participan, la responsabilidad de cada persona mediadora participante, que será idéntica, y la aceptación de las obligaciones de confidencialidad.

De la sesión final se levantará por triplicado acta final, haciendo constar (art. 19): los acuerdos totales o parciales o bien la imposibilidad de llegar a ningún acuerdo. Podrá servir de base para la redacción de los documentos que se sometan a aprobación judicial.

En la Ley Canaria se regulan tres aspectos del proceso de mediación: la reunión inicial, duración del proceso y terminación del proceso (arts. 12 a 14 ambos inclusive). En la sesión inicial el mediador informará de los derechos y deberes de las partes en conflicto y los suyos propios, características del proceso, duración posibles consultores, honorarios, y gastos, fijación de las cuestiones a mediar y planificación de las sesiones, levantándose un acta inicial que será firmada por las partes y el mediador. El proceso terminará mediante sesión final de la que se levantará el acta final donde se expresaran con claridad los acuerdos o la imposibilidad de acuerdo con sus motivos.

Más prolija, abigarrada e incoherente es la regulación que se hace del proceso de mediación por parte de la Ley de Castilla la Mancha (arts. 13 a 26). Mezcla los principios con el proceso, el coste, los derechos de las partes, elevación a documento público de los acuerdos y el convenio regulador. Merecería un artículo a fondo para intentar acreditar el dislate de esa regulación en cuanto al proceso y los principios básicos de la institución de mediación.

Mejor estructurado está el proceso de mediación por la Ley de Castilla y León (arts. 15 a 17, ambos inclusive). Iniciación del proceso, desarrollo: sesión inicial (informe inicial de deberes y derechos y firma o no del compromiso de mediación), duración, justificante de celebración de las sesiones (fecha, duración y partes) y acta final donde constarán los acuerdos.

*Principio de voluntariedad.* Es uno de los principios que históricamente ha sido más debatido, en el sentido de que hay sistemas legales que lo establecen como obligatorio y previo al proceso judicial, como requisito de procedibilidad, y otros sin embargo no. En general, en Europa, en la actualidad, existe un acuerdo bastante generalizado de que la mediación preceptiva no es recomendable.

Desde una perspectiva de la voluntariedad, Martí Casals (1999)<sup>9</sup> define la mediación como un procedimiento no contencioso de resolución de conflictos en el que las partes participan voluntariamente con el deseo de evitar un procedimiento judicial contradictorio. Este autor recoge la idea de que uno de los criterios más difundidos en relación con la

---

<sup>9</sup> Cfr: Martí Casals, Miquel (1999): « Mediación en el Derecho Comparado: Principios y clases de Mediación Familiar en el Derecho Europeo», *Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar de Barcelona*, p. 10.

mediación familiar es la convicción de que sólo será eficaz si los que participan en ella lo hacen de modo voluntario.

Dentro de las conclusiones del Congreso Internacional de Barcelona (España) de Mediación Familiar de octubre de 1999, destaca la necesidad de que la mediación familiar tenga un carácter voluntario respecto al sometimiento de las partes al proceso de mediación familiar y de que evidentemente en cualquier momento o fase del procedimiento de mediación puedan abandonar el mismo. También así está recogido en las conclusiones de los Congresos Internacionales de Mediación Familiar y Otras Mediaciones, celebrados en octubre de 2001, noviembre de 2003 y junio de 2004 en Valladolid (España), auspiciados por la Dirección General de la Mujer y la Dirección General de la Familia de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades de la Junta de Castilla y León (España).

Todo en el proceso jurisdiccional está normatizado, incluso hasta la retirada del mismo habrá de someterse también a normas procesales (allanamiento, transacción, renuncia, sometimiento a arbitraje, desistimiento arts. 19 ss. y concordantes de la LEC). Las consecuencias son diferentes dependiendo del tipo de sistema de retirada del proceso así como del estado o fase en que se encuentre el mismo. Frente a ello la retirada de la mediación no tiene consecuencia alguna.

*Principio de neutralidad.* La neutralidad requiere que la persona mediadora no oriente y, menos aún, imponga a las partes su propia escala axiológica frente a la propia de cada parte, evitando, pues, plantear alternativas dirigidas a alcanzar soluciones que sean más conformes a la propia escala de valores del mediador. Según Martí Casals (1999)<sup>10</sup>, la neutralidad está definida autónomamente por la imparcialidad en la Resolución del Consejo de Europa R(98) I, aunque no debe confundirse neutralidad con ausencia de valores por parte de la persona mediadora, ni con su pasividad. El propio procedimiento de mediación familiar tiene sus propios valores como, por ejemplo, promover el acuerdo, mantener tras la ruptura la relación entre padres e hijos o ayudar a los padres a que tengan en cuenta las necesidades y los deseos de sus hijos, defender el interés superior de los hijos, determinar la existencia de violencia o no para denunciarla, etc. Debe quedar claro que las decisiones las toman las partes y no la persona mediadora. Ésta fomenta la comunica-

---

<sup>10</sup> *Ibid.*, p. 13.

ción para la consecución de acuerdos, así como propicia el respeto de las partes, la igualdad de capacidad negociadora, el equilibrio del poder de las partes.

Hay que tener en cuenta que la neutralidad de la persona mediadora, considerada más bien como un «mito», es puesta en tela de juicio por algunos autores<sup>11</sup>. Parten de la idea de que cuando la persona mediadora intenta manejar los conflictos, él también se introduce en ellos. La persona mediadora se convierte en parte involucrada, aunque con sus propias perspectivas y desde su propia posición singular como convocantes, intérpretes y supervisores. En síntesis, las personas mediadoras desempeñan inevitablemente un papel influyente en el despliegue del conflicto durante la intervención. La influencia de la persona mediadora es inevitable en virtud de lo que sabemos sobre la naturaleza fundamental de cualquier interacción humana: no podemos formar parte de una interacción sin contribuir a darle forma, moverla y dirigirla continuamente. Las orientaciones de las personas mediadoras, sus concepciones explícitas o implícitas del conflicto, la justicia y la moral (Littlejohn, Sahilor y Pearce), su inclinación ideológica y su creencia sobre la naturaleza y el uso de la resolución de problemas (Folger y Bush), sus ideas acerca de cuáles son los relatos más creíbles (S. Cobb), la selección del lenguaje para influir en las percepciones de su propia credibilidad y orientación (Tracy y Spradlin), son factores que contribuyen a determinar de qué modo se despliega en última instancia el conflicto dentro de la mediación. Todo este reconocimiento tiene varias consecuencias prácticas que merecen destacarse: hay que especificar las formas aceptables de influencia del mediador, ante la inevitabilidad de algunas de ellas, distinguiendo los que pueden asumirse puesto que no causan ningún problema y forman parte del rol del mediador, de los que conllevan problemas y, por ello, deben ser inaceptables.

Desde otra perspectiva, Ignacio Bolaños (1999)<sup>12</sup> pone de manifiesto que en la práctica este principio es complejo de llevar a cabo inflexiblemente, pues aunque los modelos tradicionales de mediación identifican a la persona mediadora como el responsable del proceso que no tiene

---

<sup>11</sup> Cfr. Folger, Joseph P. y Tricia S. Jones (1999): *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*, Barcelona: Paidós, pp. 305-308.

<sup>12</sup> Bolaños, Ignacio (1999): «Entre la confrontación y la Colaboración: Transacciones y transiciones», *Actas del I Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, octubre, p. 45.

ningún tipo de influencia en los acuerdos, podemos entender que el resultado final, los contenidos definitivos que pacta la pareja, están cons-truidos en relación con esa persona mediadora que, indudablemente, tiene su propia influencia en el proceso.

Por último, la necesidad de descontextualizar ideológicamente la intervención de los profesionales de la mediación, es destacada en un trabajo reciente de Agudo Santamaría (1999)<sup>13</sup>: «Lo ideal sería que las partes pudieran acudir a un espacio de mediación familiar que garan-tizase la eficacia del servicio y no respondiera a ideologías determi-nadas».

Cuando a los tribunales se les concede el libre arbitrio, aún sometidos a la Ley, no pueden ser neutrales, han de pronunciarse a favor de una u otra tesis defendida por los letrados/as de cada parte en litigio. Ya el hecho de juzgar es una función que claramente es incompatible con la neutralidad. El art. 2.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial LO 6/1985 de 1 de julio, establece que el ejercicio de la potestad jurisdiccional, juz-gando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde a los Juzgados y Tri-bunales determinados en las leyes y en los tratados internacionales. Asi-mismo, el art. 5.1 de la L.O.P.J. establece la facultad de Jueces y Tribunales de interpretar las leyes y reglamentos según los preceptos de la Constitución y la interpretación que de los mismos haga el Tribunal Constitucional. Pero a los efectos prácticos, las sentencias, que son los pronunciamientos principales de jueces y tribunales, «se motivarán expresando razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apre-ciación y valoración de las pruebas, así como a la aplicación e interpre-tación del Derecho. La motivación deberá incidir en los distintos ele-mentos fácticos y jurídicos del pleito, considerados individualmente y en su conjunto, *ajustándose siempre a las reglas de la lógica y de la razón*», todo ello conforme el núm. 2 del art. 218 de la L.E.C. Esto último es lo que la doctrina tradicional ha denominado conceptos jurídicos indeterminados. ¿Cuál es la lógica? ¿Cuál es la razón? Y lo principal. ¿De quién? No se mira el interés o las necesidades de las partes en con-flicto, o la mejor solución para ellas, sino que la resolución judicial, que dictan los denominados «operadores jurídicos que imponen soluciones», mira exclusivamente aplicar la Ley, a través de un proceso rígido e inter-

---

<sup>13</sup> Agudo Santamaría, Flor de Lis (2005): *La neutralidad en la mediación: un prin-cipio autónomo*, Memoria Final del curso de mediación familiar de la Universidad Ponti-ficia de Salamanca, Salamanca, p. 53 (inédito).

pretando hechos y derechos un tercero conforme a su lógica y a su razón, aunque pretendan ajustarse a la Ley, y eso con la presunción «*iuris tantum*» de que lo hacen lo mejor que pueden y saben, como en su gran mayoría, aunque, como humanos que son, a veces no aciertan.

La posición ideológica de cada juzgador, así como su cosmovisión influirá necesariamente en la decisión final, ya que como hemos visto anteriormente, a pesar del sometimiento del juez al imperio de la Ley, lo cierto es que se ejerce el libre arbitrio.

*Principio de imparcialidad.* Podemos definir la imparcialidad, dentro del ámbito de la mediación familiar, como la cualidad de no tomar partido por alguien, siendo objetivo en el tratamiento de la cuestión, descubriendo los intereses y necesidades de todos los intervinientes, respondiendo de forma objetiva a cualquier planteamiento expuesto o interés expreso o implícito en cualquier proceso.

Six (1997)<sup>14</sup> considera que la mediación es imparcial porque no supone favorecer indebidamente a una u otra de las dos personas, o a uno u otro grupo; la persona mediadora debe mantenerse en la distancia justa entre los dos y debe dejarse conducir, en su trabajo con ambos, por los criterios de la verdad y la equidad.

Trinidad Bernal (1998)<sup>15</sup> expresa que la imparcialidad se refiere a la actitud de la persona mediadora, mostrando opiniones equilibradas sin gestos preferentes hacia ninguna de las partes.

La imparcialidad es definida por Margarita García Tomé(2000)<sup>16</sup> como la posición de la persona mediadora que permite ayudar a ambos sin tomar partido por ninguno de ellos, respetando los intereses de cada parte, aunque es de la opinión de que la persona mediadora no rompe la imparcialidad si durante el proceso intenta eliminar los desequilibrios de capacidad negociadora apoyando unas veces a uno y otras al otro. Hay elementos objetivos que rompen la imparcialidad del mediador, cuales son tener relación personal o de amistad o parentesco, o bien tener enemistad manifiesta o intereses contrapuestos o relación de dependencia personal o profesional con alguna de las partes.

---

<sup>14</sup> Cfr. Six, Jean-François, *op. cit.*, p. 207.

<sup>15</sup> Bernal Samper, Trinidad (1998): *La Mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid: ed. Colex, p. 55.

<sup>16</sup> García Tomé, Margarita (2000): «Técnicas de Mediación Familiar» Curso Mediación Familiar, Salamanca: Universidad Pontificia de Salamanca, Instituto Superior de Ciencias de la Familia.

En la administración de justicia es un principio igualmente constitucional del proceso judicial. En ello coincide con la mediación. En el art. 1 de la LOPJ se establece que «La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente a la Constitución y al imperio de la Ley», mandato contenido en el n.º 1 del art. 117 de la C.E. Independencia recogida en el art. 12.1 de la LOPJ

Las causas de abstención en el ámbito de intervención de los jueces y magistrados viene regulado en los arts. 219 a 222 de la LEC que establece *ope legis* un deber de abstenerse de conocer asuntos y un sistema de recusación bastante riguroso. El régimen de incompatibilidades de los jueces y magistrados también es amplio y restrictivo y se regula en el art. 389 a 397 de la LOPJ. Contrastan con una incompatibilidad aplicable a la persona mediadora, algo menos rigurosa debido a que principalmente la persona mediadora no impone las soluciones a los conflictos, pero que puede ser alterada por voluntad de las partes sometidas a mediación (art. 11 Ley de Castilla y León) además de la inexistencia de un régimen de incompatibilidades.

*Principio de confidencialidad.* Para Martí Casals (1999)<sup>17</sup>, al comentar la Recomendación n.º R (98) 1 establece que la mediación familiar deberá llevarse a cabo en privado y lo que en ella se trate debe ser considerado confidencial. Para este autor significa que la persona mediadora no debe revelar ninguna información que haya obtenido durante el procedimiento o con ocasión del mismo a menos que tenga el consentimiento expreso de ambas partes o que así lo requiera la legislación de cada país. Se establece la idea de que la persona mediadora no puede estar obligada a redactar informes en los que se refleje el contenido de las discusiones llevadas a cabo durante el procedimiento.

Estamos ante un principio esencial para que su consagración y respeto permitan otorgar a la mediación un reconocimiento general y una confianza en dicho instituto. Six (1997)<sup>18</sup> considera que la mediación familiar debe regirse por el secreto.

Sin embargo hay excepciones a ese principio:

Si no es personalizada y se utiliza para fines de formación o investigación.

---

<sup>17</sup> *Ibid.* p. 14.

<sup>18</sup> *Cfr.* Six, Jean François, *op. cit.*, p. 207

Si comporta una amenaza para la vida o la integridad física o psíquica de una persona.

Cuando se obtenga información sobre hechos delictivos perseguibles de oficio.

Se encomienda a la persona mediadora la vigilancia de situaciones en las que haya signos de violencia doméstica, física o psíquica, entre las partes.

Sólo una legislación autonómica, la Gallega, dificulta gravemente la viabilidad de este principio, por el tratamiento inadecuado que se da al mismo<sup>19</sup>

En el ejercicio de la abogacía, el deber de guardar secreto se regula en el art. 437.2 de la L.O.P.J 6/1985 de 1 de julio. También la persona mediadora, considero que ha de estar afectada, igual que los abogados/as por el tipo penal de revelación de secretos del art. 199 del Código Penal Español de 1995<sup>20</sup>

*Principio de profesionalización.* Para que la mediación familiar tenga éxito, se requiere que quienes la lleven a cabo tengan la formación adecuada. En ese sentido se suele hablar del principio de la profesionalización, aunque no es homogéneo el criterio de cómo debe llevarse a cabo. La Recomendación n.º R (98) 1 considera que aquellas personas que se dediquen a la mediación familiar deben tener una cualificación profesional y una experiencia previa en relación con las materias con las que van a tratar, y además, haber recibido una formación específica.

Martí Casals (1999)<sup>21</sup> comenta que para que la mediación familiar tenga éxito, se requiere que quienes la lleven adelante tengan la formación adecuada. En ese sentido se suele hablar del principio de la profesionalización, aunque no es homogéneo el criterio de cómo debe llevarse a cabo. La Recomendación n.º R (98) 1 considera que aquellas personas que se dediquen a la mediación familiar deben tener una cualificación profesional y una experiencia previa en relación con las materias a tratar, y además, haber recibido una formación específica.

Someramente vamos a referirnos a la situación en otros países respecto a la profesionalización.

---

<sup>19</sup> Sastre Peláez, Antonio José (2002): «Principios Generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica», *La Ley* 5478, Madrid: 8 de febrero de 2002, p. 5.

<sup>20</sup> *Ibid.*, p. 5.

<sup>21</sup> *Cfr.* Martín Casals, Miquel, *op. cit.*, p. 14-15.

Aunque se parte de la base de que en la práctica la mayor parte de las personas mediadoras son abogados, psicólogos, trabajadores sociales, graduados sociales, educadores, etc., se considera deseable que se permita un elevado grado de flexibilidad en relación con la formación previa requerida o profesión de origen. Todavía en Europa no hay criterios homogéneos respecto a los requisitos para acceder a la nueva profesión, aunque pocos países requieren formación sin titulación, otros exigen experiencia y formación. Destaca Martí Casals (1999)<sup>22</sup> que en Francia e Inglaterra los requisitos de formación que deben cumplir las personas mediadoras se hallan establecidos en su mayor parte por las asociaciones profesionales de mediadores familiares y se recogen en sus códigos deontológicos. En concreto, el código deontológico para la práctica de la Mediación Familiar de la *Law Society* inglesa, dirigido a los *solicitors* que practiquen la Mediación Familiar, dispone de la necesidad de que concierten el correspondiente seguro de responsabilidad civil profesional y que cumplan, ente otros, con los requisitos de formación que periódicamente se establezcan. En Gran Bretaña, la Asociación Escocesa de Mediadores Familiares (SFLA) introdujo en 1996 un programa de formación de 160 horas que se desarrolla en el período de dos años y que incluye formación teórica y práctica. En Francia, la mediación familiar intenta abrirse paso como profesión especializada en Centros de Educación Permanente como, por ejemplo, el de la Universidad de París X-Nanterre, donde ofrece un Diploma de Estudios Superiores en Mediación Familiar. En su edición de 1997-98 constaba de 450 horas teóricas, con un módulo de psicología (120 horas), sociología y economía de la familia (85 horas), derecho y derecho de la familia (105 horas) y teoría y práctica de la mediación familiar (140 horas). Este último módulo se completaba con prácticas en un Centro que lleva a cabo actividades de Mediación Familiar (235 horas).

En Alemania se siguen los criterios de la Carta Europea de 1992.

En España hay varias ofertas formativas. La Universidad de Burgos, así como la Universidad Europea Miguel de Cervantes de Valladolid a través de un curso de postgrado cuya duración es de 330 horas han formado, y siguen formando, a personas mediadoras provenientes de diversos orígenes profesionales (psicólogos, abogados, trabajadores sociales,

---

<sup>22</sup> *Ibid.*

psicopedagogos, educadores sociales, etc.). Los colegios profesionales de abogados, trabajadores sociales y psicólogos están efectuando cursos en varias provincias (Valladolid, Burgos) de una extensión de 300 horas. La Universidad Pontificia de Salamanca realiza cursos de experto en Mediación Familiar y se expiden diplomas de capacitación para la Mediación Familiar, según los requisitos exigidos por la Carta Europea de la Formación de Mediadores Familiares. La UNAF (Unión de Asociaciones Familiares) oferta en Madrid un Curso de Formación en Mediación Familiar de 240 horas divididos en 14 módulos con realización de prácticas y elaboración de memoria final. Se expide un diploma de capacitación para la Mediación Familiar, según los requisitos exigidos por la Carta Europea de la Formación de Mediadores Familiares. Estudios semejantes se imparten también en la Universidad de Comillas de Madrid, la Complutense de Madrid, la AIEEF (Asociación Interdisciplinaria Española de Estudios de la Familia) de Madrid y la Universidad Oberta de Cataluña.

Frente a ello, el acceso a la carrera judicial viene regulado en el art. 301 a 315 de LOPJ y es básicamente un acceso a través de una licenciatura en derecho más una oposición estatal libre más un curso teórico y práctico en la Escuela Judicial dependiente del Consejo General del Poder Judicial. El ejercicio del resto de «operadores judiciales principales» abogados y procuradores será mediante la colegiación obligatoria en sus correspondientes colegios profesionales de licenciados en derecho (arts. 436 a 442 de la LOPJ).

### 3. *A modo de conclusión*

La mediación no es compulsiva, las partes deciden por sí mismas entrar en ella, pero no renuncian a optar por otras vías<sup>23</sup>. En la mediación todas las partes resultan ganadoras, una vez llegado al acuerdo, puesto que se llega a una solución consensuada y no existe, como en el proceso judicial o incluso arbitral, el resentimiento de sentirse perdedor al tener que cumplir con la imposición de la solución por un tercero, juez o árbitro, propio de un proceso de naturaleza heterocompositiva<sup>24</sup>. Como algún autor ha indicado, la mediación puede considerarse como una

---

<sup>23</sup> Cfr. Kolb, Deborah M. (1996): *Cuando hablar da resultado: perfiles de mediadores*, Barcelona: Paidós, p. 18.

<sup>24</sup> Cfr. Belloso Martín, Nuria, *op. cit.*, p. 25.

forma «ecológica» de negociación o acuerdo transformador de las diferencias.<sup>25</sup>

En los últimos diez años los científicos sociales estudiaron no sólo la evaluación de la mediación como sistema de resolución o gestión de conflictos, sino que analizaron cómo funcionaba la mediación en el contexto de los sistemas sociales que ella misma integraba. Se obtuvieron comparaciones entre la mediación y las alternativas que tenía la misión de reemplazar. Pero esas comparaciones no se basaban sólo en las diferencias de satisfacción y costo en las disputas mediadas y no mediadas, también se centraban en los mediadores en trabajo. Se concluyó que la mediación es un proceso adaptativo, de hecho, su naturaleza es más bien laxa y abarca bajo su rótulo métodos de diversidad considerable. Las formas que tomaría la mediación dependerían en gran medida de la estructura económica y política en la que tenga lugar, del *status* y experiencia de las partes en el procedimiento, de la experiencia profesional y la afiliación organizacional del mediador, y de una multitud de otros factores. Los críticos han empezado también a cuestionar la capacidad de la mediación para satisfacer las necesidades de los desfavorecidos y de las personas sin poder, que eran derivados al procedimiento en cantidades abrumadoras. Los ricos, en cambio, no parecían muy interesados en esta alternativa<sup>26</sup>.

A pesar de ello, la mediación como sistema complementario, alternativo o gestor del conflicto, avanza en todo el mundo occidental de forma imparable, extendiéndose a todos los ámbitos, ya que por su propia naturaleza, si la finalidad es atender el conflicto, gestionarlo y ayudar a las partes a que encuentren soluciones y acuerdos viables y satisfactorios para todos, donde haya conflicto, ahí la mediación tendrá un campo abonado para su desarrollo. No es necesario enumerar todas las experiencias, congresos, cursos, conferencias, organismos que ya en nuestro país están trabajando y formando en mediación, pero lo cierto es que, en poco tiempo, esta nueva cultura de la autocomposición impregnará toda nuestra sociedad, creando un nueva forma de interrelacionarnos y de resolver pacíficamente y con los menos sufrimientos posibles, en beneficio de las propias partes en conflicto, nuestra desavenencias y disputas.

---

<sup>25</sup> Cfr. Warat, Luis Alberto (1998): *Ecología, psicoanálisis y mediación*, Buenos Aires: Ed. Almed, p. 5.

<sup>26</sup> Cfr. Kolb, Deborah M., *op. cit.*, p. 19.

Recogiendo ideas de Ripol-Millet (1999)<sup>27</sup>, la mediación moderna, por un lado, es lo suficientemente joven como para estar en un proceso constituyente, pero, por otro, tiene suficiente pasado —más de dos décadas en los países anglosajones— como para poder ser considerada institución ya con plena naturaleza propia, camino de ser disciplina científica.

Ideas actuales concretas sobre la mediación fueron recogidas en las conclusiones del Congreso Internacional de Barcelona, resumidas como siguen:

La mediación se ha mostrado como un instrumento útil no sólo como alternativa o complemento de la justicia, sino además como vía para solucionar conflictos y mejorar la comunicación y la relación entre las personas.

Estamos ante una realidad social joven y en evolución, que es necesario observar suficientemente y desarrollar con prudencia.

Se evidencia la necesidad de otorgar reconocimiento a la figura de la mediación, institucionalizándola mediante un marco legal que garantice los principios de voluntariedad en cuanto a su participación o no en el proceso, libre decisión de las partes en su continuación, neutralidad, imparcialidad, confidencialidad y profesionalidad.

Asimismo, se pone de manifiesto la necesidad de establecer criterios para garantizar la captación de los diferentes profesionales que intervienen en mediación. Se valoran positivamente las variadas iniciativas que se están implementando en España en materia de formación y que hacen evidente la necesidad de ordenar sistemáticamente el estudio de la materia con la finalidad de garantizar un ejercicio profesional eficaz que prestigie esta metodología de autorregulación pacífica de los conflictos, característica de una sociedad democrática avanzada.

Las instituciones públicas y privadas deberían poner en marcha los mecanismos que permitieran el uso efectivo de la mediación<sup>28</sup>.

Como colofón, el procedimiento de mediación se caracteriza por una serie de principios, la mayoría de ellos poco discutidos, de aceptación casi universal. Se puede decir que la mediación es un procedimien-

---

<sup>27</sup> Ripol-Millet, Alex (1999): «La evolución de los modelos de Mediación Familiar nos permiten considerar a esta disciplina como un nuevo contexto de cambio en el trabajo psicosocial con familias», *I Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, octubre, p. 29.

<sup>28</sup> «Conclusiones del I Congreso Internacional de Mediación Familiar», Barcelona, octubre 1999.

to no contencioso de resolución de los conflictos en el que las partes participan voluntariamente, con el deseo de evitar un procedimiento judicial contradictorio y adversativo, en el que prima la libre decisión de las partes, siendo función del mediador acercar las posiciones de éstas, pero ni toma decisiones ni resuelve, manteniendo la imparcialidad por la que presta ayuda a los enfrentados sin buscar alianzas ni tomar partido por ninguno, tratando de eliminar los desequilibrios existentes entre ellos, estos últimos, debidos a su diverso poder de negociación, manteniéndose neutral sin orientar a las partes para alcanzar acuerdos que sean más conformes a la propia escala de valores del mediador, pero sin confundir eso con una ausencia de valores por parte del mediador ni con su pasividad, y constituyendo todo este sistema un proceso confidencial llevado a cabo por un profesional de la mediación<sup>29</sup>.

*Esquema final:*

HETEROCOMPOSICIÓN

- Concepción negativa del conflicto: es una anomalía en el cumplimiento de la norma
- Favorece la exclusividad
- El conflicto es previsible
- Impide la comunicación de las partes
- El conflicto es concreto y circunscrito a un hecho y a un momento determinado
- Confrontación
- La solución del conflicto se centra en resolver la disputa legal
- Sumisión: imponen la solución
- Las partes delegan en personas capacitadas para resolver el conflicto conforme a norma
- Dificultad en el cumplimiento de los acuerdos
- Creación de estrés adicional
- Gran coste personal y económico
- Las soluciones deben ser iguales ante los mismos hechos
- Incrementa la disputa y la ira
- Ruptura de las relaciones

---

<sup>29</sup> Cfr. Martín Casals, Miquel, *op. cit.*, pp. 9-14.

### AUTOCOMPOSICIÓN

- Visión positiva: es una oportunidad, es algo natural e intrínseco a la convivencia
- Acepta la diversidad
- El conflicto no es previsible (las relaciones entre las personas son libres y dinámicas)
- Posibilita la comunicación
- El conflicto es un proceso: es variable, evoluciona y tiene duración.
- Cooperación
- La solución del conflicto se centra en la mutua satisfacción
- Autodeterminación: favorece la responsabilidad
- Los que resuelven el conflicto son las propias partes ayudadas por un profesional imparcial y que no impone la solución
- Alto nivel de cumplimiento
- Favorece la pacificación del conflicto
- Las soluciones son a medida de interés y necesidades de cada parte en conflicto
- Más económico, evita desgaste personal
- Reduce y reconduce la pelea
- Permite la continuidad de la relación al menos en los aspectos estrictamente comunes o necesarios para el cumplimiento de los acuerdos.

### *Bibliografía*

- BELLOSO MARTÍN, Nuria (1999): «Otros Cauces para el Derecho: formas alternativas de resolución de conflictos», en V. Zapatero coord., *Nuevos Horizontes de la Filosofía del Derecho*. Libro homenaje a L. García San Miguel, Alcalá de Henares: Servicio de Publicaciones de la Universidad Alcalá de Henares, vol. II, pp. 55-92.
- (Coordinadora) (2006): *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León.
- BERNAL SAMPER, Trinidad (1998): *La Mediación: una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Madrid: ed. Colex.
- BOLAÑOS, Ignacio (1999): «Entre la confrontación y la Colaboración: Transacciones y transiciones», *Actas del I Congreso Internacional de Mediación Familiar*, Barcelona, octubre.
- CALCATERRA, Rubén A. (2002): *Mediación Estratégica*, Barcelona: Gedisa.

- COY FERRER, Antonio (1999): «La Mediación: una nueva metodología profesional», I Congreso Internacional de Mediación Familiar, Barcelona, octubre.
- FOLGER, Joseph P. y TRICIA S. Jones (1999): *Nuevas direcciones en mediación: investigación y perspectivas comunicacionales*, Barcelona: Paidós.
- GARCÍA GARCÍA, Lucía (2003): *Mediación Familiar. Prevención y alternativa al litigio en los conflictos familiares*, Madrid: Dykinson.
- MARTÍ CASALS, Miquel (1999): «Mediación en el Derecho Comparado: Principios y clases de Mediación Familiar en el Derecho Europeo», *Actas del Congreso Internacional de Mediación Familiar de Barcelona*.
- PIFERRER AGUILAR, Ana, Carlos ANSÓTEGUI GRACIA y Abel GARRIGA MOYANO (1999): «La Mediación: resolución alternativa de conflictos», *Rev. Economist and Jurist*.
- RIPOL-MILLET, Alex (1999): «La evolución de los modelos de Mediación Familiar nos permiten considerar a esta disciplina como un nuevo contexto de cambio en el trabajo psicosocial con familias», *I Congreso Internacional de Mediación Familiar, Barcelona*, octubre.
- SASTRE PELÁEZ, Antonio José (2002): «Principios Generales y definición de la mediación familiar: su reflejo en la legislación autonómica», *La Ley* 5478, Madrid: 8 de febrero de 2002.
- SIX, Jean-Francois (1997): *Dinámica de la Mediación*, Barcelona: Paidós.
- WARAT, Luis Alberto (1998): *Ecología, psicoanálisis y mediación*, Buenos Aires: Almed.



## La violencia escolar en la era de la globalización

Por

Ugo Ottavio Visalli

**Resumen:** Se han producido diversos cambios en la sociedad. Nos interesamos por aquellos que han afectado y provocado conflictos en los Centros Educativos, llegando en ocasiones a la violencia. Se hace indispensable buscar alternativas mediante nuevos modelos curriculares y a través de técnicas de resolución de conflictos, que superen el modelo tradicional. Una ciudadanía del siglo XXI demanda una gestión renovada de sus conflictos en el ámbito educativo. El estudio y la reflexión sobre violencia, tipos de violencia, perfil del agresor, perfil de la víctima y otras cuestiones permiten llegar a formular un modelo integrador en el que la mediación escolar se erige como pilar fundamental.

**Abstract:** Different changes have taken place in the society. We are interested in those that have affected and provoked conflicts in the Educational Centers, arriving in occasions to the violence. It becomes indispensable to look for alternative of new curricular models as well as of technical of resolution of conflicts that overcome the traditional pattern. A citizenship of the century XXI demand a renovated administration of their conflicts in the educational environment. The study and the reflection has more than enough violence, types of violence, the aggressor's profile, the victim's profile and other questions allow to end up formulating an integrative model in which the school mediation is erected as fundamental pillar.

### 1. *Escuela, violencia y modelos de gestión del conflicto*<sup>1</sup>

Si hasta hace unas décadas los Centros Educativos eran considerados exclusivamente como la institución delegada para formar y difundir cultura, confirmando las responsabilidades educativas sociales más comprometidas, hoy en día las dinámicas de gran parte de las tensiones, que emergen de una sociedad cada vez más multicultural, se están cristalizando en esta institución y contribuyen a redefinir su perfil. Es por ello que resulta imprescindible promover en su interior una cultura de la prevención dirigida a formar conductas responsables de ciudadanía activa, capaz de difundir la cultura del encuentro, del respeto, de la aceptación, de la solidaridad y de la paz.

La educación, según los diversos enfoques psicopedagógicos, actualmente, por sí sola, no es suficiente para prevenir la violencia en los Centros Escolares, públicos o privados. Se hace imprescindible una educación que contemple la prevención y la autodisciplina para que el alumnado y todo el cuerpo directivo puedan responsabilizarse adecuadamente, dándole a este último, además, todos los instrumentos educativos que le permitan afrontar el conflicto y la violencia de una forma activa y no pasiva, constructiva y no destructiva.

El estilo y los métodos de enseñanza, como consecuencia de los frecuentes cambios ministeriales en materia de la didáctica psicopedagógica en los Centros Escolares, resultan ser variables e incoherentes y hacen difícil que el cuerpo docente disponga de instrumentos normativos eficaces. Unos modelos estables de enseñanza darían la posibilidad al cuerpo docente y discente de formarse adecuadamente<sup>2</sup> y de poder

---

<sup>1</sup> Un estudio inicial sobre este tema lo hemos realizado en: (2006): «La mediación escolar», en N. Belloso Martín coord., *Estudios sobre Mediación: la Ley de Mediación familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León.

La Dirección General de familia, de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, ha editado una interesante Guía en relación a este tema: «El acoso escolar y la prevención de la violencia desde la familia» (2006).

<sup>2</sup> El docente, en no pocas ocasiones, tiene como único recurso su propia fantasía en la resolución del conflicto, rindiéndose muchas veces —por la imposibilidad de mantener una «disciplina democrática» en el aula, ante la imposibilidad de gestionar el conflicto por sí solo y sin el apoyo de otras figuras directivas del contexto escolar tales como el director, el docente, el tutor, etc. Además, los cambios que se han producido en estos últimos treinta años, tanto a nivel social y político, como a nivel de nuevas directivas ministeriales continuamente cambiantes y, por tanto, con el desarrollo de nuevos estilos y metodologías de enseñanza —asertivas, significativas, cooperativas, y no coercitivas—, han dis-

aplicar un modelo integrativo<sup>3</sup> de gestión de conflicto, de forma descentralizada, es decir, según el específico entorno escolar.

Para que unas técnicas de mediación escolar sean eficaces, por ejemplo, en un contexto multicultural, resulta imprescindible tener

---

minuido notablemente la autoridad del docente y de todo el ámbito escolar. El docente se ve pues bombardeado por órdenes y programas curriculares que, muchas veces, en lugar de orientarle provocan el efecto opuesto: el de desorientarle aún más; y al final, la única pedagogía educativa que aplican, es la que se desvuelve durante el desarrollo de las tareas y de las materias de enseñanza en el contexto de una clase y según la homogeneidad-deshomogeneidad del alumnado que se encuentre. Sin embargo, no es culpa sólo de la política y de los diversos cambios ministeriales sino de la abundante literatura psicopedagógica —muchas veces, diferente en la forma y bastante reiterativa en el contenido— que propone novedades científicas a las autoridades educativas. Por consiguiente, hay muchos actores que quieren estar en la cima del protagonismo y que, en lugar de conservar lo que realmente se ha constatado que es adecuado, proponen las «últimas» y recientes novedades psicopedagógicas que resultan ser, además, escasamente pragmáticas.

En lo que se refiere a la «autoridad del profesorado», un estudio llevado a cabo por la Consejería de Educación de Castilla y León, alerta de que no corren buenos tiempos para las relaciones entre profesor y alumno. «El 62,34% de los problemas surgen de estudiantes que se sublevan ante su profesor, alcanzando en los tres meses analizados las 7.413 denuncias». (Diario *El Mundo*, de Valladolid, 03/05/2006, p. 12).

En diciembre de 2005, se ha puesto en marcha en Madrid el teléfono ‘S.O.S Bullying’ de atención al profesor acosado y ha recibido más de 300 llamadas de socorro. «El 70% de los docentes que consultan con el servicio presenta síntomas de depresión y, de ellos, un 30% ya recibe tratamiento», informa I. Suárez Valdez, profesora, psicóloga del sindicato de enseñanza ANPE en Madrid y responsable del equipo que atiende las llamadas».

Según recuerda A. Oñate Cantero, directora del séptimo estudio Cisneros, *Violencia y acoso escolar*: «En uno de los colegios en el que participé en el estudio sobre acoso, irrumpió un profesor en el despacho del director: «No entro más en esa clase si no es con un guardia jurado»; y un compañero que pasaba cerca respondió: «Si a él le ponéis vigilancia, yo también quiero»».

Denuncia Oñate Cantero: «La situación es sangrante. Los padres desautorizan a los profesores, los equipos docentes se desautorizan entre sí y, con la última reforma educativa, una clase de tercero de primaria en un centro público, por ejemplo, puede eximirse de acudir a clase tan sólo con enviar una carta al director».

La sociedad también influye en la frustración de los docentes. Entre los factores del agotamiento profesional de los profesores —conocido como *burnout*, ‘quemado’—, V. Martínez-Otero señala la inquietud e incertidumbre ante el futuro legislativo y la merma de prestigio social: «Se han depositado demasiadas expectativas en la escuela, olvidando la responsabilidad de otras instituciones y se culpa del fracaso educativo a los profesores». (Diario *El Mundo* de Valladolid, ‘Semana del 24 de febrero al 2 de marzo de 2006’, pp. 54-57).

<sup>3</sup> Juan Carlos Torrego Seijo identifica tres modelos de gestión de conflictos que pueden aplicarse al entorno escolar: el *normativo* (punitivo-sancionador), el *relacional* y

presente la homogeneidad y deshomogeneidad de todo el entorno social: Instituciones, familia de origen, país de origen, grupos, interacción entre iguales, diversidad multicultural, etc. Las técnicas psicopedagógicas deben contemplar todos los mesos y microsistemas (familia, grupos y comunidades, etc.) que influyen en la escuela y considerar, asimismo, que algunos de los métodos educativos y didácticos a veces resultan ineficaces porque muchas de las teorías psicopedagógicas aplicadas tienen su eficacia en el contexto donde se experimentaron y no en un entorno más complejo, donde las variables resultan ser diferentes y limitadas a los específicos entornos (el alumno recibe informaciones no sólo del contexto escolar, sino también de la familia, del grupo de iguales)<sup>4</sup>.

---

el *integrador* (Cfr. Torrego, Juan Carlos y Cruz Pérez Pérez (2001): «Estrategias para la solución de conflictos», *Revista Española de Pedagogía* 218, pp. 26-28)

El modelo *normativo* «punitivo-sancionador» es definido como un modelo «ejemplar» e intenta, a través de la sanción o el castigo, evitar los conflictos en la escuela. La sanción sirve tanto al alumno como a los compañeros como mecanismo disuasorio para que no vuelvan a actuar de un modo incorrecto o agresivo. Es el que más se aplica en la actualidad y está contemplado en una visión reglamentaria de Régimen Interior (RRI) y de Organización y Funcionamiento (ROF).

El modelo *relacional* acentúa la importancia de recuperar positivamente la relación entre las partes, a través de la comunicación directa, procurando que la víctima reciba la justa recompensa por la agresión recibida. Se trata de prevenir el conflicto, antes de que explote la crisis y que se manifieste con violencia, a través del diálogo, del encuentro interpersonal, tanto por propia iniciativa como por medio de un intermediario. Presenta tal vez unos inconvenientes ya que parte del principio de que reconciliarse con la víctima exige en el agresor un alto coste mental y emocional, lo cual supone un «verdadero castigo» para él. Este estilo de actuar sirve incluso de modelo para que otros actúen de esta manera.

El modelo *integrador* subraya los valores de una sana disciplina, participativa y democrática, y se basa en la aceptación de los derechos/deberes de las personas y de la cultura propia de la gestión de conflictos, especialmente de la mediación escolar. Este modelo coincide: a) con el modelo normativo (punitivo-sancionador) en las necesidades de utilizar unas normas directivas definidas, que legitimen cómo debe ser la convivencia en un centro escolar; y b) con el relacional en cuanto pone de manifiesto la importancia de crear un clima y una cultura de diálogo que ayude a construir, en los Centros Educativos, los valores de la tolerancia, de la convivencia, de la reconciliación y de la paz a través de un conjunto de técnicas de gestión de conflictos desde una perspectiva de cooperación, en la que las partes implicadas representan los actores protagonistas del cambio mejorando de este modo las relaciones interpersonales.

<sup>4</sup> También hay que tener presente la edad afectivo-cognitiva más que la mera edad cronológica, junto con los estilos de enseñanza de los docentes (autoritario, democrático y permisivo).

### 1.1. El conflicto escolar en un contexto de transformación social

El conflicto escolar siempre ha existido desde que la escuela es escuela. La transformación de la sociedad desde una sociedad nacional y cerrada ha pasado a ser una sociedad más abierta, global y multicultural, sobre todo una sociedad industrial, donde el motor económico ya no se basa en una economía mononacional sino de grandes empresas multinacionales que dictan las reglas del mercado. La familia influida por los cambios económicos ha sufrido también una profunda transformación y ha evolucionado desde una familia numerosa —antes— y desde un tipo nuclear (padres y algunos hijos) o monoparental —después— debido a su «crisis»<sup>5</sup> (separaciones, divorcios) o pareja estable o no estable de hecho o nuevas familias de inmigrantes con estructuras similares a las de hace décadas de la sociedad española.

Esta transformación de la sociedad acaba proyectándose —y no podría ser de otra manera<sup>6</sup>— en la escuela. Aunque hemos llegado a un bienestar económico, la sociedad de consumo nos ha hecho mucho más competitivos y ello ha supuesto un mayor desgaste emocional superior al del pasado. Vivimos compitiendo en todos los campos, laboral, escolar, etc. Y la inseguridad económica de la clase media no es la de antes basada en el alimento sino en la competición del puesto fijo y, sobre todo en la competición por un estatus social que nos da esta «seguridad del ego» pero que nos hace vivir continuamente estresados, en un círculo vicioso materialista sin fin (ganar-gastar/consumir-ganar → competir → sobrevivir) y con una búsqueda continua de satisfacción inmediata de tipo hedonístico.

Con una familia cada vez más desestructurada los hijos no tienen la atención primaria que necesitan en una fase evolutiva importante: ambos

---

<sup>5</sup> Cuando hablamos de «crisis», no nos referimos sólo a la crisis de la familia sino a todo lo que conlleva el término «crisis». La sociedad, calificada como «sociedad de consumo», ha sufrido una notable transformación con respecto a los valores. Conviene subrayar la «crisis de los valores» (o «valores positivos»), en el contexto de la norma social y moral, que siempre han modelado unas pautas de conductas altruistas. Tal vez las religiones comprometidas con su contenido más humano y altruista o el idealismo positivista con su compromiso social (conciencia política y lucha en contra de las desigualdades y las injusticias sociales), en sus aspectos positivos y no dogmáticos, oportunistas y rígidos, han dado un impulso educativo y han supuesto un «freno» a esta agresividad competitiva y egoísta que impregna la conducta humana.

<sup>6</sup> Cualquier cambio que afecte a la sociedad entendida como macrosistema afectará a todos sus mesosistemas y microsistemas: la escuela, la familia, etc.

padres trabajan y los abuelos asumen un papel (y no siempre es posible) de protagonistas del crecimiento emocional-cognitivo de los hijos. Por todo ello, hoy más que ayer, la escuela acaba asumiendo el papel «educacional» sustitutivo de la familia, a pesar de no poseer todos los instrumentos adecuados tanto en orden a la formación profesional como en relación a los medios logísticos.

Las Instituciones también fallan a la hora de detectar la violencia dentro del contexto escolar; en cuanto los docentes —tanto por un problema vocacional como por un problema de formación— no lo detectan a tiempo o lo pasan por alto, como en el caso de un acoso escolar: ¿Cuántas escuelas, hoy en día, proporcionan a sus estudiantes una encuesta anónima sobre conflictos en el aula, para detectar algún posible malestar o como importante medida de prevención de conflictos? Detectar para prevenir sería una de las soluciones más factibles y realistas en relación a la violencia escolar. Convendría que los docentes se aproximaran con una adecuada formación a la mediación y no necesariamente como mediadores escolares profesionales sino como mediadores de ayuda y soporte a otros operadores en el mesosistema escolar.

## 1.2. Tipos de conflictos en el ámbito escolar

### 1.2.1. LA VIOLENCIA «VISIBLE»

La violencia es un fenómeno complejo. Hay muchas variedades de violencia. A. Reiss y J. Roth<sup>7</sup>, mencionan aquellas en donde el individuo intente, amenace o provoque daño físico u de otro tipo. El suicidio se incluye también como una tipología de violencia infligida contra uno mismo. Esto incluye el daño psicológico, sexual, la violencia familiar, escolar, doméstica, la violencia interpersonal, el vandalismo, u otros.

No hay que confundir la *violencia* con la *indisciplina*. «La *indisciplina* es un comportamiento que va contra las normas, con conductas inapropiadas tales como: la mala educación, la insolencia, la desobediencia, la provocación, la amenaza, la falta de respeto; los desórdenes

---

<sup>7</sup> Vid., Reiss, A., Roth J., (1993): *Understanding and preventing violence*, Washington, D.C.: National Academy Press.

en ausencia del profesor en el aula, en los pasillos y en otros espacios comunes; los pequeños robos aislados, las descortesías»<sup>8</sup>.

La *violencia*, sin embargo, se manifiesta en una agresión que va unida a una desmotivación general y a un descontrol físico, verbal y psíquico grave y puede manifestarse con robos trascendentales, actos vandálicos, destrozos de material, pequeñas rupturas en el edificio, absentismo, pasotismo, molestia a los compañeros y al profesor que, en la mayoría de las ocasiones, acaba desembocando en conflictos más graves.

Una definición de violencia podría ser: «la manifestación de una agresividad destructiva relacionada habitualmente con la fuerza física y psicológica». El empleo que se hace en contra de alguien se convierte en una agresión. En este sentido conviene mencionar a Henri Laborit, quien la define como «un mecanismo de agresividad sociológica y/o biológica», y la relaciona con la acción de la agresión con la que el individuo utiliza cierta cantidad de energía para destruir. Es en este sistema de acción-reacción, según Laborit, donde se pueden encontrar las causas que permitan describir los mecanismos de la agresión<sup>9</sup>.

En un contexto escolar, la violencia puede caracterizarse, entre otros, por algunos factores, tales como: 1) la violencia estructural derivada de la organización social; así, la violencia escolar sería consecuencia de la participación de los estudiantes en procesos que «filtran» dicha violencia estructural presente en el conjunto de nuestra sociedad; 2) la violencia omnipresente en los medios de comunicación social a la que los alumnos están expuestos durante muchas horas diarias; 3) los modelos violentos<sup>10</sup> que los estudiantes ven —y aprenden— en su propia familia y en su más inmediato entorno sociocomunitario. En este conjunto de variables habría que incluir de forma explícita la influencia del grupo de iguales; 4) La violencia que los alumnos sufren dentro de su familia y en su entorno comunitario; 5) El hecho de que los Centros Educativos, en especial los de enseñanza secundaria, se han mantenido casi siempre al margen de las dimensiones no académicas de la educación (desarro-

---

<sup>8</sup> Vid., Carbonell, J. L. y Peña A. I., (2001): *El despertar de la violencia en las aulas. La convivencia en los centros educativos*, Madrid: Editorial CCS, pp. 33-35.

<sup>9</sup> Cfr. Laborit, H., (1970): *L'agressivité détournée: introduction à une biologie du comportement social*, Paris: Union general d'éditions.

<sup>10</sup> Vid. Bandura, A. (1963): *Aprendizaje Social y Desarrollo de la Personalidad*, Madrid: Editorial Alianza.

llo moral, integración social, etc.), al haber olvidado los procesos interpersonales implícitos en la convivencia diaria, se encuentran ahora con graves dificultades para articular una respuesta educativa ante el comportamiento antisocial o, simplemente, los problemas de convivencia en general.

En primaria, la agresión se suele producir con repercusiones menos graves con respecto a lo que sucede en secundaria, en donde suelen ser más frecuentes las amenazas simbólicas y verbales. Sin embargo, los más problemáticos son generalmente los más mayores que casi nunca actúan solos y a menudo se autoproclaman como líderes de su grupo de amigos. Humillan, amenazan y agreden a profesores y a compañeros; pinchan las ruedas e introducen palillos en las cerraduras de los coches, obligando muchas veces a los docentes a dejar los automóviles en casa. También el uso de alcohol o drogas fuera o dentro de los centros escolares contribuye a empeorar dichas conductas. Se presenta también el riesgo de extender las conductas violentas a otros grupos y situaciones, alejándose de las tareas escolares y deterioro en el desarrollo social, tendiendo a implicarse en problemas de violencia juvenil y de primeras actividades delictivas<sup>11</sup>.

#### 1.2.2. FACTORES QUE INCIDEN EN LA VIOLENCIA (INDIVIDUALES Y COMUNITARIOS)

Entre los factores que inciden en la violencia citamos los individuales y los comunitarios.

Los *factores individuales*, que se manifiestan en algunos patrones violentos, son representados por los roles naturales (y evolutivos) de género, o por los roles culturales. Los hombres son más agresivos que las mujeres, lo cual en una sociedad en la que los roles sociales están establecidos conforme al género de cada individuo, es un factor que incide en el comportamiento violento de las personas. También la imitación en una sociedad expuesta a la violencia por la influencia de los medios de comunicación<sup>12</sup> (la televisión, el cine, las revistas, los videos, la prensa) o por una exposición a la violencia a temprana edad es un factor que puede afectar al comportamiento futuro de cada persona. Existen varios

---

<sup>11</sup> Olweus, D., (1979): Stability of aggressive reaction patterns in males: A review, *Psychological Bulletin* 86.

<sup>12</sup> Cfr. Bandura, A., (1963): *op. cit.*

estudios que permiten afirmar que tanto la violencia social como la doméstica, incluyendo evidencias de abuso en menores, ejercen una gran influencia en el índice de probabilidad de que la persona se convierta en un adulto violento.

Los *factores comunitarios*, son representados por factores tales como la pobreza (en un contexto social general y transfronterizo) y por el desempleo de siempre pero con nuevas connotaciones (falta de expectativas profesionales). Finalmente, la multiculturalidad con la inmigración se inserta en este nuevo escenario social, con los nuevos factores que conlleva (dificultad de integración social, económica, cultural, etc.).

El hogar es otro aspecto del origen de la violencia. Entendido como un subsistema social, representa la principal forma de organización social y es el primer referente que permite identificar aquellos factores comunitarios que inciden dentro del comportamiento violento. Los factores a tomar en cuenta son el tamaño de la familia (ahora más numeroso con la inmigración), el grado de hacinamiento y adaptación, la historia de violencia familiar, la dinámica y las normas de la familia y el ingreso *per cápita* del hogar.

Las familias desestructuradas ya sean humildes y de origen económico-cultural (hoy más presentes con la inmigración) o acomodadas, resultan ser en general más violentas con respecto a las familias más unidas. Las familias acomodadas de tipo disgregadas, por ejemplo, como en el caso de las separadas y divorciadas, donde trabajan los dos cónyuges, suelen presentar una escasa atención educativa afectivo-cognitiva.

En las familias humildes existe un problema de adaptación socioeconómico y cultural que provoca frustración y esto conlleva problemas entre los mismos que acaban generando una conducta violenta. La pobreza pues, como una privación en muchas dimensiones, puede asociarse a una condición de individualidad y aislamiento social. Las condiciones fundamentales de pobreza y desigualdad pueden convertirse fácilmente en un factor que contribuye a crear las condiciones para que se desarrollen escenarios violentos y, además, como ya hemos mencionado, los medios de comunicación juegan un papel reproductor al difundir patrones de consumo que acaban acentuando la diferenciación entre los estratos sociales con menores satisfactores sociales.

La multiculturalidad, en el contexto mencionado anteriormente, juega pues un papel fundamental en el comportamiento. La violencia se entretiene en el comportamiento social bajo la «inseguridad colectiva» y el miedo a perder el trabajo por parte de grupos nacionales menos favo-

recidos o bajo un tapiz cultural. La mezcla de culturas y tradiciones, en muchas sociedades, puede generar un juego de reglas que guían comportamientos e identidades de grupo como, en la actualidad, es el caso de la nueva migración y su inserción en el ámbito social; antes era representado por la comunidad gitana pero ahora el escenario va cambiando gradualmente.

La erosión de las normas sociales regula las relaciones interpersonales de los miembros de un grupo que termina por imponer nuevas normas de comportamiento a toda la comunidad. Por ejemplo, las normas violentas de las «comunidades gitanas» modificaban y modifican (anteriormente más) los comportamientos sociales establecidos por la comunidad. Son normas que no sólo implican factores detonantes que van más allá de la manifestación cultural del grupo social sino que crean una cohesión del grupo fuera de la comunidad mayoritaria. El alto grado de crimen en un vecindario puede generar en sí más violencia, y los actos violentos incentivan la conducta violenta a través de un efecto demostración.

Entre los aspectos comunitarios, sin embargo, la violencia no es sólo el producto de la marginación y de la escasa adaptación al entorno social de la pobreza o de la disgregación familiar. También es el resultado de la crisis de «valores positivos» tanto en familias muy acomodadas de tipo más bien disgregadas, como en las humildes. Por ejemplo, las familias acomodadas, que presentan valores educativos rígidos y clasistas como falsos modelos de referencia para los hijos, engendran una forma de violencia más sutil e «invisible».

La sociedad de consumo ha creado falsas referencias y falsos modelos de consumo a las que todos hacen referencia. Esta «masificación de falsos valores» dicta la regla de convivencia que sobre todo en una determinada fase evolutiva puede engendrar conflictos violentos incomprensibles. Las marcas, las firmas, los mitos de la sociedad consumista y conformista crean grupos con la percepción de la identificación y pertenencia y donde la condisión de estos «falsos valores» puede provocar el enfrentamiento entre individuos y grupos sociales.

Finalmente, otro aspecto comunitario relevante, también como causa de conflicto en el ámbito del conflicto escolar, es el de una masificación escolar derivado del gran aumento del número de estudiantes (acompañado a veces por una ausencia afectivo-cognitiva de los padres y por una escasa perspectiva de un futuro trabajo «digno», entre otros.). Todo ello, determinando la poca motivación a los estudios en una edad escolar

específica, ha puesto en crisis la escuela como Centro de formación, educación y prevención.

Tanto el ámbito individual como el comunitario guardan una estrecha relación. En el ámbito individual operan determinados factores que se conjugan con los factores comunitarios que van generando cierta predisposición a una conducta antisocial y a la alienación de ciertos valores que podrían representar y dibujarse en un sentido metafórico como un «freno de la conciencia colectiva».

## 2. Otro tipo de violencia social: la «invisible» (el acoso escolar o Bullying)

### 2.1. Precisiones terminológicas

Si el *bullying* se refiere a un acoso específicamente escolar, el *mobbing* sin embargo concierne a un acoso más generalizado a nivel social y que ha sido acuñado principalmente en el ámbito laboral y dado a conocer sobre todo con las investigaciones de Heinz Leymann<sup>13</sup>. Marie-France Hirigoyen<sup>14</sup>, además, añadió al concepto de *mobbing* el de «acoso moral»<sup>15</sup> para definir y designar el acoso laboral como una violencia psicológica más sutil.

En un estudio comparativo entre el *mobbing* y el *bullying*, Dieter Zapf considera que el «*mobbing* procede mayoritariamente de los superiores jerárquicos, mientras que el *bullying* es más bien un fenómeno de grupo»<sup>16</sup>. El *mobbing*, con respecto al *bullying*, se refiere a agresiones psicológicas más sutiles y, por consiguiente, más difíciles de advertir y de probar, sea cual sea su procedencia. Sin embargo, el

<sup>13</sup> Cfr. Leyman, H., (1986): *Vuxenmobbnig —psykiskt vald i arbetslivet (Mobbing— psychological violence at work places)*. Lund: Studentlitteratur.

<sup>14</sup> Cfr. Hirigoyen, M., F., (2001): *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós, pp. 72-73.

<sup>15</sup> En nuestra opinión, la definición de «acoso moral» es genérica y el término «moral» inapropiado. La definición de acoso psicológico abarca más aspectos y no deja dudas tal y como acontece con el término «moral» (debería ser «inmoral» y no «moral»). Por consiguiente, continuaremos utilizando el término *mobbing* o acoso psicológico para definir el acoso laboral.

<sup>16</sup> Cfr. Zapf, D., (1999): «Organisational, work group related and personal causes of mobbing/bullying at work, International», *Journal of Manpower* 30.

*bullying* parece más amplio que el *mobbing*, ya que se trata más de vejaciones o de violencia individual que va desde las burlas y la marginación hasta conductas de abuso con connotaciones sexuales o agresiones físicas.

## 2.2. El acoso escolar o Bullying

El acoso escolar o *Bullying* en el ámbito escolar, es un fenómeno complejo y se manifiesta bajo distintas formas, la mayor parte de las cuales son extremadamente subvaloradas o no detectadas por los docentes y los tutores en los centros escolares. El término originario *bullying*, se emplea en la literatura especializada para denominar los procesos de intimidación y victimización entre iguales, entre alumnos compañeros de aula o de centros escolares, donde uno o más alumnos acosan e intimidan a otro —la víctima— a través de insultos, rumores, vejaciones, aislamiento social, motes, etc.

El acoso escolar, pues, designa los maltratos de los que suelen ser víctimas los alumnos, desde la (1) *agresividad física* que, por ejemplo, se produce con más frecuencia en la escuela primaria que en la secundaria y se manifiesta mediante golpes con puños o patadas, apoderarse o estropear los efectos personales de alguien, a la (2) *agresividad verbal* que consiste en burlarse, insultar, tomar el pelo repetidamente, hacer afirmaciones racistas. Representa la forma más habitual. Últimamente, además, también el teléfono móvil se está convirtiendo en un instrumento para este tipo de maltrato. La (3) *agresividad psicológica* que —aunque el componente psicológico está en todas las formas de maltrato—, se presenta en una forma muy sutil y poco perceptible. Se manifiesta pues con acciones que tienen el efecto devastador de minar la autoestima, fomentando una elevada sensación de inseguridad y temor a la potencial víctima. Esta violencia intimidatoria si es persistente puede tener lugar incluso durante años y sus consecuencias pueden ser devastadoras para las víctimas que lo sufren. Por último, el (4) *acoso indirecto*, también devastador, que se manifiesta al difundir rumores, excluir a alguien del grupo gre-

---

<sup>17</sup> Cfr. Rovira, M., (2000): «El tratamiento de la agresividad en los centros educativos: propuesta de acción tutorial», *Cuadernos para la Coeducación* 15, Barcelona, pp. 12-14.

gario porque es percibido como no acorde a la reglas y a los modelos estereotipados que se comparten en el grupo. Este tipo de maltrato tiene el efecto de aislar física y psicológicamente al individuo colocándole en un estatus desprotegido, produciéndole una desadaptación a la larga destructiva en su medio escolar: debilitamiento general de los procesos cognitivos y afectivos con incomunicación, ansia, depresión, etc.<sup>17</sup>

**Tabla I**  
**Incidencia de las distintas modalidades de maltrato por abuso de poder entre estudiantes de ESO, referida por los propios estudiantes que dicen haberlas presenciado, sufrido o llevado a cabo<sup>18</sup>.**

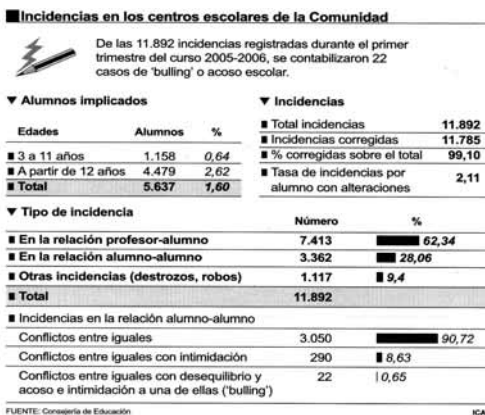
Conducta	Testigos (%)	Víctimas (%)	Agresores (%)
Ignorar	79,3	16,0	39,0
No dejar participar	67,5	12,0	14,3
Insultar	93,1	40,3	46,5
Poner mote	91,8	38,3	38,2
Hablar mal de otro/a	88,9	36,6	38,9
Esconder cosas	74,8	23,0	13,8
Romper cosas	38,6	5,4	1,7
Robar cosas	40,5	8,5	1,8
Pegar	60,6	6,0	8,0
Amenazar para amedrentar	67,1	10,9	7,7
Obligar a hacer cosas mediante amenazas	13,0	1,9	0,8
Amenazar con armas	6,5	1,6	0,7
Acosar sexualmente	8,8	3,5	1,2

<sup>18</sup> Martín, E., (2003): «Convivencia y conflicto en los centros escolares: la situación española», *Aulas Conflictivas* (Número monográfico). Revista del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letra y en Ciencias. Colegio Profesional de la Educación 145, p. 8.

**Tabla II**  
**Tipos de malos tratos en escuelas de Educación Secundaria en Andalucía (España) (Tomado de Ortega y Angulo, 1998)**  
**(Datos redondeados. Porcentajes directos de nominación del tipo. Elección abierta)<sup>19</sup>**

Curso/Edad	No sabe y otros	Maltrato verbal	Abuso físico	Robo	Amenaza	Exclusión social
1º (12-13 años)	22 %	51 %	27 %	4 %	28 %	18 %
2º (13-14 años)	19 %	53 %	33 %	3 %	29 %	15 %
3º (14-15 años)	13 %	63 %	32 %	4 %	34 %	32 %
4º (15-16 años)	9 %	70 %	27 %	3 %	27 %	41 %

*Incidencia de casos de bullying en Centros Educativos en la Comunidad de Castilla y León según el estudio elaborado por la Consejería de Educación<sup>20</sup>.*



<sup>19</sup> Ortega, R. y Del Rey, R., (2003): «El proyecto Anti-Violencia escolar: Andave», *Aulas Conflictivas* (Número monográfico). Revista del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letra y en Ciencias. Colegio Profesional de la Educación 145, p. 20.

<sup>20</sup> La Consejería de Castilla y León ha puesto en marcha, en el mes de mayo de 2006, el Observatorio para la Convivencia Escolar (con las asociaciones de padres y alum-

### 3. Consideraciones preliminares sobre los perfiles psicológicos de los acosadores

Los dos perfiles psicológicos, que corresponden al *bullying* y al *mobbing*, no son exactamente iguales y tampoco las dinámicas son idénticas. Tienen en común una forma de sadismo perverso o un «oportunismo peculiar»; prevaleciendo este último más en el perfil del acosador del *mobbing*.

En el *bullying* el perfil del acosador hay que insertarlo en la dinámica de grupo (fenómeno grupal) y el aspecto de liderazgo y de dependencia de un individuo o de un grupo hacia un líder<sup>21</sup> es preponderante. Además, hay que considerar también como relevantes las características de origen familiar con sus dimensiones socio-afectivas<sup>22</sup>.

En el *mobbing* el perfil del acosador aún se ha delineado poco y no de forma exhaustiva resulta más complejo si lo comparamos con el per-

---

nos, sindicatos, expertos en convivencia escolar, medios y empresarios). Este Observatorio nace como instrumento de prevención y monitoraje de la violencia escolar. Su función será la de determinar los centros que por su incidencia requieran de un plan específico, analizará la convivencia en las aulas e intervendrá en casos de violencia ya sea por acoso, agresión o insultos. Presidido por el Consejero de Educación, estará formado por un vicepresidente y por el director de Coordinación y tendrá como vocales a representantes de diversas Consejerías de la Junta de Castilla y León tales como Sanidad, Gerencia de Asuntos Sociales, Delegación del Gobierno y Comisionado para la Droga. Además, habrá vocales de la FRMP (*Diario ABC*, 03/05/2006, p. 24).

De las 11.892 incidencias registradas durante el primer trimestre del curso 2005-2006 y, respecto a las incidencias en la relación alumno-alumno, «A falta de concretar aún qué han valorado las distintas comisiones de convivencia abiertas en cada centro para determinar si se ha producido o no una incidencia, lo cierto es que las cifras hablan, además de los 22 casos de *bullying*, que se produjeron 290 casos de conflictos entre iguales con intimidación —el 8,63% del total de las incidencias— y 3.050 conflictos entre iguales —el 90,7%—.

En definitiva, el 28,06 del total de incidencias (3.362 acciones) han tenido como protagonistas a chavales de edades similares» (*Diario El Mundo*, de Valladolid, 03/05/2006, p. 12).

<sup>21</sup> *Vid.*, Burns, J.M., (1978): *Leadership*, New York: Harper & Rowe.

<sup>22</sup> Emociones y afectos, desarrollo sensoriomotorio, actitudes pasivas (*coping*) y activas, características de apego, sexualidad y desarrollo, problemas y formación de identidad, autoestima, moralidad (aspecto cognitivo —pensamiento—, aspectos afectivos —sentimientos— aspectos conductuales —acción—) y valores diferentes en el contexto de la norma social, adaptación social y corpórea, diferencias de género entre varones y hembras, rol de los modelos, etc.

fil del acosador del *bullying*. Nuestros recientes estudios<sup>23</sup> se han dirigido a realizar una panorámica sobre el *bullying*, intentando también completar y delinear una hipótesis del perfil del modelo de acosador del *bullying*, profundizando más en la vertiente de la «perversión». Con respecto al acosador del *mobbing*, en un reciente trabajo<sup>24</sup> nos hemos ocupado del perfil de modelo psicosocial del acosador del *mobbing*, aportando algunas hipótesis generales de investigación (véase gráfico: modelo psicosocial del perfil del acosador en el *Mobbing*), que parten de tres características triádicas generales de personalidades sociales: 1) La «personalidad rígida»; 2) la personalidad «oportunista narcisista perverso de tipo 1»; 3) la personalidad «oportunista frustrado perverso» de tipo 2; y 4) La personalidad creativa entendida como una de las víctimas potenciales del *Mobbing*. Hemos abordado estas hipótesis de estudio observacional, considerando la predisposición (innata o adquirida) en el contexto de una norma social, con los consiguientes roles y estatus de poder rígidos o esquemas dogmáticos y con sus características psicológicas de perversión y narcisismo, aproximándonos sobre todo a las teorías de la personalidad social y mentalidad dogmática, a los procesos cognitivos de las teorías de la elaboración de la información y de la inteligencia productiva y emocional, en las diferencias entre habilidades intelectivas y supuesta definición de inteligencia (gráfico 1).

### 3.1 El perfil del acosador y de la víctima en el Bullying

D. Olweus<sup>25</sup> define dos perfiles de *acosador*: el (1) activo que agrede personalmente, estableciendo relaciones directas con su víctima, y el (2) social-indirecto. Según Olweus, el indirecto suele dirigir, a veces en la sombra, el comportamiento de sus seguidores a los que induce a actos de violencia y a persecución de inocentes. Además de estos prototipos, se puede identificar a otro colectivo que participa pero no actúa en la

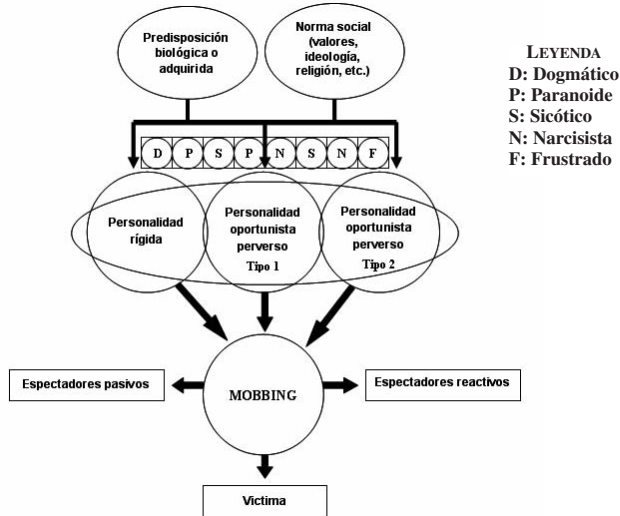
---

<sup>23</sup> Visalli, U. O., (2003): «Breves apuntes sobre el conflicto», *Revista Jurídica da UniRondon* 5. Cuiabá, pp. 77-72; del mismo autor, (2006): «El maltrato entre iguales (*Bullying*) y el acoso laboral (*Mobbing*)», *JurisPoiesis*. Revista del Curso de Mestrado en Derecho 7, Rio de Janeiro, Universidade Estacio de Sá.

<sup>24</sup> Cfr. Visalli, U. O., *ibidem*.

<sup>25</sup> Olweus, D., (1993): *Victimization by peers: antecedents an long-term out-comes*, en Rubin, K.H. y Asendorf, J.B. Edtrs. *Social withdrawal, inhibition and shyness*. Hillsdale, N.J.: Erlbaum.

**Gráfico 1**  
**Modelo psicossocial de perfil del acosador en el *Mobbing***



agresión, como es el caso de los acosadores pasivos (seguidores o secuaces del acosador).

A los estudios acerca del perfil antisocial del acosador del *Bullyng* hemos añadido —a la teoría frustración-agresividad,— la variable «perversión», desarrollando también otra hipótesis de perfil del *Bullyng*: el «narcisista perverso».

### 3.1.1. EL ANTISOCIAL PERVERSO Y EL NARCISISTA PERVERSO

El *acosador antisocial perverso* procede en la mayoría de los casos de una familia desestructurada, ha fracasado en los estudios (a veces es el que ha repetido curso y es de más edad del aula). Presenta una conducta agresiva y antisocial. Está poco adaptado a las reglas de convivencia, es incapaz de respetarlas y presenta notables deficiencias en habilidades sociales para comunicar y negociar sus deseos. Su rabia<sup>26</sup> (frustración → agresividad

<sup>26</sup> Necesita imperiosamente dominar a los otros y su conducta denota una falta de control de la ira y un alto nivel de hostilidad que hace que interprete sus relaciones con los otros como fuente de conflicto y agresión hacia su propia persona.

y/o perversión: el placer de infligir daño a los demás como válvula de escape de la frustración como, por ejemplo, la envidia) se dirige hacia los compañeros percibidos como los más destacados o los más débiles pero también hacia los adultos. Presentan una gran belicosidad con los compañeros y con los adultos y una mayor tendencia hacia la violencia. Es autosuficiente y sus mecanismos de defensa elevan su autoestima. Tiene una opinión positiva e idealizada de sí mismo y su personalidad presenta un temperamento agresivo, impulsivo, arrogante, teatrero, aparentemente seguro de sí, a menudo popular y no tiene ninguna empatía con la víctima.

Los acosadores antisociales son por lo general del sexo masculino y tienen mayor fortaleza física y, con respecto a los narcisistas perversos, probablemente no hay una distinción significativa en el género en lo que se refiere a la fuerza psicológica.

El *Acosador narcisista perverso* con personalidad narcisista, también tiene una opinión positiva e idealizada de sí mismo y a menudo es popular por su «posible» estatus social. Con respecto al antisocial, presenta una psicología más sutil, sádica, perversa y maquiavélica y experimenta sobre todo placer en dominar, pero no sólo por el efecto frustración-agresividad, sino más bien para apagar el narciso que lleva dentro.

Procede sobre todo de familias acomodadas (y no sólo) —tanto permisivas, *lasser faire* o rígidas—, donde los padres están presentes principalmente en un sentido físico y económico y totalmente ausentes en los aspectos cognitivo-afectivos y principalmente y, en lo que respecta a las emociones y a los valores, son bastante fríos y calculadores<sup>27</sup>.

Tanto el antisocial como el narcisista, son más fuertes psicológicamente que sus víctimas, ambos muy oportunistas (más frío el narcisista) y atractivos por rasgos de personalidad (embaucadores, astutos e inteligentemente mentirosos). No tienen ninguna empatía con la víctima y son auténticos actores en los roles<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Es muy probable que los padres le hayan inculcado «directa o indirectamente» falsos valores o «antivalores» o falsos modelos de referencia —que el hijo empezó a aprender y a imitar desde temprana edad— como la percepción de un «estatus alto» de su familia, una mentalidad dogmática y clasista (a veces racista), el sentirse «único» él y su familia y experimentar sentimientos de poder, etc. El acosador narcisista tiene probablemente rasgos «innatos» y culturales y un tipo de frustración-perversión (no exteriorizada como en el antisocial sino más bien interiorizada) de tipo libídico (véase, entre otros, S. Freud).

<sup>28</sup> Los adultos muy difícilmente se percatan y suelen ser engañados en la mayoría de los casos o bien no quieren percatarse —sobre todo en el caso del narcisista— a veces por el estatus social de poder que representa este perfil de acosador.

En una comparación, podemos resumir que el *acosador antisocial* presenta una frustración-agresividad mayor hacia fuera, mientras que el *acosador narcisista* presenta una perversión-agresividad más hacia dentro.

El *antisocial* está frustrado, es inseguro y perverso por las experiencias anteriores. Está frustrado y rabioso y quiere vengarse contra la sociedad. Tiene una personalidad fuerte de rasgos o que ha forjado en función de sus experiencias frustrantes. Su conducta obtiene y consigue un refuerzo continuo sobre el acto agresivo y violento como algo gratificante —«una válvula de escape de la frustración → agresividad».

El *narcisista*, sin embargo, obtiene y consigue un refuerzo gratificante y deseable de sus pulsiones reprimidas, perversas y diferidas (*véase S. Freud*) —afirmación de su *narciso* y válvula de escape *perversión* → *agresividad*.

Ambos, tanto el antisocial como el narcisista, transfieren su carga destructiva hacia una posible víctima (*el chivo expiatorio*), percibida como diferente —o destacada— y más vulnerable.

Con respecto a su vida adulta, el *antisocial*, está más sujeto a consecuencias indeseadas y su aprendizaje para y cómo conseguir los objetivos puede llevarle posteriormente a la antesala de la conducta delictiva; el *narcisista*, sin embargo, habitualmente se afirma en la sociedad ocupando cargos bastantes relevantes».

En la mayoría de los casos, ambos perfiles pueden tener rasgos predominantemente de líderes transformacionales<sup>29</sup>, agresivos y destructivos (agresividad manifiesta en el antisocial y agresividad-perversión latente en el narcisista) en el ámbito del grupo dependiente. Si el grupo dependiente aprende que esa es la forma de establecer los vínculos sociales de socialización, puede generalizar actuaciones principalmente antisociales —percibidas como «normales» y como reglas adquiridas— a otros grupos en los que van a integrarse. Incluso, cuando se vayan a emparejar, pueden imitarlas (en forma de asimilación de personalidad) y extender esas formas antisociales o de perversión de poder de dominio y sumisión del otro a la convivencia doméstica, como son los casos que vienen sufriendo con tanta frecuencia las mujeres.

---

<sup>29</sup> Muchas veces, incluso con cargas de líder camuflado «transaccional» o bien dogmático «transformacional».

## 3.4. Consideraciones preliminares sobre el Perfil de Víctima

La *víctima* y su comportamiento, para el *acosador*, es percibida como un sujeto inseguro y débil y el hecho de que la víctima no responda al ataque y al insulto puede aumentar aún más la carga de sadismo y desprecio. Olweus<sup>30</sup> caracteriza ese modelo de ansiedad y de reacción sumisa combinado (en los chicos) con la debilidad física que les caracteriza; no son agresivos ni violentos y muestran un alto nivel de ansiedad, de inseguridad y bajos niveles de autoestima. Este autor señala ciertos signos visibles que el *acosador* elegiría para atacar a las víctimas y que separarían a las víctimas de otros estudiantes. Serían rasgos como las gafas, el color de la piel o el pelo y las dificultades en el habla, por ejemplo. Además, indica que las desviaciones externas no pueden ser consideradas como causa directa de la agresión ni del estatus de víctima. En general, las víctimas consiguen socializar menos, les cuesta mucho trabajo hacer amigos, se aíslan y pueden ser rechazados porque son percibidos como diferentes. Pueden ser menos populares o muy populares (en el caso de los «empollones») provocando una «reacción psicológica» de sensación de marginación. Sin embargo «desarrollan una mayor actitud positiva hacia su profesorado que los acosadores»<sup>31</sup>.

T. Mooij<sup>32</sup> señala, como rasgos frecuentes en la víctima, niveles altos para ser intimidada directa, regular y frecuentemente y para ser intimidada indirectamente y excluidos por sus compañeros (especialmente en el caso de las chicas). También suelen ser sujetos identificados fácilmente como víctimas y ser menos apreciados.

El papel de víctima se reparte en proporciones iguales entre sexos aunque muchas investigaciones dicen que existen más chicos implicados<sup>33</sup> o similar número<sup>34</sup>, excepto en las realizadas en Japón (y según la norma social de aquel contexto) en las que las intimidaciones se dirigen mayoritariamente a las chicas o hay más chicas entre las vícti-

---

<sup>30</sup> Cfr. Burns, J. M., (1978): *op. cit.*

<sup>31</sup> Vid., Olweus, D., (1998): *Conductas de acoso y amenaza entre escolares*, Madrid: Morata.

<sup>32</sup> *Ibidem.*

<sup>33</sup> Cfr. Mooij, T., (1997): «Por la seguridad en la escuela», *Revista de Educación* 313, pp. 29-52.

<sup>34</sup> Vid., *El Informe del Defensor del Pueblo sobre Violencia Escolar* (1999), Madrid. [htt ://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp](http://www.defensordelpueblo.es/index.asp?destino=informes1.asp)

mas<sup>35</sup>. Sin embargo, según Olweus<sup>36</sup>, la agresividad intimidatoria entre chicas se ha estudiado mucho menos.

En lo que se refiere al ámbito familiar de las víctimas, éstas pasan más tiempo en casa. Se indica que una excesiva protección paterna genera niños dependientes y apegados al hogar, rasgos que caracterizan a las víctimas<sup>37</sup>. Este autor considera que estas tendencias a la protección en exceso puedan ser a la vez causa y efecto del acoso. Las víctimas, en especial, tienen un contacto más estrecho y una relación más positiva con sus madres.

Olweus<sup>38</sup> ha interpretado la falta de apoyo de los compañeros hacia las víctimas como el resultado de la influencia que los agresores ejercen sobre los demás, hecho muy frecuente en estos procesos.

Según el informe del Defensor del Pueblo<sup>39</sup>, tanto los adultos como los jóvenes se comportan de forma agresiva después de observar un acto de agresión<sup>40</sup>. En el caso del maltrato entre iguales se produce un *contagio social* que inhibe la ayuda e incluso fomenta la participación en los actos intimidatorios por parte del resto de los compañeros que conocen el problema, aunque no hayan sido protagonistas inicialmente del mismo. Este factor es esencial para entender la regularidad con la que actos de esta índole pueden producirse bajo el conocimiento de un número importante de observadores que, en general, son los compañeros y no los adultos del entorno de los escolares. En otros casos, se ha demostrado que es el miedo a ser incluido dentro del círculo de victimización y convertirse también en blanco de agresiones, lo que impide que el alumnado que siente que debería hacer algo no lo haga.

---

<sup>35</sup> Vid., Ortega, R., (1999): *Violence in Schools. Bully-victims Problems in Spain*, en Vth. European Conference on Developmental Psychology, Sevilla, 1992 y Fonzi, A., Genta, M.L., Menesini, E., Bacchini, D., Bonino, S. y Costabile, A. Italy, en Smith P.K., Morita Y., J. Junger-Tas, Olweus D., Catalano, R. y Slee, P. Edtrs., *The nature of school bullying*. London: Routledge.

<sup>36</sup> Vid., Monbusho (Ministry of Education). (1994): *Seito Shidojo no shomondai no Genjo to Monbusho no Shisaku ni tsuie*. (The present situation of issues concerning student tutelage and measures by the Ministry of Education). Tokyo: Ministry of Education.

<sup>37</sup> Cfr. Olweus, D., (1998): *op. cit.*

<sup>38</sup> Cfr. Olweus, D., (1993): *op. cit.*

<sup>39</sup> *Ibidem.*

<sup>40</sup> *Op. cit.*, Defensor del Pueblo, 1999.

#### 4.1. Tipificación del Perfil de Víctima (provocadora, espectadora y pasiva)

En el acoso escolar existen tres tipologías de víctimas: la *víctima provocadora*, la *víctima espectadora* y la *víctima pasiva*.

La *víctima provocadora*<sup>41</sup> es aquella que, por su propia conducta, incita al acosador a cometer la agresión. Tal incitación crea y favorece la explosión previa al acoso. Dicho de otra manera, esta víctima ha colaborado en la acción agresiva y existe una culpabilidad recíproca. Se establece una interdependencia entre el acosador y la víctima. La víctima necesita al acosador porque disfruta de su provocación y el agresor reacciona. Un ejemplo sería el niño al que le gusta molestar al gato aun sabiendo las reacciones del gato. La *víctima provocadora* presenta un escaso control emotivo, a veces son antipáticos, irritables y a menudo indisciplinados frente a los adultos. Las víctimas provocadoras suelen ser alumnos que tienen problemas de concentración y tienden a comportarse de forma tensa e irritante a su alrededor. A veces suelen ser tildados de hiperactivos y lo más habitual es que provoquen reacciones negativas en gran parte de sus compañeros.

La *víctima espectadora*, se describe como víctima que por miedo, para no sentirse marginada del grupo, por oportunismo o inercia, por tener rasgos de evitador-colaborador o por problemas de dependencia, exclusión e inseguridad, permanece espectadora de los eventos que acontecen a su alrededor. La *víctima espectadora* es capaz de relacionarse muy bien con su entorno, no reacciona ante los conflictos (más bien los evita) pero, sin embargo, no permanece indemne frente a los eventos de conflictos. Por el contrario el asistir, como espectadora, le supone un aprendizaje sobre cómo comportarse como forma de inclusión al grupo dominante y ante situaciones injustas y un refuerzo para posturas individualistas y egoístas, y lo que es más peligroso, la formación y el refuerzo de modelos y estereotipos para valorar como importante y respetable la conducta agresiva. Se señala como consecuencia para ellas la *desensibilización* que se produce ante el sufrimiento de otros a medida que van contemplando acciones repetidas de agresión en las que no son capaces de intervenir para evitarlas. Por otra parte, también se indica que aun que la *víctima espectadora* reduzca su ansiedad de ser atacada por el

---

<sup>41</sup> Vid. también Bandura, A., (1963): *op. cit.*

*acosador*, en algunos casos podría sentir una sensación de indefensión semejante a la experimentada por la víctima.

*La víctima pasiva* es la más común. Son sujetos inseguros, que se muestran poco y que sufren calladamente el ataque del agresor. Su comportamiento, para el agresor, es un signo de su inseguridad y desprecio al no responder al ataque y al insulto. Olweus<sup>42</sup> caracteriza ese modelo de ansiedad y de reacción sumisa combinado (en los chicos) con la debilidad física que les caracteriza. En general las víctimas, si nos atenemos a los datos sociométricos, son los menos populares de la clase. Aunque desarrollen, a veces, una mayor actitud positiva hacia su profesorado<sup>43</sup>, son sujetos rechazados y aislados que tienen unas redes sociales de apoyo muy pobres (tablas III y IV).

##### 5. *La mediación escolar en un modelo integrador como forma alternativa de resolución de conflictos*

Para poder resolver los conflictos en los centros escolares hay que poseer los instrumentos cognoscitivos y logísticos necesarios para poder afrontarlos e intentar resolverlos. Además, hay que saber a qué edad se puede plantear la mediación. Una mediación viable entre iguales podría realizarse a partir de los seis/siete años, aunque con ciertas diferencias según la edad del alumnado. Es importante saber qué tipo de técnicas de mediación es posible aplicar a niños de seis años con respecto a las técnicas a aplicar a chicos de catorce o dieciséis. Tampoco serían totalmente iguales el estilo de enseñanza y las tareas cognitivo-afectivas y logísticas de mediación a desempeñar entre el alumnado de infantil, de primaria o un alumnado de secundaria.

Previamente a la implementación de un modelo integrador con la mediación escolar en un Centro Educativo, es preciso sensibilizar a todos los componentes de su comunidad y, en especial, a la dirección del centro y al Claustro de profesores, acerca de las bondades del programa que se quiera llevar a término. Debe informarse a los integrantes de la comunidad educativa para que conozcan, acepten y asimilen esta «aproxima-

---

<sup>42</sup> *Vid.*, Benjamín Mendelsohn (1940) en: <http://www.geocities.com/fmuraro/mendelsohn.htm>

<sup>43</sup> *Cfr.* Olweus, D., (1998): *op. cit.*

<sup>44</sup> *Ibidem.*

**Tabla III. Modelo psicosocial de perfil del acosador en el *Bullying***

Acosador pasivo	Acosador activo narcisista perverso	Acosador activo antisocial perverso
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Frustración⇒ agresividad⇒ (más exteriorizada). Conducta agresiva, perversa, conflictiva y antisocial. Rabia y envidia hacia los demás percibidos como los más destacados o más débiles.</li> <li>• Competitivo y aparentemente seguro de sí mismo, a menudo popular</li> <li>• Más fuerte física y psicológicamente que sus víctimas</li> <li>• Opinión positiva e idealizada de sí mismo</li> <li>• Impulsivo y teatrero</li> <li>• Incapaces de respetar las reglas de los adultos</li> <li>• Imponente por fuera y atractivo por estatus defensivo (astuto y mentiroso compulsivo antisocial)</li> <li>• Ninguna empatía con la víctima. Insensible.</li> <li>• Familias con clima hostil, escasa aceptación del hijo, modelos educativos autoritarios y violentos<sup>44</sup>. Prevalece la familia <i>lasser faire</i>, muy ausente afectivo-cognitivamente</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Frustración-represión (ego - líbido)⇒ agresividad sutil (más interiorizada)⇒ Conducta perversa sutil, más bien hacia los demás percibidos como más débiles.</li> <li>• Seguro de sí mismo, competitivo y a menudo popular</li> <li>• Más fuerte psicológicamente que sus víctimas</li> <li>• Opinión positiva, idealizada de sí mismo</li> <li>• Más sutil en sus acosos y auténtico actor en los roles</li> <li>• Capacidad de interpretar las reglas de los adultos</li> <li>• Muy oportunista, muy frío por dentro y atractivo por rasgos de personalidad (embaucador, astuto e inteligentemente mentiroso)</li> <li>• Familia con modelos educativos clasista o bien dogmático: hiperprotectora, permisiva o <i>lasser faire</i>, rígidas, y presente más bien físicamente y ausente afectivo-cognitivamente.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alianza con el individuo/grupo más fuerte.</li> <li>• Seguidores, como forma de seguridad dentro del grupo prepotente, en el séquito de compañeros considerados «prestigiosos»</li> <li>• Empatía parcial (?) para la víctima</li> <li>• Baja autoestima, escasa estabilidad emocional, dependencias, escasa satisfacción personal</li> <li>• Las conductas de los acosadores pasivos tienden a disminuir creciendo</li> </ul>

Tabla IV. Modelo de perfil de la víctima

Víctima pasiva	Víctima provocador	Víctima espectadora
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ansiosa, pasiva, muy «pegada» al adulto</li> <li>• Baja autoestima, imagen de sí misma negativa</li> <li>• Incapaz de reaccionar, resignada</li> <li>• No son buenos lectores de la expresión emotiva ajena</li> <li>• Familia hiperprotectora con dinámicas, a menudo, demasiado involucentes. Hijos incapaces de gestionar las relaciones sociales complejas.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Alternancia de expresiones emotivas</li> <li>• Fácilmente irritables</li> <li>• Escaso control emotivo</li> <li>• Provocadores</li> <li>• Antipáticos frente a los adultos</li> <li>• Estilo familiar:               <ul style="list-style-type: none"> <li>a) <i>coercitivo- permisivo</i>;</li> <li>b) <i>incoherente</i>;</li> <li>c) <i>hiperprotectivo</i>.</li> </ul> </li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Ansiosa, pasiva, dependiente</li> <li>• Aparentemente tranquila</li> <li>• No reacciona</li> <li>• Evitadora, colaboradora y oportunista</li> <li>• Buenas relaciones sociales</li> <li>• No se aprecian estilos familiares en particular</li> </ul>

ción educativa alternativa» que supone, en mayor o menor grado, dependiendo del alcance del programa, la implementación de un programa concreto. Esta sensibilización se conseguirá informando, mediante encuestas anónimas, charlas, folletos, pósters, vídeos, y a través de cursos de formación en técnicas de resolución de conflictos impartidos al profesorado y al personal implicado.

Se pone en marcha este nuevo sistema educativo integrador y mediador, dirigido a la prevención del conflicto en los Centros Educativos, diferenciando la edad del alumnado al que va dirigido el programa. En educación infantil y primaria, por ejemplo, deben prevalecer las actividades lúdicas, como el juego, las marionetas, la expresión corporal, el teatro, que fomenten en el alumnado la adquisición de su identidad y autonomía personal, enseñándoles y educándoles en la mediación<sup>45</sup> para resolver conflictos, como una nueva capacidad de comunicarse y de compartir con los demás.

La asamblea de clase, hecha de forma sistemática, a todas las edades y la clase sobre formas de mediación y comunicación para resolver los problemas que surgen en la vida cotidiana y construir conjuntamente soluciones que satisfagan a todos —asignando tareas gratificantes y de responsabilidad—, es una de las prácticas educativas más directas para facilitar la interacción positiva y el desarrollo del grupo y participar e intervenir colectivamente en el ámbito de la resolución de conflictos. Debe ser un espacio organizado de participación y diálogo, donde el grupo pueda plantear las diversas soluciones. Josep M. Puig y otros<sup>46</sup> nos explican ampliamente cómo organizar las asambleas y qué hay que hacer para que se constituyan en un verdadero espacio de discusión, diálogo y cooperación.

Es importante que las contribuciones que hagan las partes para ayudar en la discusión sean diferentes a las que se hubieran realizado en el pasado en otro contexto de mediación. Durante la discusión el mediador

---

<sup>45</sup> G. Ross, se refiere a un «modelo educativo incoherente». (Vid., Ross G., (1999): «Beyond the trauma vortex. «The media's role in healing fear, terror and violence», *North Atlantic Books Berkley*, California).

<sup>46</sup> El mismo alumnado aprende las técnicas de mediación, sirviendo de soporte como posible mediador de ayuda (no profesional) en la interacción activa (con iguales y figuras escolares) que se vaya creando y que se convierte en participativa entre los iguales. El alumno, ayudado por la figura del profesor mediador-coordinador, puede mediar entre sus compañeros y ese entrenamiento dinámico determina la motivación a la participación en este nuevo escenario de convivencia con métodos integrativos.

debe organizar los temas que deban tratarse y es preciso acumular información. Por ejemplo, los procedimientos y materiales que pueden utilizarse son: 1) Evaluar previamente a la presentación de planteamientos teóricos, si es un roce o un conflicto (por ejemplo, colocando una pizarra específica para que los alumnos, que hayan sido informados y sensibilizados en tareas de mediación y resolución de conflictos, pongan su nombre y determinen el problema que quieren solucionar); 2) Identificar el conflicto real (y no el roce que se puede solucionar individualmente entre el docente —mediador— y las dos partes); 3) Exponer durante la asamblea, los conceptos teóricos y los planteamientos de la transformación de conflictos por parte de la monitora y de los participantes; 4) Realizar juegos para cohesionar y dinamizar el grupo; 5) Trabajar con encuestas anónimas, fichas de información, de ejercicios y de observación y con manual de mediación; 6) Representar las situaciones para detectar determinados elementos de los contextos de conflicto; 7) Expresar gráficamente y por escrito los conceptos y las ideas desarrolladas en la asamblea (*role playing*); 8) Analizar los conflictos reales surgidos a lo largo del curso; 9) Entrenarse en la negociación y mediación con juegos de rol elaborados a partir de casos reales; 10) Encontrar acuerdos que satisfagan a las dos partes (*yo gano - tú ganas*) suavizando las posiciones (*yo cedo - tu cedes*) y trabajando las necesidades reales; 11) Elaborar un informe simple donde se establezca el acuerdo al que han llegado las dos partes y del que son partícipes todo el alumnado (en el caso de que se rompa el acuerdo habrá otra reunión donde los alumnos que habían participado en la reunión del primer acuerdo voten una medida de tareas auto-responsables para las partes contendientes).

En una asamblea el mediador procurará orientar a las partes cuando el discurso se desvíe del tema central y, además, debe apreciar las perspectivas en toda su magnitud y debe generar lluvia de ideas; es decir, las partes deben sentir que son ellos y no un tercero los que deben resolver el conflicto.

A partir de la secundaria es donde podrían tener su máximo desarrollo los programas de mediación entre iguales. «Se puede seleccionar, por ejemplo, un grupo de chicos y chicas que sean representativos con respecto a la variabilidad del conjunto de los alumnos, se les forma y entrena en técnicas de mediación y se les asigna la tarea de ayudar a gestionar los conflictos que surjan entre sus propios compañeros. Esta formación se hará básicamente a través de »*role playing*«. Las mediaciones las harán en comediación, es decir, siempre en equipos de dos. El

objetivo primordial de la mediación entre iguales es, más que la resolución de los conflictos en sí, enseñar a los estudiantes a conducir sus propios conflictos de forma cooperativa y eficaz, sin la intervención de los adultos. Por eso, lo más importante de este programa es que el máximo número de alumnos pueda desempeñar el papel de mediador.»<sup>47</sup>

La mediación escolar comparada, por ejemplo, con la mediación familiar, está más abierta a planteamientos creativos y al contexto situacional tan diversificado como es el de la escuela (las figuras que forman parte de este contexto son numerosas y diversificadas). Pueden seguirse las técnicas generales de la mediación pero a través de la construcción de unas técnicas situacionales que exija cada centro o cada aula, colaborando todas las figuras implicadas en este espacio organizacional (alumnado, profesorado, tutores, Director del centro, padres, todas las figuras influyentes<sup>48</sup>, figuras constituyentes<sup>49</sup>, etc.) y, finalmente, siguiendo todos los programas curriculares factibles de aprendizaje, de prevención y formación.

### *Bibliografía*

ABC, 03/05/2006.

ADORNO, T. W., Frenkel-Brunswink E., Levinson D., Sanford R. N. (1950): *The authoritarian personality*, New York: Harper.

BANDURA, A. (1963): *Aprendizaje Social y Desarrollo de la Personalidad*, Madrid: Editorial Alianza.

BELLOSO MARTÍN, N. (Coordinadora) (2006): *Estudios sobre mediación: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León.

---

<sup>47</sup> Vid., Puig, J. M. y otros (1997): *Com fomentar la participació a l'escola*, Barcelona: Graó.

<sup>48</sup> Poyatos, García A., (2003): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Publicaciones Universitat de Valencia y Nau llibres, p. 140.

<sup>49</sup> La autoridad negociadora personifica la personalidad influyente que representa los intereses dentro de un meso o microsistema. Por ejemplo, en una comunidad con reglas propias (la comunidad de gitanos) existe un jefe de referencia; o en un departamento dentro de una empresa o de una escuela, el jefe o el director, o el docente que desea que se solucione el conflicto. Si la autoridad influyente negociadora (como una referencia cognitiva y afectiva) es significativamente relevante y elevada, la resolución es fácil. Si la autoridad influyente negociadora es baja, el proceso de resolución del conflicto será más largo y más difícil.

<sup>50</sup> La representación constituyente representa las partes no directamente involucradas (por ejemplo, los compañeros de colegio en una escuela, los amigos o los parientes en una familia).

- BENJAMÍN, Mendelsohn (1940) en:  
<http://www.geocities.com/fmuraro/mendelsohn.htm>
- BURNS, J. M. (1978): *Leadership*, New York: Harper & Rowe.
- CARBONELL, J. L. y PEÑA A. I. (2001): *El despertar de la violencia en las aulas. La convivencia en los centros educativos*, Madrid: Editorial CCS.
- DEFENSOR DEL PUEBLO (1999). Informe del defensor del pueblo sobre violencia escolar. En: <http://www.defensordelpueblo.es/index.asp>
- DON BOSCO, J. (1985): *El Sistema Preventivo en la educación de la juventud: Constituciones y Reglamentos. Salesianos de Don Bosco*, Madrid.
- EL MUNDO 'Semana del 24 de febrero al 2 de marzo de 2006'.
- EL MUNDO, Diario de Valladolid, 03/05/2006
- FREUD, S. (1915): *Los instintos y sus destinos*, Obras Completas. Vol. VI. Madrid: Biblioteca Nueva, 1972.
- FROM, E. (1970): *Psicoanalisi della società contemporanea*, Milano: Comunità.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, I. (1998): *Prevención de la violencia y resolución de conflictos. El clima escolar como factor de calidad*, Madrid: Narcea Ediciones.
- HIRIGOYEN, M. F. (2001): *El acoso moral en el trabajo. Distinguir lo verdadero de lo falso*, Barcelona-Buenos Aires-México: Paidós.
- LABORIT, H. (1970): *L'agressivité détournée: introduction à une biologie du comportement social*, Paris: Union general d'éditions.
- LEYMAN, H. (1986): *Vuxenmobbing - psykiskt vald i arbetslivet (Mobbing - psychological violence at work places)*. Lund: Studentlitteratur.
- (1990): *Handbok for anvindning av LIPT* —formuliret for kartliiggning av risker for psykisk void i arbetsmiljon (The LIPT questionnaire-a manual), Stockholm: Violen.
- MARTÍN, E. (2003): «Convivencia y conflicto en los centros escolares: la situación española», *Aulas Conflictivas* (Número monográfico). Revista del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias. Colegio Profesional de la Educación 145.
- MONBUSHO (Ministry of Education). (1994): *Seito Shidojo no shomondai no Genjo to Monbusho no Shisaku ni tsuie*. (The present situation of issues concerning student tutelage and measures by the Ministry of Education). Tokyo: Ministry of Education.
- MOOI, T. (1997): «Por la seguridad en la escuela», *Revista de Educación* 313.
- OLWEUS, D.: (1979): Stability of aggressive reaction patterns in males: A review, *Psychological Bulletin* 86.
- (1993): Victimization by peers: antecedents an long-term out-comes, en Rubin, K.H. y Asendorf, J.B. Edtrs., *Social withdrawal, inhibition and shyness*. Hillsdale, N.J.: Erlbaum.
- ORTEGA, R. (1994): «Violencia interpersonal en los centros educativos de enseñanza secundaria. Un estudio sobre el maltrato e intimidación entre compañeros», *Revista de Educación* 304.

- (1999): *Violence in Schools. Bully-victims Problems in Spain*, Vth. European Conference on Developmental Psychology, Sevilla, y Fonzi, A., Genta, M.L., Menesini, E., Bacchini, D., Bonino, S. y Costabile, A. Italy, en Smith P. K., Morita Y., J. Junger-Tas, Olweus D., Catalano, R. y Slee, P. Edtrs. (1992): *The nature of school bullying*. London: Routledge.
- ORTEGA, R. y DEL REY, R. (2003): «El proyecto Anti-Violencia escolar: Andave», *Aulas Conflictivas* (Número monográfico). Revista del Ilustre Colegio Oficial de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias, Colegio Profesional de la Educación 145.
- POYATOS GARCÍA A. (2003): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*. Valencia: Publicaciones Universitat de Valencia y Nau llibres.
- PUIG, J. M. y otros (1997): *Com fomentar la participació a l'escola*, Barcelona: Graó.
- REISS, A., ROTH J. (1993): *Understanding and preventing violence*. Washington, D.C.: National Academy Press.
- ROSS G. (1999): «Beyond the trauma vortex. The media's role in healing fear, terror and violence», *North Atlantic Books Berkley*, California.
- ROVIRA, M. (2000): «El tratamiento de la agresividad en los centros educativos: propuesta de acción tutorial», *Cuadernos para la Coeducación* 15, Barcelona.
- TORREGO, J. C. y Cruz PÉREZ PÉREZ (2001): «Estrategias para la solución de conflictos», *Revista Española de Pedagogía* 218.
- VISALLI, U. O. (2003): «Breves apuntes sobre el conflicto», *Revista Jurídica da UniRondon*. Cuiabá 5, pp. 47-72.
- (2005): «La búsqueda de nuevos paradigmas en la educación: la mediación escolar», *Dereito & Educaçao*, C. Gorzevski coord., Santa Cruz Do Sul, 2005, pp. 99-131;
- (2006): «El maltrato entre iguales (*Bullyng*) y el acoso laboral (*Mobbing*)», *JurisPoiesis*. Revista del Curso de Mestrado en Derecho 7. Rio de Janeiro, Universidade Estacio de Sâ, pp. 463-500.
- (2006): «Mediación escolar», en N. Belloso Martín coord., *Estudios sobre Mediación: la Ley de Mediación familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 271-291.
- ZAPF, D. (1999): «Organisational, work group related and personal causes of mobbing/bullying at work, International», *Journal of Manpower* 30.

## Derecho en transformación. Cuestiones de filosofía jurídica y justicia reparadora

por  
Nuria Beloso Martín

*«C'è una misura per tutte le cose al di là della quale inizia l'ingovernabilità e la disgregazione» (Orazio Coco)*

**Abstract:** The Right is subjected to deep transformations at the present time. One of them is that of the conception of the Right as a simple coercive order, characteristic of the neo new-positivism, and that it has been overcome by the postulates of the constitutionalism. Concepts like the Right «premier», the sanction and the artificial coercion remit us to a revision of the relationship among Right and its forces, looking for a vision multidimensional of the artificial coercion. The true challenge is that of the preservation of the biggest space possible of freedom, characteristic of an autonomous citizen and main character of the XXI century. The complementary forms of resolution of conflicts, in the area of the criminal law, through the restorative justice, of the substitution of the theories retributive's of the pain for the theories of the repair and by means of the new relationships between victim and aggressor, they contribute to open new possibilities in the relationship among Right and its punishment.

**Resumen:** El Derecho está sometido a profundas transformaciones en la actualidad. Una de ellas es la de la concepción del Derecho como un simple orden coactivo, propia del neopositivismo, y que ha sido superada por los postulados del neoconstitucionalismo. Conceptos como el Derecho premier, la sanción y la coacción jurídica nos remiten a una revisión de la relación entre Derecho y fuerza, buscando una visión pluridimensional de la coacción jurídica. El verdadero reto es el de la preservación del mayor espacio posible de libertad, propio de un ciudadano.

no autónomo y protagonista del siglo XXI. Las formas complementarias de resolución de conflictos, en el área del Derecho penal, a través de la justicia reparadora, de la sustitución de las teorías retribucionistas de la pena por las teorías de la reparación y mediante las nuevas relaciones entre víctima y agresor, contribuyen a abrir nuevas posibilidades en la relación entre Derecho y castigo.

### *1. Castigar y premiar como funciones del Derecho<sup>1</sup>*

La búsqueda de un concepto «absoluto» de la justicia se remonta a los propios inicios de la historia de la humanidad. La imagen representativa de la justicia, con una venda en los ojos y sujetando una balanza —que representa el cálculo, una aritmética de la suma y de la resta— y una espada —que representa el juicio—, ha estado teñida de un aspecto enigmático. No son pocos los casos en que tal virtud de «lo justo» acaba siendo reducida a una especie de caja vacía que cada uno puede llenar a su gusto. Partimos de que el reconocimiento de la justicia no coincide con la legalidad con la consecuencia, entre otras, de que la injusticia no se limita a la mera transgresión de la norma. El propio concepto de justicia asume frecuentemente la forma de tragedia: junto al margen inevitable de error humano, conviene recordar los efectos destructivos sobre la existencia de sus protagonistas provocados por muchas decisiones judiciales técnicamente «impecables», los diversos suicidios ligados a procesos y penas «formalmente» irreprochables. A ello hay que sumar la insatisfacción que acompaña casi siempre al espectáculo de «vencedores y vencidos» al término de cada «procedimiento ritual» judicial. El modelo de justicia culturalmente todavía dominante es el de la justicia distributiva (en el ámbito civil) y retributiva (en el ámbito penal): la justicia que atribuye «a cada uno aquello que le corresponde», «da a cada uno en la medida en que se lo merece, en sentido positivo o negativo». Es una justicia que calcula, que mide en los términos de aqué-

---

<sup>1</sup> Un estudio inicial sobre este tema lo hemos realizado en: «La mediación penal», en N. Belloso Martín coord., (2006) *Estudios sobre Mediación familiar: la Ley de Mediación familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 293-319. También en: «Justicia y mediación penal: la responsabilidad de las Políticas Públicas», en M. Marlene Moraes da Costa coord., (2006): *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Porto Alegre, Imprensa Livres, pp. 133-172.

llo que corresponde o en los términos de lo que deba ser negado. Este modelo de justicia se completa con la autoridad de juez (del ordenamiento, del sistema), la responsabilidad por la transgresión de la norma y la consiguiente producción de un evento ofensivo y la coerción a través de la pena. El proceso gira en torno a la idea de contraposición y contradictorio —adversarios—, de juicio —*iuris dictio*— y de fuerza<sup>2</sup>.

Se hace necesario dejar atrás esta «respuesta primitiva», todavía dominante, para avanzar hacia una justicia negociada, una respuesta «privada». La vía de la mediación, en el ámbito de la responsabilidad penal de menores, puede constituir una excelente oportunidad para buscar nuevas formas de justicia. Mediación y justicia reparatoria no serán nunca la «última palabra sobre la justicia» sino que tienen el mérito de esbozar una respuesta a partir del sentimiento de injusticia

Para quien se ocupa de la teoría del Derecho, una de las tareas habituales es la de reflexionar sobre el concepto del Derecho y, principalmente, sobre las funciones del Derecho: el «para qué sirve el Derecho»<sup>3</sup>. En el siglo XXI observamos las nuevas transformaciones que el Derecho experimenta y las alternativas que ante el Derecho se abren. Poco a poco van cobrando fuerza los modelos jurídicos que se interesan no sólo por estudiar la utilización pragmática del Derecho sino también por crear y ampliar nuevos parámetros jurídicos con vistas a prevenir las relaciones conflictivas, partiendo de la motivación positiva de los comportamientos.

La regulación de la vida social se presenta como la función principal del Derecho. Esta función de integración y orientación de los comportamientos sociales, que comúnmente se conoce como ‘control social’, la puede realizar el Derecho haciendo uso de diversas técnicas: a) *Técnicas protectoras y represivas*: son aquellas que tienden a imponer deberes jurídico positivos (obligaciones) o negativos (prohibiciones) a los individuos bajo la amenaza de una pena o sanción de tipo negativo, impuestas por los mecanismos jurídicos de control penal. Este tipo de

---

<sup>2</sup> Cfr. Mazzucato, C. (2004): «Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale», *Ars Interpretandi, Mediazione ed ermeneutica*, Padova: Cedam, vol.9, pp. 165-193.

<sup>3</sup> Vid. Ferrari, Vincenzo (1989): *Funciones del Derecho*, Madrid: Debate; también, Bobbio, Norberto (1980): «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en A. Ruiz Miguel edtr., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, pp. 263-287.

técnicas son las propias del Estado liberal clásico; b) *Técnicas organizativas o regulativas*: son aquellas mediante las cuales el Derecho organiza la estructura social y económica, define y distribuye roles sociales, otorga y distribuye poderes públicos y redistribuye recursos públicos y técnicas promocionales. Este tipo de técnicas son las propias del Estado social; c) *Técnicas promocionales*: son aquellas que pretenden convencer a los individuos para que realicen ciertos comportamientos socialmente necesarios. Para tal propósito se utilizan leyes que incentiven junto con una sanción positiva o compensatoria para intentar compensar al agente de los esfuerzos y trabajos hechos o de los gastos que haya ocasionado el procurar una ventaja a la sociedad. Es el caso de exenciones fiscales, bonificaciones en las cuotas de la seguridad Social, etc. Este tipo de técnicas comienza su desarrollo con el Estado de bienestar, al objeto de conseguir la realización de valores o de fines sociales para todos los ciudadanos que, con un mero Estado protector y no intervencionista, era imposible.

Podemos observar que para lograr esta regulación, este control social, el Derecho utiliza la recompensa negativa (sanción, pena, privación, desventaja) y, también en ocasiones, la recompensa positiva (un bien, una ventaja, un premio). La concepción solidaria del hombre en la sociedad debería promover naturalmente el aumento del ámbito del Derecho espontáneo, pudiéndose convertir la aplicación de la fuerza coactiva, poco a poco, en innecesaria. Y ello nos lleva a preguntarnos si la incidencia de la coacción en la vida cotidiana del Derecho tiende a aumentar o a disminuir. Habría que indagar si resulta razonable continuar sosteniendo que las personas sólo acatan la norma jurídica por el miedo a ser obligados a hacerlo a través de la fuerza o, por el contrario, que el cumplimiento y el respeto al Derecho se da, principalmente, en razón del bien social que tal actitud proporciona. Son muy pocos los libros y manuales de enseñanza del Derecho en los cuales se proclama enfáticamente que el Derecho sin coacción no es Derecho<sup>4</sup>. Baste remitirnos a la pauta de la antigua imagen acuñada por R. Ihering: «El Derecho sin coacción es fuego que no quema, llama que no ilumina»<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. Vasconcelos, Arnaldo (2001): *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, São Paulo: Dialética, pp. 106-107.

<sup>5</sup> Un abordaje más completo de este tema —sobre el que ahora no podemos extendernos— exigiría un análisis de carácter interdisciplinar (vertiente psicológica, moral,

La historia ha mostrado que, el castigo, como técnica de control social, aunque permanezca como una forma de obtener la conducta deseada, se ha convertido en un mecanismo de dudosa eficacia jurídica<sup>6</sup>. La clásica obra de M. Foucault, *Surveiller et punir* (1975)<sup>7</sup>, pone de manifiesto la insuficiencia del castigo y la búsqueda de otras fórmulas, como en el área penal, de la reinserción del delincuente, técnica que también se ha revelado como impracticable. De ahí que, junto al castigo (técni-

---

sociológica) valorando también el concreto marco histórico-político y el modelo de Estado que lo sustenta.

Un estudio profundo sobre el fundamento y la finalidad de la sanción puede encontrarse en: Falcón y Tella, María José y Fernando Falcón y Tella (2005): *Fundamento y finalidad de la sanción: ¿un derecho a castigar?*, Madrid: Marcial Pons.

<sup>6</sup> La sanción ha sido objeto de estudio de numerosos filósofos a lo largo de la historia: Platón, Aristóteles, Tomás de Aquino, T. Hobbes, J. Locke, I. Kant, G.W.F. Hegel, J. Bentham y H.L.Hart (Vid., Hart, Herbert L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (inicialmente publicado en 1959-60), Oxford: Clarendon Press. Hay trad. al castellano de Betegón, Jerónimo (1990): «Introducción a los principios de la pena», en J. Betegón y J.R. de Páramo compil., *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona: Ariel), a los que se podría añadir una larga lista de especialistas en otras áreas de conocimiento, tales como la Psicología, Psicoanálisis, Pedagogía, Teoría de la Educación y otras.

<sup>7</sup> Foucault, Michel (1979 ed. española): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. A. Garzón del Camino, Madrid: Siglo XXI.

En esta obra nos presenta Foucault la evolución del castigo, primero de los cuerpos (a través del suplicio, de la exposición pública) y después, de las almas. Con todo, la acción sobre el cuerpo tampoco se encuentra totalmente suprimida a mediados del siglo XIX. La pena ciertamente dejó de estar centrada en el suplicio como técnica de sufrimiento pero tomó como objeto principal la pérdida de un bien o de un derecho. Un castigo como los trabajos forzados o incluso como la prisión —mera privación de libertad—, no ha funcionado jamás sin cierto suplemento punitivo que concierne realmente al cuerpo mismo: racionamiento alimenticio, privación sexual, golpes, celda. En la primera mitad del siglo XIX la prisión, se decía, no era lo suficientemente punitiva, pues los presos pasaban menos hambre, menos frío que muchos de los pobres o incluso de los obreros.

¿De dónde procede esa extraña práctica de encerrar para corregir incluida en los códigos penales de la época moderna? ¿Se trata de una vieja herencia de la Edad Media? Los patíbulos dieron lugar a nuevas edificaciones teñidas de benevolencia. Los muros, los cerrojos, las celdas, se configuraban como una verdadera empresa de ortopedia social. Entre los siglos XVI y XIX se desarrolló un conjunto de procedimientos ideados para dividir, controlar, encauzar a los individuos y hacerlos a la vez, dóciles y útiles. El siglo XIX inventó ciertamente las libertades, pero con un trasfondo disciplinario del que aún no hemos conseguido librarnos. Y esas prisiones, ¿siguen hoy siendo válidas a los fines del Derecho? Actualmente el sistema carcelario moderno no se atreve a decir que castiga crímenes sino que se presenta intentando reinserter a los delincuentes.

ca represiva), convenga abrir un espacio al premio (técnica promocional) que posibilite, con un mínimo de inconvenientes y de coste social, alcanzar un máximo de resultados positivos. Se hace necesario superar la concepción tradicional, miope y obsoleta de que el Derecho sólo contempla la sanción punitiva, con finalidad satisfactoria o reparatoria, siempre como resultado de la inobservancia de la ley.

E. Durkheim, en su obra *L'Éducation morale*, distingue dos grandes grupos de sanciones: las positivas y las negativas. Las sanciones negativas son los castigos y las sanciones positivas, las recompensas. Ambas tienen en común que refuerzan el cumplimiento de las normas, si bien lo hacen de forma antagónica: las negativas, castigando al infractor del deber; las positivas, premiando al que lo ha cumplido<sup>8</sup>. Dentro de las negativas se incluyen tanto las sanciones represivas o penales como las restitutivas, civiles o administrativas. Las positivas se relacionan con el mérito. Las negativas con un demérito. Las positivas se refieren a una situación pretérita, se premia a alguien por el mérito que ya ha alcanzado. Las sanciones positivas están pues más próximas a las doctrinas retributivas, frente a sus opuestas, las teorías utilitaristas, que miran al futuro.

Las nociones de utilidad, que derivan de las futuras consecuencias beneficiosas que una acción pueda deparar, y la noción de mérito, que se establece a partir de acciones pasadas y pretéritas, se oponen. Hacemos notar que cuando se habla de sanciones jurídicas pensamos sobre todo en los castigos. De hecho, no existe un código de premios paralelo al código punitivo del Código Penal.

Si el Derecho nos castiga por la inobservancia de su cumplimiento, ¿no debería recíprocamente, premiar a quien sí obedece y acata sus normas? La obediencia al Derecho puede dar —o no— una satisfacción moral —el deber cumplido, tranquilidad de conciencia—. Es decir, la obediencia al Derecho tiene sólo una recompensa moral. ¿Y por qué no una recompensa o premio jurídico? Podríamos considerar, análogamente, que bastaría con una sanción «moral» para castigar el incumplimiento de las normas —remordimiento—. Pero estaríamos trasladando consecuencias del orden moral al orden jurídico. ¿Por qué no se contemplan pues, simultáneamente, tanto la recompensa como la pena?

---

<sup>8</sup> Vid. Robles Morchón, Gregorio (2001): *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid: Civitas.

Son diversos los estudios que se han ocupado del mecanismo de la gratificación-punición<sup>9</sup>. Aparece así la idea de que el Estado debe recompensar los actos excepcionales, aquellos que vayan más allá de la simple observancia a lo contenido en el ordenamiento jurídico<sup>10</sup>. Se comienzan a configurar las leyes actuales del incentivo y, una vez escogida la actividad que debe ser impulsada, disponen una serie de medidas que la facilite y pueda disminuir las dificultades. Se distingue así la sanción positiva (premio)<sup>11</sup> de la sanción negativa (pena)<sup>12</sup>. Partiendo del utilitarismo, el interés por el derecho premial se difunde también en la teoría jurídica penalista. La dicotomía recompensa/pena invade este ámbito. La idea de recompensa como instrumento de prevención de los delitos va apareciendo y la noción de recompensa se presenta, según el mode-

---

<sup>9</sup> Destacamos los de T. Hobbes, en su obra *Leviatán*, Montesquieu, en *El espíritu de las leyes*, J. Bentham, en su *Tratado sobre Legislación penal y civil*, Cesar Beccaria en su obra *Dei delitti e delle pene*, G. Dragonetti con su *Trattato delle virtù e de' premi*.

<sup>10</sup> G. Dragonetti, por ejemplo, apunta que sólo los romanos conocieron la importancia de las recompensas, pero que no llegaron a codificarlas. Los griegos y los romanos consiguieron, durante mucho tiempo, confiar solamente en la fuerza de los premios honoríficos: estatuas, coronas, honras, triunfos, etc. Pero una vez perdido el amor a la patria, esos premios perdieron su importancia, pasándose a recompensar a los soldados veteranos con pensiones especiales y tierras, dando lugar al origen de los feudos (Cfr. Dragonetti, Giacinto (1767): *Traité des versus et des récompenses*, Paris: Jean Gravier, trad. R. Salas, (1836): *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: Villamil).

<sup>11</sup> Como características principales se pueden destacar: a) reacción a una conducta buena; b) se configura como una medida de presión y constricción para hacer nacer un comportamiento deseado; c) impulsa un acto socialmente útil, retribuye con un placer un esfuerzo del agente por la tarea realizada; d) consiste en la atribución de una ventaja o en la privación de una desventaja; e) técnica de facilitación que pretende favorecer la acción de una conducta deseada; f) medida que tiende a provocar conductas deseadas; g) surge, principalmente, en razón de la función promocional del Estado intervencionista contemporáneo; h) hace que el destinatario se interese por conductas deseables y benéficas; i) produce un efecto de estimulación; j) constituye la promesa de un beneficio.

<sup>12</sup> Como características principales destacamos: a) reacción a una mala conducta; b) se configura como una medida de prohibición, intentando impedir un comportamiento no deseado; c) represión de un acto socialmente nocivo; d) retribuye con un dolor a un placer del delito por parte del agente; e) consiste en la atribución de un inconveniente o en la privación de un beneficio; f) técnica de obstaculizar que pretende desmotivar la acción de una conducta indeseable; g) medida que tiende a impedir las conductas indeseables; h) se originó, principalmente, como consecuencia de la función protectora-represiva del Estado liberal clásico; i) produce un efecto de intimidación; j) presenta un aspecto represivo al intentar impedir las conductas no deseadas, imponiendo miedo; k) constituye la amenaza de un daño.

lo utilitarista, como el instrumento utilizado por el Estado como opción, alternativa y parcial, a la pena<sup>13</sup>.

## 2. Breves reflexiones acerca de la pena

En la conciencia jurídica, moral y religiosa de la humanidad existe, a modo de sustrato, un principio de justicia que reclama la necesidad

---

<sup>13</sup> Desde un planteamiento clásico, que se caracterizaba por una estrecha relación entre moral y derecho, se sostenía el carácter prevalente del ilícito jurídico y se relegaba el concepto de sanción a una función subsidiaria. La lógica era la de ilícito-sanción. En este sentido, Kelsen apunta que con el objetivo de dominar las conductas sociales, surgieron varios sistemas de control de comportamientos, como la moral y el Derecho, que normalizan la conducta por medio de la amenaza de infligir una sanción negativa (Cfr. Kelsen, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60).

C. S. Nino ha resumido las notas fundamentales que Kelsen atribuye, de forma dispersa, al concepto de sanción. Son cuatro: a) es un acto coercitivo; b) tiene por objeto la privación de un bien; c) se impone por un órgano autorizado; d) debe ser la consecuencia de la conducta de un individuo (Cfr. Nino, Carlos Santiago (1987): *Introducción al análisis del Derecho*, Barcelona: Ariel).

Para Kelsen el Derecho se presenta como un orden normativo de la conducta humana que pretende dar lugar a un determinado comportamiento humano, asociando a la ausencia de ese comportamiento, un acto de fuerza socialmente organizado. Por coacción se entiende la reacción estatal a las conductas consideradas indeseables, reacción que se concreta en la imposición de una sanción —siempre acompañada de un acto impositivo o de fuerza— característica que distingue al Derecho de otros sistemas de control social. La sanción se configura como la retribución negativa de un acto delictivo.

Según Kelsen, las ciencias naturales se ocupan del estudio del mundo de la naturaleza, valiéndose del principio de causalidad —relaciones de causa y efecto— con el objetivo de examinar los fenómenos naturales. Las ciencias sociales normativas, por su parte, se ocupan de regular la conducta humana basándose en otro principio: el de la imputación. Por consiguiente, si en la causalidad, la lógica implica «si A, entonces B», en la imputación, ésta se transforma en «si A, entonces debe ser B». Es decir, la esfera de la causalidad integra el mundo del ser, de lo que efectivamente acontece, mientras que la esfera de la imputación se dirige a lo que debería ser, a lo que debería suceder. De ahí que el Derecho esté regido por el principio de imputación en el sentido de que es una obligación realizable y no una facticidad.

Hart, en su obra *El concepto de Derecho* (Hart, Herbert L.A. (1980): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Madrid: Editora Nacional) critica el aspecto represivo atribuido a la norma por Kelsen. Hart constata la existencia de una gran gama de normas que no corresponden a la estructura normativa prescrita por Kelsen. Esta estructura parece adecuarse únicamente al Derecho Penal y apenas se puede identificar con el Derecho Civil. Hart demuestra que hay reglas que imponen deberes bajo la amenaza de sanciones y reglas que atribuyen poderes. No pueden ser pues reducidas a normas de un único tipo, como sostenía Kelsen, de normas basadas en amenazas de sanciones. Para Hart, la sanción caracteriza las reglas primarias y no todo el sistema.

de una correspondencia entre virtud moral y felicidad; este mismo concepto, expresado en versión negativa, reclama la correspondencia entre culpa e infelicidad<sup>14</sup>. Son muchos los interrogantes que podemos plantearnos: ¿es moral imponer una pena? ¿resulta inmoral castigar al culpable? ¿quién puede castigar? ¿cómo se debe castigar? ¿qué límites debe tener el castigo? ¿cuáles son los fines de la pena? ¿está legitimada la pena?<sup>15</sup>. La justificación del castigo es una tarea ardua. Porque, ¿cómo justificar moralmente que se castigue a alguien? ¿Por qué, por ejemplo, el privar a otro de su libertad puede ser visto en unas ocasiones reproachable —secuestro— y en otras, cuando constituye un castigo —prisión— produce asentimiento y aprobación, al menos por la mayoría de los ciudadanos? En el primer caso estamos ante una ofensa y en el segundo, ante el castigo a un ofensor. Ahí radica la diferencia entre ambos. En el segundo caso, el privar de la libertad a una persona, está excusado, «justificado». Sin embargo, antológicamente el mal sólo se soluciona con el bien, nunca con otro mal en sentido contrario.

La finalidad del castigo es otra de las cuestiones complejas. Para los retribucionistas, el castigo que se inflige a un individuo se encuentra moralmente justificado por el hecho de que dicho individuo merece ser castigado; y merece serlo cuando es culpable de haber cometido una ofensa. Las doctrinas retribucionistas se basan en la máxima de que es justo devolver mal por mal, y se mira hacia el pasado porque se ha delinquirido<sup>16</sup>. Para los

---

<sup>14</sup> Vid. a este respecto la obra de Cascavilla, M. (1995): *Colpa e infelicità. Giustizia e pena in Rosmini*, Torino: G. Giappichelli Editore.

<sup>15</sup> Estas reflexiones acerca de la pena las haremos, no desde una perspectiva penalista, sino desde una perspectiva iusfilosófica, vinculándola al ideal de justicia, para poder analizar si cumple el papel que se le ha encomendado: contribución a hacer más justo el Derecho.

Vid. Roxin, C. (1976): *Problemas básicos del Derecho Penal*, trad., M. Luzón Peña, Madrid: Reus, S.A.

<sup>16</sup> Como apunta M.<sup>a</sup> J. Falcón y Tella, existen diversas variantes de la retribución que pueden agruparse en cuatro apartados. Cada una da una respuesta diferente a la pregunta retribucionista de por qué castigar: a) Existe un bien intrínseco en hacer sufrir al culpable; b) Se consigue un reequilibrio entre beneficios y cargas; c) La sanción anula el mal causado, restaurando el *status quo* y el equilibrio social; d) La sanción supone reprobación y denuncia. Asimismo, diferencia la retribución de la represión, de la expiación, de la venganza, de la ley del talión de compensación de un mal con otro.

Los postulados de las teorías relativas, partidarias de las medidas de seguridad, que se fundamentan en las doctrinas humanitarias y utilitarias de la Ilustración, son opuestos a los de las teorías absolutas, defensoras de la pena (*op. cit.*, pp. 152-165).

utilitaristas, el castigo, todo castigo, es un daño. De ahí que surja la pregunta de cómo justificar algo que moralmente es malo en sí mismo, relacionándolo con un acto pasado, también malo en sí mismo. El castigo, desde una perspectiva utilitarista, sólo puede justificarse moralmente teniendo en cuenta las consecuencias valiosas que pueda llegar a producir, valorando más el para qué que el porqué, el futuro más que el pasado.

El Derecho Penal tiene una característica que lo diferencia de otros sistemas de control más sutiles: es un sistema represivo, en el que la violencia ocupa un lugar destacado tanto en los casos de los que se ocupa (homicidio, robo, violaciones), como en la forma en que se ocupa o pretende solucionar esos casos (cárcel, inhabilitaciones, pena de muerte en algunos países). Cuando el Estado castiga se dirige a sus ciudadanos para que reciban un mensaje y les trata como a ciudadanos racionales y responsables. Por ejemplo, las doctrinas retributivas transmiten un mensaje de disuasión a la generalidad de la población —prevención general— y hacen tomarse en serio la amenaza del castigo a los potenciales ofensores y al público en general. Sin embargo, el mensaje se dirige principalmente al ofensor pues de lo contrario estaríamos cayendo en el defecto señalado por Kant, de utilizar a dicho ofensor como medio —para que otros se abstengan— y no como un fin en sí mismo. Entendemos que no está justificada la objeción de quienes niegan la justicia retributiva basándose en textos escriturísticos. Se prohíbe la venganza privada pero se aprueba la social pública —la retribución—<sup>17</sup>. Un sistema penal racional no debería limitarse a la retribución sino que también tendría que contribuir a la rehabilitación.

El carácter coactivo del Derecho es lo que le permite diferenciarlo de otros órdenes de regulación de la conducta humana, como la moral y los usos sociales. El objetivo primario del derecho es que se cumpla lo ordenado por él —acción— o que se omitan las acciones contrarias a lo

---

<sup>17</sup> El Nuevo Testamento, frente al Antiguo Testamento, se basa en el amor, y no en el temor; en la misericordia y en el perdón frente a la venganza y la retribución. De hecho, el Evangelio exige el perdón pero admite la necesidad de la justicia penal humana: «Si tu hermano te ofende, ve y házselo ver, a solas entre los dos. Si te hace caso, has ganado a tu hermano. Si no te hace caso, llama a otro o a otros dos, para que toda la cuestión quede zanjada apoyándose en dos o tres testigos. Si no les hace caso, díselo a la comunidad, y si no hace caso siquiera a la comunidad, considéralo como un pagano o un recaudador» (Mateo, cap. 18, ver. 15, 16 y 17; Lucas, 17,3). Por ello, la exigencia bíblica del perdón no excluye una sanción punitiva. El perdón destruye la exigencia punitiva de la culpa, pero no la exigencia reequilibradora de la pena.

prohibido por él —omisión—. Las normas primarias son normas de conducta, que consisten en mandatos —positivos—, prohibiciones —negativas— o permisiones —conductas neutras—. Pero las normas primarias, de conducta, destinadas a la colectividad, no siempre son observadas. Es cuando surgen las normas secundarias —sancionadoras, destinadas a ser aplicadas por los jueces y tribunales<sup>18</sup>.

La función motivadora de la norma penal sólo puede comprenderse situando el sistema jurídico-penal en un contexto más amplio de control social, es decir, de disciplinamiento del comportamiento humano en sociedad. De ahí que el Derecho Penal «*no sea más que la parte visible, la más tétrica y terrible quizás, del iceberg que representan los diversos mecanismos de control del individuo en la sociedad. Pero no el único ni el más importante*». Las normas penales por sí solas serían insuficientes y excesivamente débiles para mantener el sistema de valores sobre el que descansa una sociedad. Todo el mundo sabe que robar o matar está prohibido, pero este conocimiento se adquiere antes por la norma social y sólo posteriormente como norma jurídico-penal.

Actualmente estamos asistiendo a un fenómeno cada vez más difundido: el de la despenalización, deslegalización o desjuridificación, fenómeno que no responde tanto a un aligeramiento de la «presión sancionadora» de la sociedad sobre los individuos sino a diversas y novedosas estructuras de reglamentación de los conflictos. La sanción<sup>19</sup> implica tener presente la libertad y con ella la responsabilidad. Donde

---

<sup>18</sup> Por el tipo de sanción podríamos diferenciar entre normas perfectas, que son las que van acompañadas de una vuelta al estadio anterior a la infracción —por ejemplo, un robo mediante la devolución de lo robado—; normas más que perfectas, en las que además de lo anterior hay una sanción —por ejemplo, una multa, porque sino sería gratuito infringir la norma y el delincuente simplemente se quedaría como estaba antes del robo—; normas menos que perfectas, en las que sólo habría sanción, sin restitución; y normas imperfectas, en las que faltaría tanto la *restitutio in natura* como la sanción, como el algunos casos en los que se vulnera el Derecho internacional.

<sup>19</sup> Conviene establecer claramente la conceptualización de estos términos. Se define la *sanción* como «la pena que la ley establece para el que la infringe»; también, como «el mal dimanado de una culpa y que es como su castigo». Por su parte, la *pena* es definida como «el castigo impuesto por superior legítimo al que ha cometido un delito o falta»; también, «cuidado, aflicción o sentimiento interior grande»; también, «dolor, tortura o sentimiento corporal». De ahí resulta la íntima conexión entre sanción y pena (Vid. Pérez Manzano, M. (1990): *Culpabilidad y prevención. Las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva de la pena*, Universidad Autónoma de Madrid).

no haya libertad, donde sólo exista necesidad natural no podrá pensarse en la sanción. Tampoco puede olvidarse la relación entre sanción y culpa. Sancionar no es tanto castigar una culpa como reconocer la culpa. El castigo es posterior y debe ir precedido necesariamente de este acto de reconocimiento. Como indica F. D'Agostino, sancionar es un acto existencial fundamental en el cual se mezcla el reconocimiento de la coexistencialidad humana, la capacidad de juicio y la consciencia de la diferencia entre causalidad natural e imputabilidad de las acciones<sup>20</sup>.

La pena, partiendo de una definición de carácter bastante amplio y general, puede ser entendida como una especie del género «sanción». La especificidad de la sanción «penal» deriva de los valores ético-políticos que con la misma se pretenden conseguir. Y es a la pena considerada desde esta perspectiva a la que el pensamiento filosófico ha dedicado siempre mucha atención. Si el problema concerniente al objetivo y la función de la pena ha constituido objeto de estudio filosófico a través de la historia del pensamiento humano, solo desde una época relativamente reciente, —el Iluminismo— se ha intentado resolver el problema de la justificación moral de la pena así como el problema de los fundamentos y de los límites del poder punitivo o del derecho de castigar.

La sanción priva pues de un derecho: la vida, la libertad o la propiedad. ¿Cómo entonces los teóricos del derecho pueden defender la sanción? ¿Se puede conciliar la sanción, como violación de derechos, con los derechos? ¿Puede existir un derecho moralmente legítimo a sancionar? ¿No es como reconocer la existencia de un derecho a violar los derechos? A ello hay que añadir cuestiones tales como, ¿Qué tipo de derecho sería el derecho a castigar y ser castigado que varía en función de las contingencias del tiempo, lugar y ocasión, según el país y época histórica y dependiendo de las circunstancias que rodean la infracción? ¿Es que el delincuente tiene unos derechos sí y otros no? ¿Ha renunciado el delincuente a sus derechos?

En una sociedad compleja como la nuestra resulta imprescindible la gestión de las crisis y de los conflictos, sean estos de naturaleza social

---

<sup>20</sup> Cfr. D'Agostino, Francesco (1989): *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, Torino: G. Giappichelli, p. 23. Del mismo autor, *vid.* D'Agostino, Francesco (1995): *La sanzione nell'esperienza giuridica*. 4.<sup>a</sup> ed., aumentada, pp. 83-100. (En esta edición se ha incorporado el Cap. III, Giustizia e misericordia. Fondamenti filosofici e teologici della sanzione penale). *Vid.* también, Bustos Ramírez, José (1987): *Control social y sistema penal*, Barcelona:PPU, pp. 54 ss

o penal. El Derecho ha debido dar respuesta a estas exigencias y valores emergentes, dando cabida a soluciones más flexibles que en tiempos pasados. Para comprender mejor el estado actual de la cuestión, conviene revisar los modelos de justicia que se han ido sucediendo, hasta llegar al espacio de interés de la mediación. La evolución se puede resumir sintéticamente a través de tres tipos de modelos. El primero se ha calificado de «retributivo», y concebía la justicia como resarcimiento del daño mediante la expiación de una pena correspondiente al daño infligido. El objetivo era el de la reinserción social del reo. El segundo modelo ha sido el de la «rehabilitación» intentado establecer un vínculo entre cárcel y territorio, con el objetivo de recuperar al sujeto culpable del delito, acompañándole en la sociedad civil a condición de que demostrara tener intención seria de cumplir con los compromisos adquiridos. El tercer modelo sustituye a la víctima-Estado por la víctima-persona. En efecto, en el modelo «reparativo» ya no es el Estado el perjudicado por la transgresión de la norma sino la persona que se convierte en la parte ofendida. Por consiguiente, la pena deberá tender a la reparación en relación con la víctima que ha sufrido el perjuicio. El trabajo se concentra aquí en la responsabilización del reo, a quien se le da la posibilidad de reflexionar sobre las consecuencias derivadas de sus actos y sobre todo, de hacerlo frente a la persona a la que ha producido un daño<sup>21</sup>.

La cuestión es si necesariamente hay o no que castigar. Las respuestas pueden ser dos: las negativas o abolicionistas, que no reconocen justificación alguna al Derecho penal y al *ius puniendi* del Estado; y al contrario, las respuestas positivas a este problema, que puede englobarse bajo el rótulo de justificacionista, las cuales, reconociendo una necesidad de castigar, plantean problemas ulteriores sobre el porqué, el cómo y el cuándo de dicho castigo<sup>22</sup>.

A la luz de estas dos corrientes<sup>23</sup>, el retribucionismo parece ser la teoría de la pena que mejor cumple las expectativas de la justicia, ya que

---

<sup>21</sup> Cfr. Tei, F. (2000): «La mediazione in ambito penale minorile: sviluppo e prospettive a risonanza sociale», *Affari sociali internazionali* 2, pp. 169-178.

<sup>22</sup> Vid. Falcón y Tella, María José, *op. cit.*, pp. 122 ss.

<sup>23</sup> En cuanto a la prevención general positiva, su antecedente más inmediato se puede encontrar en la doctrina de H. Welzel sobre la atribución a la pena de una función que va más allá de la mera protección de bienes jurídicos: «La misión principal del Derecho penal no es, como creyó la teoría anterior, de índole preventiva sino ético-social. La mera protección de los bienes jurídicos tiene un objetivo negativo-preventivo, policial preventivo, mientras que la misión central del Derecho penal es de naturaleza positiva ética».

excluye la posibilidad de penar a un inocente, exige que sólo se penen las acciones voluntarias, prescribe penas más severas para los hechos más graves, etc. Pero el retribucionismo parece implicar a la vez una intuición ética básica, cual es que la suma de dos males da como resultado un bien. ¿Es que el delito y la pena correspondiente pueden dar lugar a un bien? ¿No es un formalismo moral excesivo afirmar que los criminales deben ser penados cualesquiera que sean las consecuencias —«aunque perezca el pueblo»—, como señalaba Kant? Por el contrario, el utilitarismo aparece como la perspectiva racional y humana. Procura que no nos dejemos llevar por el ánimo de venganza y se interesa por mejorar la situación futura. Con todo, una aplicación estricta de la concepción utilitarista de la pena podría provocar consecuencias que se alejan del sentido de la justicia, como pudiera ser la justificación del castigo de un inocente cuando esto sea necesario para evitar un mal mayor<sup>24</sup>.

---

social. En cuanto rechaza y castiga la transgresión de los valores fundamentales del sentir legal-jurídico, el Estado manifiesta de la manera más ostensible de que dispone la validez inviolable de estos valores positivos del actuar humano, forma el juicio ético-social de los ciudadanos y fortalece su actitud permanente de fidelidad al Derecho. En esta función ético-social reside la misión más importante del Derecho penal» (Welzel, Hans (1951) *La teoría de la acción finalista*, trad, Fontán Balestra y Friker. Buenos Aires: Depalma, p. 12). La posterior expansión de esta teoría de la prevención general positiva es en gran parte atribuible a G. Jakobs quien, sirviéndose de una expresión que ya utilizara Hegel, el ordenamiento jurídico no puede comportarse frente al autor de un delito «como si fuese un perro», sino que debe tratarle como una persona. Señala así: «prevención general, porque pretende producir un efecto en todos los ciudadanos; positiva, porque este efecto no se pretende que consista en miedo ante la pena, sino en una tranquilización en el sentido de que la norma esté vigente, de que la vigencia de la norma se ha visto afectada por el hecho, ha vuelto a ser fortalecida por la pena (en el siglo pasado se hablaba —plásticamente— de eliminación del «daño intelectual del delito») (Jakobs, Günter (1992): «El principio de culpabilidad », trad., Cancio Mella en *ADPCP*, p. 1074).

Como puede advertirse, la tesis de la prevención general positiva es una corriente diversificada que agrupa principalmente dos orientaciones: por un lado, la de quienes fundamentan en ella la pena (Welzel, Kaufmann, Jakobs, Lesch) y, por otro, quienes pretenden limitar únicamente su propensión a atender en exceso demandas de intimidación (Hassmer, Roxin). La clave para distinguir ambas corrientes se basa en que mientras las primeras sustituyen el principio de culpabilidad por la idea de prevención, las segundas lo continúan interpretando como un límite o barrera a la exasperación de la prevención.

<sup>24</sup> La pena en un Estado social y democrático de Derecho debe satisfacer una doble finalidad: la defensa social contra el crimen, considerando los derechos de la potencial víctima y los intereses sociales, y la garantía de la dignidad del reo. La pena en la Constitución se concibe como un mal que se impone al sujeto autor de un delito o falta. Y es que, además de que nadie puede ser «condenado a un bien», su aplicación comporta la priva-

### 3. *Nuevas tendencias en el Derecho Penal*

La configuración del Derecho penal a lo largo de la historia, como ya hemos apuntado, ha experimentado una evolución compleja. Conviene poner ahora de manifiesto cuáles son las principales tendencias actuales, de las que vamos a destacar dos. La primera, la del Derecho penal autoritario. La segunda, la utilización de la mediación en el área penal, es decir, lo que comúnmente se conoce como la justicia restaurativa.

En primer lugar, la tendencia del *Derecho penal autoritario* se ha ido introduciendo de forma suave pero progresiva en nuestros ordenamientos jurídicos. Los parámetros constitucionales habían reconocido unos derechos fundamentales, unas garantías que sirvieran, al menos formalmente, de barrera infranqueable al poder punitivo del Estado<sup>25</sup>. Hoy,

---

ción o restricción de derechos fundamentales del individuo. La pena no es así cualquier mal, sino aquel con que se amenaza e impone en unas ciertas condiciones, lo que permite diferenciarla de las demás sanciones, jurídicas o no. Es el castigo que, después de amenazado, impone el Estado por la realización de acciones u omisiones que en el momento de producirse constituyan delito o falta, según la legislación vigente (art.25.1 y 117 CE) a quien resulte condenado en un proceso público y sin dilaciones indebidas, desarrollando ante el juez ordinario predeterminado por la ley, habiendo tenido ocasión de defenderse y ser asistido por Letrado, gozando de las garantías y medios de prueba pertinentes para su defensa (arts. 25, 24 y 117 CE). Un castigo, además, cuya ejecución es encomendada a la vigilancia del poder judicial (arts. 117.3 y 118 CE) y de la administración penitenciaria, cuando la naturaleza de la pena lo requiera (art.25.2 CE).

Los dos principios que han presidido nuestro proceso penal han sido los de necesidad (el proceso resulta obligado para investigar acerca de la infracción penal) y legalidad (que supone la imprescindible apertura del proceso penal después de que se conozca que se ha producido un hecho delictivo).

Para la justificación de la pena, en tanto se pueda imputar su hacer a la persona del delincuente, éste estará obligado en atención a la comunidad, a cargar con la pena. (Vid. Mir Puig, S. (1982): *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2.ª ed., Barcelona: Bosch; también, Larenz, Karl (1990): *Derecho justo. Fundamentos de ética jurídica*, trad, Luis Díez-Picazo. Reimpresión. Madrid: Civitas, S.A., pp. 151-158).

<sup>25</sup> El garantismo penal presenta al menos diez axiomas:

1. Nulla poena sine crimine; 2. Nullum crime sine lege; 3. Nulla lex (poenalis) sine necessitate; 4. Nulla necessitas sine actione; 5. Nulla iniuria sine actione; 6. Nulla actio sine culpa; 7. Nulla culpa sine indicio; 8. Nullum indicium sine accusatione; 9. Nulla accusatio sine probatione; 10. Nulla probatio sine defensione

Los principios y garantías penales y procesales expresados por estos axiomas son:

2. Principio de retribución o de la sucesividad de la pena respecto del delito; 2. Principio de legalidad; 3. Principio de necesidad o de economía del Derecho penal; 4. Principio de lesividad o de la ofensividad del acto; 5. Principio de materialidad o de la exterior-

en cambio, el Derecho penal de los enemigos, se presenta como una realidad inevitable, y ello por varias razones: 1) Desde el atentado del once de septiembre en Nueva York, Estados Unidos ha abierto una guerra contra todos aquellos que, en su opinión pongan en peligro su hegemonía y seguridad. La guerra a Irak ha sido una sucesión de atropellos de derechos de la Convención de Ginebra: no se respetó la necesidad de autorización de la ONU para declararla, no se han respetado las normas de traslado y custodia de prisioneros, se asumen daños a civiles como simples «daños colaterales»; 2) Se pone en entredicho la competencia de la Corte Penal Internacional precisamente por aquellos países que tienen más posibilidades de ser juzgados por ese tribunal; 3) Al amparo de esta situación internacional se está legitimando la creación, a nivel nacional, de una legislación excepcional en materia de terrorismo, lucha contra la criminalidad organizada, narcotráfico, inmigración ilegal, etc., que no respeta las garantías de los derechos fundamentales reconocidos constitucionalmente y que constituyen las bases del Derecho penal del Estado; 4) Esta tendencia, surgida al amparo de una situación excepcional, corre el peligro de convertirse en la regla normal de actuación de los órganos encargados de aplicar el Derecho penal; 5) Se está dando primacía al valor seguridad sobre cualquier otro<sup>26</sup>.

Se está pues configurando un «Derecho penal del enemigo», es decir, un Derecho en el que el legislador no dialoga con sus conciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico<sup>27</sup>. Pero esta acepción es difícil de aceptar en un Estado de Derecho que, por definición, no admite que pueda hacerse la distinción

---

ridad de la acción; 6. Principio de culpabilidad o de la responsabilidad personal; 7. Principio de jurisdiccionalidad y Principio acusatorio o de la separación entre juez y acusación; 8. Principio de la carga de la prueba o de verificación; 9. Principio de contradicción, de la defensa o de la refutación.

<sup>26</sup> Cfr. Muñoz Conde, Francisco (2005): «El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo', en G. Portilla Contreras coord., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía: Akal, pp. 167-176. También, *vid.* Demetrio Crespo, Eduardo (2006): «Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo», en M.<sup>a</sup> José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda coord., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, pp. 107-120.

<sup>27</sup> Muñoz Conde apunta que nos acercamos cada vez más a lo que el penalista alemán, Günter Jakobs, ha calificado como un «Derecho penal del enemigo» (*op. cit.*, p. 169).

entre «ciudadanos» y «enemigos» como sujetos con distintos niveles de respeto y protección jurídica. Los derechos y garantías fundamentales propias del Estado de Derecho, sobre todo las de carácter penal material (principio de legalidad, intervención mínima y culpabilidad) y procesal penal (derecho a la presunción de inocencia, a la tutela judicial, a no declarar contra sí mismo, etc.), son presupuestos irrenunciables de la propia esencia del Estado de Derecho. Como acertadamente sostiene Muñoz Conde, si se admite su derogación, aunque sea en casos puntales extremos y muy graves, se tiene que admitir también el desmantelamiento del Estado de Derecho.

No se puede defender la democracia con medios inadmisibles en el Estado de Derecho e incompatibles con sus principios fundamentales. Un Estado de Derecho no puede utilizar medios de represión punitiva característicos de una dictadura. En un Estado de Derecho no pueden coexistir dos modelos diferentes de Derecho penal, uno respetuoso con las garantías y derechos fundamentales y otro puramente policial, para enemigos, que no respete los principios básicos y garantías características de un Estado de Derecho. No pueden pues aceptarse los mecanismos que, desde el Derecho penal y procesal del enemigo, se están queriendo introducir y que en la práctica conducen a la exclusión del ejercicio de determinados derechos fundamentales a quienes son considerados enemigos del Estado, originándose así un modelo de no-Derecho para enemigos.

La seguridad es el marco que el Estado debe garantizar a los ciudadanos para el libre y pacífico ejercicio de sus derechos, preservándolos de injerencias arbitrarias de otros individuos o de los propios poderes del Estado. Seguridad y libertad no deben verse como valores antinómicos, sino que son complementarios: su simultánea vigencia es imprescindible para la vida social. La seguridad es el ámbito adecuado para el desarrollo de la libertad; y el ejercicio de la libertad proporciona un contenido ético a la seguridad<sup>28</sup>. Para garantizar la seguridad es necesaria la persecución del delito, lo cual lleva aparejada la imposición de una pena. Conviene pues reflexionar sobre la utilidad de la pena en orden a la prevención del delito. Se dice que la pena es un castigo (concepto social imperante), un símbolo de la reprobación pública frente al delito.

---

<sup>28</sup> Cfr. Cafferata, José Ignacio (2000): «Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana», en J.I. Cafferata Nores edtr., *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Córdoba: Editorial Mediterránea, pp. 19-46.

Muchos la entienden como una retribución, consistente en la imposición de un mal como contrapartida de una conducta delictiva culpable, sin que tenga otra finalidad (se aplica sólo porque se delinque). Unos dicen que con ella se logra la restitución (simbólica) del derecho lesionado o la reintegración y compensación del orden jurídico alterado por el delito. Todos admiten que su base es la culpabilidad del agente.

Pero también hay opiniones que destacan que la pena debe procurar que no se delinca, llegándose a sostener que ésta es su única justificativa. Quienes defienden la «prevención general» creen que la amenaza de la pena debe servir de freno para que no caigan en el delito quienes se pueden ver inducidos a cometer una acción punible. Su imposición concreta refuerza la confianza de la sociedad en el Derecho, pues ésta percibe cómo se sanciona su quebrantamiento. El efecto de «prevención especial» puede lograrse evitando que la gente cometa nuevos delitos, tanto porque la pena nos libra durante su ejecución del delincuente y de su potencial actuación delictiva, como porque logra —por escarmiento o reeducación— resocializarlo (algo nunca demostrado en la práctica). Hay coincidencia mayoritaria sobre que estos fines no han sido alcanzados por la pena. Principalmente la pena privativa de libertad no ha hecho más que retroalimentar la violencia que procura controlar. Ello hace aconsejable reducir el ámbito de aplicación de la pena privativa de libertad a aquellos hechos delictivos graves, en donde la imposición de la pena como símbolo de la reprobación social, resulta todavía hoy difícil de sustituir.

En cuanto a la segunda de las tendencias actuales en el Derecho penal, constatamos que se está difundiendo la idea de añadir al Derecho penal una función social distinta a la de ser instrumento exclusivamente punitivo: la de ser un *instrumento de pacificación* (o mejor, de re-pacificación), atendiendo mejor a los derechos e intereses de la víctima y favoreciendo la situación del imputado. Ello reposa en la concepción que ve en muchos delitos más un conflicto que una infracción, y por ello, busca priorizar la solución del conflicto entre las partes, sobre el castigo a la infracción a la ley. Por ello prefiere la reparación del daño causado antes que su represión, otorgando al ofendido un protagonismo en la resolución del caso penal más acorde con su condición de primer damnificado por la infracción. Esta tendencia ha suscitado gran polémica y cuenta con detractores y defensores. Los primeros la consideran una propuesta arrogante al entender que se le expropia al Estado de la posibilidad de castigar, dejando la pena en manos del acuerdo al que lleguen la

víctima y el ofensor. Por su parte, los impulsores de la mediación penal toman como principal punto de referencia que el bien jurídico protegido es la víctima y en la mediación penal se la toma más en consideración que en un proceso de justicia penal ordinario.

#### 4. *Breves consideraciones sobre la justicia reparadora*

La norma jurídica es abstracta, destinada a una generalidad, y en ocasiones puede darse una resolución justa del conflicto pero sin haber entendido el conflicto real y sin resolverlo. Lo que pretende la mediación es resolver el conflicto que se ha establecido entre las dos partes enfrentadas. Implica una revolución participativa de los conflictos transformado una situación de pasividad e inhibitoria de las partes que, hasta ahora, dejaban en manos del poder público y de la Administración de justicia la resolución de sus conflictos. La resolución participativa supone una implicación directa y activa de los ciudadanos en la gestión y solución de su conflicto. Por parte de las instituciones supone también el confiar más en los ciudadanos y en cederles una pequeña parcela de soberanía. La mediación puede aplicarse a diversas áreas de trabajo (laboral, comunitario, escolar, familiar) y penal, ámbito este último al que vamos a referirnos. La reparación del daño y la resolución no violenta de conflictos es lo que persigue la mediación<sup>29</sup>.

Es evidente que la decisión del ofendido de aceptar una reparación sustitutiva de la pena debe referirse principalmente a aquellos ilícitos de mediana entidad y que sólo lesionan derechos e intereses disponibles de su titular, y por ello, dejados por el orden jurídico en el ámbito de la

---

<sup>29</sup> Fue C. Roxin quien propuso la introducción de la reparación como una tercera consecuencia jurídica del delito, junto con las penas y las medidas de seguridad. Se perfila así la reparación como una tercera vía de sanción.

En Europa, a partir de 1977 comienzan a implantarse distintos programas en países tales como Inglaterra, Finlandia, Noruega, Alemania, Austria y Francia, entre otros. La Recomendación núm. (99) 19, de 15 de septiembre de 1999, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la mediación en materia penal, apunta que ésta «debería ser posible en todas las fases del procedimiento de justicia penal». La Decisión marco del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, supone un paso más en esta dirección. Según se dispone en el art.10, los Estados miembros «procurarán impulsar la mediación en las causas penales para las infracciones que a su juicio se presten a este tipo de medida».

autonomía de su voluntad. En cambio, los delitos graves impiden que la sociedad considere el esfuerzo del autor por reparar el daño como «suficiente para el restablecimiento de la paz jurídica». Esta solución no punitiva tendrá también un efecto de prevención. Hay también quienes critican esta visión «penal» de la reparación, pues apuntan una excesiva ingerencia estatal en el conflicto, que podría contradecir el interés reparatorio de la víctima (Vg. que al tribunal de parezca insuficiente para la satisfacción de aquellos fines de la pena, la reparación aceptada por la víctima).

La mediación penal se ejercita principalmente en la justicia de menores. Hasta finales del siglo XIX, la delincuencia infantil y juvenil venía teniendo prácticamente el mismo trato que la de adultos, sin que apenas hubiera diferencia ni en los tratamientos ni en las sanciones. Primaba el modelo «punitivo o penitenciario» que consideraba a los niños como «adultos en pequeño». Los menores eran sometidos a las mismas reglas que los adultos y apenas se les concedía una atenuación de las penas. Con el positivismo, el objetivo de la justicia penal se traslada del delito al delincuente, prestando más importancia a las conductas que a los hechos concretos que violaban la norma penal. En esta situación, ya no se trataba tanto de controlar y juzgar a las personas por sus hechos sino por sus propias características. El delito se convierte en un síntoma de desviación y de peligrosidad, lo cual legitima el control del mismo<sup>30</sup>. Estos modelos fueron sustituidos por el «modelo de protección» impulsados por movimientos filantrópicos americanos y europeos, que consideraban al menor como una víctima a la que había que proteger, considerando merecedores de protección todas aquellas situaciones denominadas «irregulares»: menores en situación de riesgo, abandonados. Alrededor de los años veinte surgen nuevos profesionales relacionados con esta función (psiquiatras, asistentes sociales).

En los años ochenta y noventa se producen mayores cambios, impulsados por los nuevos instrumentos supranacionales relativos a la justicia de menores y las recomendaciones y convenios que, en materia de menores y de justicia juvenil, promueven el Consejo de Europa y las Nacio-

---

<sup>30</sup> Quienes defendían un derecho penal garantista criticaron este sistema por considerar que no respetaba los principios básicos del derecho penal ni las garantías (Cfr. Dapena Méndez, José (2003): «La mediación y la reparación en el ámbito de la justicia juvenil», en A. Poyatos García coord., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres, pp. 213-245).

nes Unidas. Se fomenta la aplicación de los principios de intervención mínima, oportunidad y subsidiariedad, potenciando la desjudicialización y la derivación, mediante la aplicación de formas de reacción informal en el marco de la comunidad. También se desarrollan programas extrajudiciales de reparación y mediación. Estas reformas parten de una concepción de la infancia promovida por la Declaración de los Derechos del Niño de forma que los menores dejan de ser víctimas inocentes necesitadas de protección para convertirse en «sujetos titulares de derechos»<sup>31</sup>. En España, los cambios realizados en Europa se incorporaron de forma tardía y lenta hasta llegar a las recomendaciones de las Naciones Unidas y del Consejo de Europa, en las cuales se ha inspirado también la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor en España<sup>32</sup>, modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006.

Como única solución a la norma violada, el sistema de justicia ha respondido al delincuente con el castigo, alejando a éste y al Estado de las consecuencias que la acción delictiva tenía para la víctima. La vícti-

---

<sup>31</sup> Vázquez González, Carlos y M.<sup>a</sup> Dolores Serrano Tárraga edtr., (2005): *Derecho penal juvenil*. Madrid: Dykinson, pp. 103 ss.

<sup>32</sup> En cuanto a la legislación, la justicia de menores hasta 1992, tuvo como principios rectores el positivismo y el correccionalismo que informaba la Ley de Tribunales Tutelares de Menores —TT.MM.— de 1948, prácticamente una reproducción de la Ley de Tribunales para Niños de 1918. El 14 de febrero de 1991 el Tribunal Constitucional, mediante sentencia declara inconstitucional el artículo 15 de la Ley TT.MM., por lo que se publica con carácter de reforma urgente la Ley 4/92 de 5 de junio, sobre la reforma de la Ley Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de menores. Esta Ley 4/92 ha tenido la virtud de haber servido de transición entre el modelo positivista que inspiraba la ley de 1948 y un modelo garantista, responsabilizador y sancionador educativo.

El Estatuto de Autonomía de Cataluña establece en su artículo 9.28 que la Generalitat de Catalunya tiene competencia exclusiva en las «instituciones públicas de protección y tutela de menores, respetando en todo caso la legislación civil, penal y penitenciaria». El País Vasco, Andalucía y de alguna forma, también Valencia, lo contemplan de esta forma. En el resto de las Comunidades Autónomas se encuentra recogido en un sentido amplio bajo conceptos como bienestar social u otros.

La Dirección General de Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Catalunya, —aprovechando que Cataluña fue la primera Comunidad Autónoma que asumió la transferencia de las competencias de justicia— inició el 1 de mayo de 1990 la aplicación de programas de conciliación y reparación como formas de respuesta penal a los menores responsables de determinados delitos y faltas. Fue una experiencia pionera y se adelantaron a lo que más tarde recogería la Ley 4/1992 (en su artículo segundo, dos, 6.º, recoge la reparación extrajudicial) y la Ley 5/2000.

ma se convertía así en una parte olvidada en este tipo de conflictos penales y, en el caso de las víctimas en el ámbito de la justicia juvenil, el olvido era aún mayor. Como consecuencia del delito, además del daño económico, social, psicológico y físico a la víctima, también se producía un impacto emocional que, muchas veces, se agravaba al entrar en contacto con el sistema de justicia penal. La víctima en numerosas ocasiones desconoce sus derechos, se encuentra sin asistencia, a lo que si se añade el estrés que conlleva un proceso, se producía una victimización secundaria, que venía a agravar las consecuencias del delito. Es a partir de los años sesenta cuando los movimientos por los derechos de la víctima empiezan a cobrar fuerza, aumentando la sensibilidad social por la víctima, potenciando sus derechos, implantándose programas de asistencia y promoviendo la reparación del daño.

El grupo de expertos de la Comisión de Prevención del Delito y Justicia penal de las Naciones Unidas lleva desde 2002 trabajando para intentar definir unas bases generales de la justicia restaurativa. Por justicia restaurativa entienden todo proceso en que la víctima, el delincuente y, cuando proceda, cualquier otra persona o miembro de la comunidad afectados por el delito participen conjuntamente, de forma activa, en la resolución de cuestiones derivadas del delito, en general, con la ayuda de un mediador o facilitador. Este proceso tiene por finalidad la reparación, la restitución y el servicio a la comunidad, orientados a entender las necesidades y responsabilidades individuales y colectivas de las partes y lograr la reintegración de la víctima y el delincuente. Consideran que los procesos restaurativos pueden iniciarse en cualquier fase del procedimiento penal y solamente con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente. Se entiende que el delito es, en gran medida, la expresión del daño producido y de un conflicto y, por consiguiente, sin dejar de considerar éste como un asunto público, el sistema de justicia penal puede tomar en consideración la solución que al mismo le da la víctima y el infractor<sup>33</sup>.

En algunos países, en el área penal se están buscando nuevas formas de hacer realidad una justicia penal que no sea utilizando meramente la sanción negativa (la pena o el castigo), característica del Derecho. Las experiencias de los programas de mediación en el ámbito penal son muy diversas, tanto en sus objetivos como en su contenido y formas de

---

<sup>33</sup> Cfr. Dapena Méndez, J., *op. cit.*, pp. 218-219.

implementación e, incluso, en la propia denominación: reparación a la víctima, conciliación víctima-ofensor, reconciliación, mediación, reparación u otras. En Europa se usa generalmente el término mediación, complementado por el de reparación para referirse al resultado pretendido por la mediación. En el ámbito internacional se utiliza más la expresión justicia reparadora, traducción de la expresión inglesa *restorative justice*<sup>34</sup>.

Los programas de justicia restaurativa se pueden utilizar en cualquier etapa del sistema de justicia penal, respetando siempre lo que cada legislación nacional disponga. Los procesos restaurativos deben utilizarse únicamente cuando haya pruebas suficientes para inculpar al delincuente, y con el consentimiento libre y voluntario de la víctima y del delincuente. La víctima y el delincuente podrán retirar ese consentimiento en cualquier momento del proceso. Se llegará a los acuerdos

---

<sup>34</sup> Optamos por la expresión «justicia reparadora» y no por la de «justicia restaurativa» puesto que expresa mejor la idea de reparación que se pretende obtener con la misma (Vid., Varona Martínez (1998): *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, pp. 1 y 355; también, Roig Torres, M.: (2000): *La reparación del daño causado por el delito*, Valencia, p. 453); Efectivamente, en otras lenguas se utiliza la expresión «justice réparatrice» o «giustizia riparativa» (Vid., por ejemplo, el número monográfico de la *Revista Criminologie*, n.º 32 (1999): *La justice réparatrice*; también, Ceretti, A. (1998): «Mediazione: una ricognizione filosofica», en Picotti, L. coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, p. 46 —donde utiliza la expresión «giustizia riparativa» tratando de establecer las diferencias con la mediación—; también, Merzagora Betsos, I. (1998): «Ampiezza, andamento, tipologie della delinquenza minorile e giustizia riparativa», en L. Picotti, *cit.*, pp. 165 ss).

La normativa internacional que apoya esta aplicación de la mediación al ámbito penal es amplia. Nos limitamos a destacar algunas iniciativas que han provenido tanto desde el Consejo de Europa (Recomendación R (85) 11, que considera que la función básica de la justicia penal debería responder a las necesidades de la víctima; Recomendación R (87) 21, sobre la asistencia a las víctimas y prevención de la victimización); Recomendación R (99) 19 sobre la mediación en materia penal; Recomendación R (2006) 8 sobre asistencia a las víctimas de delitos, que destaca los beneficios de la mediación); como desde la Unión Europea (Decisión Marco 2001/220 JAI del Consejo de 15 de marzo de 2001), relativa al Estatuto de la víctima en el marco del proceso penal, de carácter obligatorio, que contiene diversas disposiciones relativas a la mediación víctima-ofensor; y por último, también en el ámbito de las Naciones Unidas, Resolución 1999/26, de 28 de julio de 1999, del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre el desarrollo y la aplicación de medidas de mediación y de justicia reparadora en el Derecho penal; Resolución 2000/14, de 7 de julio de 2000, sobre la utilización de programas de justicia retributiva.

de forma voluntaria y solo contendrán obligaciones razonables y proporcionadas<sup>35</sup>. La víctima y el delincuente normalmente deben estar de acuerdo sobre los hechos fundamentales de un asunto como base para su participación en un proceso restaurativo. La participación del delincuente no se admitirá como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores. Las diferencias conducentes a una desigualdad de posiciones, así como las diferencias culturales entre las

---

<sup>35</sup> La gestión del proceso de mediación está compuesto por una serie de fases, unos principios básicos y unas reglas específicas. En las estrategias que se deben seguir tiene gran importancia para el mediador las informaciones previas sobre la naturaleza del conflicto, la personalidad y características de las partes. En cuanto al momento y forma de derivación las posibilidades son diversas: derivación de la policía, del ministerio fiscal, del juez, selección conjunta de casos entre el mediador y el fiscal u otros.

En cuanto a las fases, hay una fase previa de relación directa e individual del mediador con cada una de las partes. Son reuniones con finalidad informativa sobre el proceso judicial, de reflexión sobre el conflicto y sobre la posibilidad de un proceso de mediación. El mediador escucha a las partes, inicia la creación de condiciones para el diálogo y el encuentro entre las partes. Cuando la víctima y el infractor han sido escuchados por el mediador y han expuesto sus razonamientos y circunstancias, se encuentran menos a la defensiva y más dispuestos a escuchar a la otra parte. El mediador hace aquí una intermediación indirecta orientada a favorecer el encuentro entre las partes. En ese encuentro, el mediador se presenta de nuevo a las partes y las presenta a ellas entre sí. Define el motivo general del encuentro, el interés mutuo de éstas por afrontar el diálogo y la consecución de acuerdos. Expone las reglas del juego e informa del rol del mediador.

En los encuentros, las dos partes plantean sus razones, circunstancias, valores, intereses y emociones y cada parte debe hacer un esfuerzo por entender a la otra y «ponerse» en el lugar del otro. Es el momento de la gestión del conflicto. En la mediación, la finalidad no es tanto la solución del conflicto como la gestión del conflicto. Si es posible, a lo largo de estos encuentros llegarán a acuerdos, aceptados por ambas partes, y que den solución al problema. A lo largo de los encuentros se podrán producir cambios significativos en las actitudes de las partes, pudiendo pasar de posiciones enfrentadas a actitudes de comprensión. La función del mediador es la de conducir el proceso, ayudar a las partes a establecer un diálogo y comunicación. La solución del conflicto entre las partes y los acuerdos libremente asumidos a lo largo de los encuentros y suscritos formalmente en un documento, se trasladarán a la instancia judicial.

Los resultados de los acuerdos que deriven de programas de justicia restaurativa cuando proceda, deberán ser supervisados judicialmente o incorporados a decisiones o sentencias judiciales. Cuando suceda así los resultados tendrán la misma categoría que cualquier otra decisión o sentencia judicial y deberán excluir la posibilidad de enjuiciamiento por los mismos hechos. Cuando no se llegue a un acuerdo entre las partes, el caso deberá someterse al proceso de justicia penal ordinario y se deberá adoptar sin demora una decisión sobre la forma de proceder. El solo hecho de no haber llegado a un acuerdo no podrá ser invocado en posteriores procedimientos de justicia penal.

partes, se deben tener en cuenta al someter un caso a un proceso restaurativo y al llevar a cabo ese proceso.

La reparación, poco utilizada en el sistema penal de adultos, se considera sin embargo, adecuada para las infracciones cometidas por menores. El 13 de enero de 2001 entró en vigor en España la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal del menor. Esta Ley Orgánica regula de forma amplia los aspectos sustantivos, procesales y de ejecución en materia de justicia penal juvenil<sup>36</sup>. Como establece la Exposición de Motivos, la Ley 5/2000 se basa en los siguientes principios generales: a) Reconoce la naturaleza formalmente penal pero materialmente sancionadora-educativa, en el procedimiento y en las medidas aplicables a los menores infractores; b) Reconoce, de forma expresa, todos los derechos y garantías penales y procesales derivados del respeto a los derechos constitucionales y de las exigencias de interés del menor; c) Establece diversos tramos de edad (14-15 años y 16-17 años) a efectos procesales y sancionadores y un amplio catálogo de medidas, a fin de facilitar la adecuación de estas a las circunstancias individuales de cada caso.

La atención especial a la *reparación* del daño causado y a la *conciliación* con la víctima se refleja ya en la Exposición de Motivos<sup>37</sup>. La Ley considera, acertadamente, que en el derecho penal de menores ha

---

<sup>36</sup> El número de menores de edad que en España son condenados cada año por haber cometido algún delito ha aumentado desde 2003, alcanzando un total de 13.417 condenas en 2005, siendo Andalucía, con 12.021, la Comunidad Autónoma que mayor número de sentencias registra, seguida de Comunidad valenciana (9.370), Cataluña (8.329) y Madrid (5.319). El Ministerio de Justicia ha contabilizado un total de 30.827 menores condenados en el periodo 2003-2005, pasando de 17.782 en el 2003 a más de 13.000 dos años después.

No obstante, dichas cifras no contemplan que un menor haya delinquido en más de un año o cometido más de un delito. De hecho, el número de sentencias comunicadas al Registro Central de Sentencias Firmes de Menores del 2003 al 2005 es de un total de 58.071, lo que supone dos sentencias de media por menor condenado.

En cuanto al tipo de delito que cometen los menores, destaca la incurrencia en robos, con más de 9.000 de media entre 2003 y 2005, seguido de falta de lesiones.

Ante estos casos, las medidas más habituales impuestas son la libertad vigilada (6.739 menores), la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (5.913), el internamiento semiabierto (2.874), la amonestación (1.378) o la permanencia de fin de semana, que se aplicó a 1.332 menores (Diario *El Mundo* —05.11.2006— p. 23).

<sup>37</sup> «Un interés particular reviste en el contexto de la Ley los temas de la reparación del daño causado y la conciliación del delincuente con la víctima como situaciones que,

de primar el supremo interés del menor, tanto en el procedimiento como en la aplicación de las medidas. Para ello, reconoce como preventivo el asesoramiento del equipo técnico, a efectos de conocer las circunstancias personales del menor y tenerlo en cuenta en el procedimiento y en la resolución judicial. Pero simultáneamente, considera que no debe olvidarse tampoco el interés de la víctima del hecho delictivo producido por el menor. De ahí que regule un procedimiento singular con el fin de posibilitar la participación del perjudicado, dotando al juez de menores de las facultades para resolver acerca del resarcimiento de daños y perjuicios. Asimismo, establece vías para que infractor y víctima puedan, en ciertos casos, resolver de forma extrajudicial el conflicto. La mediación en el ámbito penal tiene el objetivo de dar la oportunidad al infractor de ponerse en situación de poder hacer algo por reparar el daño causado a la víctima, conciliarse con esta y solucionar el conflicto.

El Ministerio Fiscal parte del principio de oportunidad: tiene la oportunidad de desistir de la continuación del expediente: a) atendiendo a la gravedad y circunstancias de los hechos y del menor; b) de modo particular, a la falta de violencia o intimidación graves en la comisión de los hechos; c) si se da la circunstancia de que además el menor se haya conciliado con la víctima; d) o haya sumido el compromiso de reparar el daño causado a la víctima o al perjudicado por el delito; e) o se haya comprometido a cumplir la actividad educativa propuesta por el equipo técnico en su informe.

---

en aras de intervención mínima, y con el concurso mediador del equipo técnico, pueden dar lugar a la no incoación o sobreseimiento del expediente, o a la finalización del cumplimiento de la medida impuesta, en un claro predominio, una vez más, de los criterios educativos y resocializadores sobre los de una defensa social esencialmente basada en la prevención general y que pudiera resultar contraproducente para el futuro. La reparación del daño causado y la conciliación con la víctima presentan el común denominador de que el ofensor y el perjudicado por la infracción llegan a un acuerdo, cuyo cumplimiento por parte del menor termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa» (n.º 13 de la Exposición de Motivos de la Ley 5/2000). De forma un tanto confusa, invoca el principio de intervención mínima y proclama el predominio de los criterios educativos y resocializadores sobre los de defensa social y de prevención general. La conciliación y la reparación se materializan, como establece la Exposición de Motivos, en un acuerdo entre el ofensor y el perjudicado, cuyo cumplimiento por parte del menor «termina con el conflicto jurídico iniciado por su causa». El texto de la Exposición de Motivos, que alude a conceptos con tintes moralistas tales como «arrepentimiento efectivo» y necesidad del «perdón» de la víctima, resulta poco coherente con el sentido de la reparación en el articulado.

El desistimiento o sobreseimiento por conciliación o reparación entre el menor y la víctima sólo será posible cuando el hecho imputado al menor constituya delito menos grave o falta (art.19).

La mediación se atribuye a Equipos técnicos o Autoridades en materia de Menores. Hay dos posibilidades: 1) Conciliación: el reconocimiento por parte del menor del daño causado, seguida de la aceptación de la disculpa por parte de la víctima; 2) Reparación: el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello, sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación al ejercicio de la acción por responsabilidad civil derivada del delito o falta.

El Ministerio Fiscal dará por concluida la instrucción y solicitará del Juez el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, con remisión de lo actuado una vez producida la conciliación o cumplidos los compromisos de reparación asumidos con la víctima o perjudicado por el delito o falta cometido o cuando uno u otros no pudieran llevarse a efecto por causas ajenas a la voluntad del menor.

En el caso de que el menor no cumpliera la reparación o la actividad educativa acordada, el Ministerio Fiscal continuará la tramitación del expediente.

En los casos en que la víctima del delito o falta fuere menor de edad o incapaz, el compromiso habrá de ser asumido por el representante legal de la misma, con la aprobación del Juez de Menores.

Sin embargo, en este procedimiento de mediación penal pueden detectarse algunos problemas: 1) En estos procesos informales pueden verse comprometidos algunos derechos y garantías procesales, destacando que en la reparación extrajudicial, realizada antes de la sentencia, se presume la culpabilidad del inculcado, conculcándose el principio de la presunción de inocencia; 2) El principio constitucional de igualdad puede verse conculcado con la reparación pues no todos los sujetos podrán ser tratados igualmente, ya que dependerá de sus posibilidades personales o materiales de reparación a la víctima; 3) En materia de prevención general, en cuanto uno de los fines de la pena, no aporta nada a la prevención general negativa, entendida esta como intimidación a los sujetos de cara a su no comisión de futuros delitos; y, respecto a la prevención general positiva, la reparación aparece como muy limitada en relación al objetivo de conseguir el establecimiento de una paz jurídica en la sociedad, dado que la satisfacción de la víctima no significa la satis-

facción de la sociedad; 4) También el cómo afecte la reparación o la conciliación al derecho del autor a la presunción de inocencia; 5) El que por parte del ofensor se acepte la reparación o la conciliación sea con el único objetivo de conseguir una pena atenuada o un beneficio de la pena.

El proceso se inicia por resolución del juez de menores, a propuesta del Ministerio Fiscal o del abogado del menor y oído el representante del equipo técnico y el de la entidad pública que ejecuta la medida. Nada impide que el representante del equipo técnico o de la entidad pública tenga la iniciativa, por el conocimiento que tienen del menor, de sus circunstancias y valorando el interés del mismo y de la víctima, de elevar una propuesta de conciliación al juez. Por ejemplo, la Consejería de Familia de la Comunidad Autónoma (como Autoridad competente en la materia) puede informar sobre los acuerdos alcanzados y sobre el cumplimiento.

Como ya hemos apuntado, la Ley establece dos posibilidades: 1) Reparación *antes* de la sentencia, al inicio del procedimiento (art.19), de forma que el Ministerio Fiscal, basándose en la aplicación del principio de oportunidad, pueda promover el desistimiento del procedimiento y proponer al juez el sobreseimiento; 2) Reparación *después* de la audiencia y de la sentencia (art.51.2), durante la ejecución de la medida, como fórmula para dejarla sin efecto. La Mediación tiene más sentido *antes* del juicio, para ver la intención del autor. Tiene menos sentido durante el juicio. El autor admite los hechos, se llega a un acuerdo con víctima y no tiene el resultado de la acción penal sino la atenuación de la pena.

Las ventajas pueden ser:

- 1) Para el menor infractor: a) Derivadas de evitar medidas que puedan tener costes negativos para el mismo; b) Se favorece su responsabilización por el hecho cometido, al haber podido constatar las consecuencias negativas de su conducta mediante el conocimiento de la víctima, contrarrestando las actitudes de neutralización o negación de la víctima favorecedoras de una progresión en la trayectoria delictiva; c) La reparación permite un mayor desarrollo personal e integración del menor en la sociedad.
- 2) Para las víctimas: a) Liberarse de angustias, de miedos, se siente escuchada; b) La mediación puede contribuir a elaborar un reequilibrio emocional consecuencia de la conducta del menor que ha delinquido; c) En el ámbito del Derecho penal de jóve-

nes la justicia reparadora puede dar buenos resultados funcionando como prevención, en una línea pedagógico-educacional, retardando el contacto con las vías represivas del Derecho penal e intentando aproximarse a las teorías resocializadoras.

- 3) Para el sistema penal: a) Mejorará su imagen; b) Favorecerá la economía procesal; c) Ayuda a la función reeducadora y resocializadora.

La Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores ha sido modificada por la Ley Orgánica 8/2006, de 4 de diciembre de 2006<sup>38</sup>. Los procedimientos de reparación y conciliación no resultan afectados pero aún así conviene destacar algunos aspectos de esta nueva Ley.

Su Exposición de Motivos se remite a la disposición adicional sexta de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, que preveía que el Gobierno impulsará las medidas orientadas a sancionar con más firmeza y eficacia los hechos delictivos cometidos por personas que, aun siendo menores, revistan especial gravedad, tales como los previstos en los artículos 138, 139, 179 y 180 del Código Penal. Para ello se preveía la posibilidad de: a) prolongar el tiempo de internamiento; b) su cumplimiento en centros en los que se refuercen las medidas de seguridad impuestas; c) posibilidad de su cumplimiento a partir de la mayoría de edad en centros penitenciarios.

Transcurridos cinco años desde su aprobación, el Gobierno ha realizado una evaluación de los resultados de aplicación de la Ley Orgá-

---

<sup>38</sup> Esta nueva Ley Orgánica ha pretendido endurecer a grandes rasgos el tratamiento penal de los menores delincuentes con el objetivo de frenar el incremento acelerado de la delincuencia juvenil y de sus manifestaciones específicas, como las bandas de adolescentes y la violencia escolar. Se ha optado por excluir de su ámbito de aplicación a los jóvenes entre dieciocho y veintiún años, pues desde la mayoría de edad la persona goza de plena capacidad de obrar. Con todo, la nueva Ley deja en el aire algunos problemas como por ejemplo, la presencia de las víctimas en la tramitación del procedimiento y la ejecución de las medidas judiciales está regulada con criterios restrictivos. Faltan propuestas eficaces sobre labores preventivas de educación y socialización. También, en algunos casos, las sanciones son demasiado benévolas, creando así una sensación de impunidad que podría llevar a la idea de que sale muy barato cometer un delito. Ello, en cierta manera, supondría una invitación a la reincidencia y un fracaso del principio de prevención, característico de la norma penal. Además, hubiera sido conveniente mayor precisión en cuanto a la financiación de una Ley que exige un fuerte desembolso del Estado y de las Comunidades Autónomas.

nica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores. El balance es positivo pero en su aplicación presenta algunas disfunciones que es conveniente y posible corregir. Las estadísticas apuntan a un aumento considerable de delitos cometidos por menores, lo que ha causado una gran preocupación social y ha contribuido a desgastar la credibilidad de la Ley por la sensación de impunidad de las infracciones más cotidianas y frecuentemente cometidas por estos menores, como son los delitos y faltas patrimoniales. Afortunadamente, no han aumentado significativamente los delitos de carácter violento, aunque los realmente acontecidos han tenido un fuerte impacto social.

Con el objetivo de resolver estos problemas, esta Ley Orgánica plantea la revisión de determinados aspectos de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero. El interés superior del menor resulta perfectamente compatible con el objetivo de pretender una mayor proporcionalidad entre la respuesta sancionadora y la gravedad del hecho cometido pues el sistema sigue dejando en manos del juez, en último caso, la valoración y ponderación de ambos principios de modo flexible y en favor de la óptima individualización de la respuesta<sup>39</sup>.

---

<sup>39</sup> 1) Se amplían los supuestos en los que se pueden imponer medidas de internamiento en régimen cerrado a los menores, añadiendo al ya existente los casos de comisión de delitos graves y de delitos que se cometan en grupo o cuando el menor perteneciere o actuare al servicio de una banda, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; 2) se adecua el tiempo de duración de las medidas a la entidad de los delitos y a las edades de los menores infractores, y se suprime definitivamente la posibilidad de aplicar la Ley a los comprendidos entre dieciocho y veintiún años; 3) prohibición al menor infractor de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez; 4) Se faculta al juez para poder acordar, previa audiencia del Ministerio Fiscal y la entidad pública de protección o reforma de menores, que el menor que estuviese cumpliendo una medida de internamiento en régimen cerrado y alcanzase la edad de dieciocho años, pueda terminar de cumplir la medida en un centro penitenciario cuando su conducta no responda a los objetivos propuestos en la sentencia. Al mismo tiempo, si la medida de internamiento en régimen cerrado se impone al que ha cumplido veintiún años o, impuesta con anterioridad, no ha finalizado su cumplimiento al alcanzar dicha edad, el juez ordenará su cumplimiento en un centro penitenciario, salvo que excepcionalmente proceda la sustitución o modificación de la medida; 5) Se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez. Al mismo tiempo, se amplía la duración de la medida cautelar de internamiento, que pasa de tres meses, prorrogable por otros tres meses, a seis meses prorro-

En cuanto a las modificaciones que afectan a la reparación y a la conciliación (anteriores artículos 18 y 19), se redactan así: a) Artículo 14: (el párrafo 1.º artículo 18 tendrá la siguiente redacción): «El Ministerio Fiscal podrá desistir de la incoacción del expediente cuando los hechos denunciados constituyan delitos menos graves sin violencia o intimidación en las personas o faltas, tipificados en el Código Penal o en las leyes penales especiales. En tal caso, el Ministerio Fiscal dará traslado de lo actuado a la entidad pública de protección de menores para la aplicación de lo establecido en el art. 3 de la presente Ley. Asimismo, el Ministerio Fiscal comunicará a los ofendidos o perjudicados conocidos el desistimiento acordado»; b) Artículo 15: (El apartado 2 del artículo 19 tendrá la siguiente redacción): «A efectos de lo dispuesto en el apartado anterior, se entenderá producida la *conciliación* cuando el menor reconozca el daño causado y se disculpe ante la víctima, y ésta acepte sus disculpas, y se entenderá por *reparación* el compromiso asumido por el menor con la víctima o perjudicado de realizar determinadas acciones en beneficio de aquéllos o de la comunidad, seguido de su realización efectiva. Todo ello sin perjuicio del acuerdo al que hayan llegado las partes en relación con la responsabilidad civil».

En cuanto al futuro de la mediación penal, hay que destacar la existencia de un Borrador de Ley de Mediación Penal de ámbito nacional que parte de entonar el *mea culpa* por no haber cumplido la Directiva Comunitaria del Consejo de Europa de 15 de marzo de 2001 que daba

---

gable por otros tres meses; 6) Se revisa el régimen de imposición, refundición y ejecución de las medidas, otorgándose al juez amplias facultades para individualizar la o las medidas que deba cumplir el menor infractor; 7) Se refuerza especialmente la atención y reconocimiento de los derechos de las víctimas y los perjudicados, entre los que se encuentra el derecho a ser informado en todo momento, se hayan o no personado en el procedimiento, de aquellas resoluciones que afecten a sus intereses. Asimismo, y en su beneficio, se establece el enjuiciamiento conjunto de las pretensiones penales y civiles. Un segundo objetivo de la Ley es recoger en el proceso de menores las nuevas misiones del secretario judicial previstas en la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, tras la reforma operada por la Ley Orgánica 19/2003. Por último, se incluye una modificación de los artículos 448 y 707 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en los que se sustituye el último párrafo, a fin de dotar de mayor protección a los menores víctimas de determinados delitos, donde se prevé que cuando se trate de testigos menores de edad víctimas de delitos contra la libertad e indemnidad sexual, el Juez o Tribunal necesariamente debe acordar que se evite la confrontación visual del mismo con el inculpado, utilizando para ello cualquier medio técnico que haga posible la práctica de las distintas pruebas (declaración, interrogatorio).

de plazo hasta el 22 de marzo de 2006 para dar cumplimiento a la Disposición de promulgar una Ley de mediación penal. Sería deseable hacer coincidir la entrada en vigor de una nueva Ley Procesal penal con esta Ley de Mediación penal, de manera que queden claras las funciones del Fiscal. Sino, habría que adaptarlo. Se contempla la posibilidad de recurrir a la mediación en las diversas fases del proceso penal: Instrucción, Juicio oral o Fase final. Se subraya que debe evitarse la mediación en supuestos de delitos en sujeto pasivo o colectividad o intereses difusos.

5. *La mediación penal: ¿complemento al sistema de justicia tradicional?*

La reparación nace del movimiento a favor de la víctima y de la recuperación de su papel en el proceso penal. El moderno Derecho Penal, presidido por las funciones de prevención general y de control social y no por una finalidad compensadora de los males inflingidos a la víctima, había dejado a la víctima como una mera «convidada de piedra». La reparación implica invertir los términos y situar a la víctima en un primer plano. Pero resulta necesario precisar que la reparación cumple no sólo una función individual del ofensor con respecto a la víctima sino también una misión pacificadora propia del Derecho Penal. Un Derecho Penal orientado a la reparación es fundamentalmente un Derecho Penal de la resocialización.

Los principios de justicia restauradora y responsabilidad criminal sobre los que se asientan los programas de reconciliación víctima/ofensor —VOPR— y la mediación penal representan una salida significativa de las filosofías disuasorias del castigo que han guiado tradicionalmente nuestras sanciones criminales. En lugar de confiar en las normas universales y eternas de lo bueno y de lo malo, la justicia restauradora está más cerca del concepto contextual, relacional. Los programas de justicia restaurativa representan un movimiento alejado de las reglas categóricas y uniformes de imparcialidad hacia una noción de justicia enmarcada en el contexto de un diálogo personal entre la víctima y el ofensor.

En cierto modo, el sistema penal de menores se ha convertido en un campo de experimentación de nuevas prácticas criminológicas y político-criminales. La utilización de programas de mediación extrajudicial presenta sus ventajas e inconvenientes. Como ventajas con respecto al

sistema de justicia criminal ordinario se pueden apuntar las mayores garantías de éxito de la mediación en los imputados menores de edad e incluso una mayor disposición de las víctimas y de la sociedad a aceptar una conciliación ante la delincuencia juvenil en comparación con la de los adultos. Ello deriva de la menor rigidez del proceso y su mayor tendencia a soluciones menos formales.

Sin embargo hay críticas por parte de aquellos que conciben la reparación como un sistema por el que los delincuentes se sustraen a la justicia penal tradicional<sup>40</sup>. En este sentido, por ejemplo, el modelo español está orientado a evitar que los jóvenes entren en la justicia penal, como también sucede en otros países europeos. En realidad, la cuestión principal es que la reparación en muchos países solamente está contemplada en la legislación de menores y se la concibe principalmente como una medida educativa más que como una medida reparadora. No cabe duda de que la mediación puede operar como un medio de contención de las medidas privativas de libertad. Pero todavía no hay suficientes datos para afirmar, con rotundidad, que una intervención moderada en una fase temprana evita la posterior recaída en el delito y la consiguiente necesidad de una posterior intervención más contundente. En el fondo, estamos asistiendo a una perversidad del sistema, es decir, hemos de acudir a formas extrajudiciales de mediación para que retornen a la sociedad civil aquellos conflictos que nunca deberían haber entrado en el sistema judicial.

La reparación, esta nueva tercera vía, no puede reducirse a una simple cuestión de indemnización civil, ni tampoco a una mera justicia penal negociada entre particulares, como si quisiera sustituir el inderogable principio del monopolio estatal de la coacción. La reparación pretende ser un modelo intermedio o complementario a la pena criminal tradicional, al que se adjudica el cumplimiento de finalidades análogas a las que pretende cumplir la pena y que aspira a configurarse como un instrumento más del *ius puniendi* para la prevención del delito. Cierto es que repa-

---

<sup>40</sup> Frente a las ventajas que la mediación puede tener en el ámbito penal, también se encuentran opiniones manifestando ciertas objeciones, al advertir que permite la negociación sobre derechos que no pueden ser negociados por su carácter de indisponibles, así como que supone una «desjudicialización» del derecho. La aplicación del *ius puniendi* del Estado no puede subordinarse a unos fines todavía poco claros, que acaban convirtiendo la indudable naturaleza jurídico pública de la justicia penal en un mecanismo al servicio de intereses particulares de las partes en conflicto, dejando de lado el interés colectivo por sancionar al culpable.

ración del daño y la pena se distancian claramente en el plano ontológico y axiológico.

Las ventajas de las respuestas de carácter reparador para el menor infractor son claras: junto a las derivadas de evitar medidas que puedan tener costes negativos para el mismo, se favorece su responsabilización por el hecho cometido, al haber podido constatar las consecuencias negativas de su conducta mediante el conocimiento de la víctima, contrarrestando las actitudes de neutralización o negación de la víctima favorecedoras de una progresión en la trayectoria delictiva. La reparación permite un mayor desarrollo personal e integración del menor en la sociedad. Las ventajas para las víctimas también son obvias, pues en numerosas ocasiones son también menores de edad y corren el riesgo de ser doblemente víctimas por el hecho de haber sido victimizadas por alguien que goza de una especial protección del sistema. Además, la mediación puede contribuir a elaborar un reequilibrio emocional consecuencia de la conducta del menor que ha delinquido.

Se hace necesario construir una ciudadanía autónoma, protagonista, libre de ataduras de épocas pasadas, libres y responsables de las consecuencias de nuestras acciones. Esta tarea implica reflexionar sobre uno de los instrumentos que ha utilizado el Derecho para hacer justicia, el castigo. Si analizamos a fondo el sentido de la Justicia, veremos que no existe forzosamente el objetivo del castigo ni de culpabilizar, sino de procurar resolver los conflictos y que, en todo caso, la víctima reciba una compensación justa por los perjuicios que se le hayan podido causar. Sabemos que expropiar al Estado de la facultad de castigar es una propuesta arriesgada. Las formas complementarias de resolución de conflictos, como la mediación, aplicada al ámbito penal, no pretenden sustituir, ni prescindir ni arrebatar ningún cometido, sino simplemente reafirmarlos, mejorarlos y perfeccionarlos<sup>41</sup>.

---

<sup>41</sup> Lamentablemente, la posibilidad de utilizar la mediación para los casos de menores infractores, que contempla la Ley 1/2005, y que continúa impulsando la Ley 8/2006, de 4 de diciembre, no ha sido suficientemente aprovechada.

Entre los días 29 y 30 de octubre de 2007 se ha celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos el I Congreso de Mediación Penal en Castilla y León, «El complemento al sistema de Justicia tradicional», donde se ha dedicado especial atención a las diferentes experiencias en mediación penal. Ha resultado de gran interés conocer las experiencias de Rehabilitación y Justicia Juvenil del Departamento de Justicia de la Generalitat de Cataluña, comentar el Programa de Mediación Penal Comunitaria de la Comunidad de Madrid, reflexionar sobre la aplicación de la mediación penal aplicada a los conflictos con menores en Sevilla y otras tantas experiencias.

*Bibliografía*

- AA. VV. *Revista Criminologie*, n.º 32 (1999): La justice riparatrice.
- AA. VV. *Revista Estudios de Derecho Judicial* (2006), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial.
- ALAUSTEY DOBÓN, M.ª C. (2000): *La reparación a la víctima en el marco de las sanciones penales*, Valencia.
- ARMELLINI, Salvatore (1976): *Ensaio sobre a premialidade do Direito na Idade Moderna*, Roma: Bulzoni.
- BELLOSO MARTÍN, Nuria (1999): «Filosofía de la pena: entre el Derecho y la moral», *Persona y Derecho* 41, Vol. II. Estudios en Homenaje al Prof. J. Hervada. Pamplona, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Navarra, pp. 527-578.
- (2006): «Justicia y mediación penal: la responsabilidad de las Políticas Públicas», en Marli Marlene Moraes da Costa coord., *Direito, Cidadania e Políticas Públicas*, Porto Alegre, Imprensa Livre, pp. 133-172.
- (2006): «La mediación penal», en N. Beloso Martín coord., *Estudios sobre Mediación familiar: la Ley de Mediación Familiar de Castilla y León*, Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 293-319.
- BENAVIDES FILHO, Mauricio (1999): *A sanção premial no Direito*, Brasilia: Brasilia Jurídica.
- BENTHAM, Jeremias (1821): *Tratados de Legislación penal y civil*, Madrid: Vallalpando, t.I, pp. 66-95 y t.IV, pp. 311-314.
- BETEGÓN, Jerónimo (1992): *La justificación del castigo*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BOBBIO, Norberto (1980): «El análisis funcional del Derecho: tendencias y problemas», en A. Ruiz Miguel edtr., *Contribución a la Teoría del Derecho*, Valencia: Fernando Torres, pp. 263-287.

---

Actualmente, se están desarrollando diversos Programas de Mediación penal y reparación del daño en nuestros Tribunales, como en el Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona, Juzgado de lo Penal n.º 20 de Madrid, Juzgados de Instrucción 32 y 47 de Madrid y algunos otros de Málaga, Palma de Mallorca, Barcelona y Sevilla. Posiblemente habrá otras experiencias de las que aún no tenemos noticia.

Recomendamos la lectura del número 111 de la *Revista Estudios de Derecho Judicial* (2006), *Alternativas a la judicialización de los conflictos: la mediación*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, en el que, junto con unos estudios sobre mediación civil y casos en relación a la mediación familiar, se relatan diversas experiencias de reparación y conciliación llevadas a cabo en diversos Juzgados españoles e incluso, un estudio sobre la experiencia piloto en los órganos jurisdiccionales de la mediación en el Derecho penal de adultos en la fase de enjuiciamiento.

- BUENO ARÚS, Francisco (1992): «L'atenció a la víctima», *Papers d'Estudis i Formació* 8.
- BUSTO RAMÍREZ, J.(1987): *Control social y sistema penal*, Barcelona: PPU.
- CASFERATA, José Ignacio (2000): «Prevención y castigo del delito y seguridad ciudadana», en J.I. Casferata Nores edtr., *Justicia penal y seguridad ciudadana*, Córdoba: Editorial Mediterránea, pp. 19-46.
- CASCAJO CASTRO, José Luis (1996): «Los fines de la pena en el orden constitucional», en A.E. Pérez Luño coord., *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, Madrid: Marcial Pons.
- CATTANEO, Mario A. (1978): «Fondamenti filosofici della sanzione penale», en Rinaldo Orecchia coord., *Problemi della sanzione. Società e diritto in Marx*. Atti del XII Congresso Nazionale (Ferra, 2-5 ottobre 1978), Roma: Bulzoni Editore.
- (1990): *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino: Giappichelli Editore.
- CERETTI, A. (1998): «Mediazione: una ricognizione filosofica», en L. Picotti coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, p. 46
- CID, J., E. Larrauri y otros (1997): *Penas alternativas a la prisión*, Barcelona: Bosch.
- COPELLO, Miguel Angel (1945): *La sanción y el premio en el Derecho*, Buenos Aires: Losada.
- D'AGOSTINO, Francesco (1995): *Sanzione e pena nell'esperienza giuridica*, 4.ª ed., aumentada, Torino: Giappichelli.
- DAPENA MÉNDEZ, José (1999): *Delincuencia y control social*. Primera Jornada de Psicología en el ámbito judicial. Barcelona.
- (2001): «Mediación y reparación», *Mediación penal de menores*. Barcelona: Atelier, pp. 211-232.
- (2003): «La mediación y la reparación en el ámbito de la justicia juvenil», en Ana M.ª Poyatos García coord., *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres.
- DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2006): «Libertad, seguridad, sociedad del riesgo y derecho penal del enemigo», en M.ª José Bernuz Beneitez y Ana Isabel Pérez Cepeda coord., *La tensión entre libertad y seguridad. Una aproximación sociojurídica*, Logroño: Universidad de la Rioja, pp. 107-120.
- FERRARI, Vincenzo (1989): *Funciones del Derecho*, Madrid:Debate.
- DRAGONETTI, Giacinto (1767): *Traité des versus et des récompenses*, Paris: Jean Gravier, trad., R. Salas, (1836): *Tratado de las virtudes y de los premios*, Madrid: Villamil.
- FACCHI, Alexandra (1994): *Diritto e ricompense*, Torino.
- FOUCAULT, Michel (1979 ed. española): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, trad. Aurelio Garzón del Camino, Madrid, Siglo XXI.
- FUNES ARTEAGA, J. (dir.) (1994): *Mediació i justícia juvenil*, Barcelona.

- GIMÉNEZ-SALINAS COLOMER, E. (1996): «La mediación en el sistema de justicia juvenil: una visión desde el Derecho comparado», *Cuadernos del IV Crim.*, 10, p. 207.
- JAKOBS, Günter (1992): «El principio de culpabilidad», trad. C. Mella, *ADPCP*
- JIMÉNEZ, Salvador (1995): «La mediación penal en pret comparat», *Justiforum* 4, pp. 9-26.
- (1999): *La mediación penal*, Barcelona: CEJFE.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, «La recompensa como prevención general, El derecho premial», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, t.125, pp. 5-32 y pp. 353-394.
- HART, Herbert L.A. (1968): *Punishment and Responsibility* (inicialmente publicado en 1959-60), Oxford: Clarendon Press, trad. Jerónimo Betegón (1990): «Introducción a los principios de la pena», en J. Betegón y J.R. del Páramo compil., *Derecho y Moral. Ensayos Analíticos*, Barcelona: Ariel.
- (1980): *El concepto de Derecho*, trad. Genaro R. Carrió, Madrid: Editora Nacional.
- KELSEN, Hans (1995): *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. E. García Maynez, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 60.
- MARSHALL, T. (1996): La mediación i la justicia penal: l'experiència del Regne Unit». *Justiforum*, 6.
- (1996): «Criminal Mediation in Great Britain 1980-1996», *European Journal on Criminal Policy and Research*, 4, p. 37.
- MAZZUCATO, C. (2002): «Mediazione e giustizia riparativa in ambito penale. Spunti di riflessione tratti dall'esperienza e dalle linee-guida internazionali, en L. Ricotti e G. Spangher, *Verso una giustizia penale «conciliativa»: Il volto delineato dalla legge sulla competenza penale del giudice di pace*, Milano: Giuffrè, pp. 85 ss.
- (2003): «Oltre la bilancia e la spada: alla ricerca di una giustizia della 'reliance'. Scenari giuridici per le pratiche di mediazione dei conflitti, en E. Scabini e G. Rossi, *Rigenerare i legami: la mediazione nelle relazioni familiari e comunitarie*, Milano: Vita e Pensiero, p. 149 s.
- (2004): «Per una risposta democratica alle domande di giustizia: il compito appassionante della mediazione in ambito penale», *Ars Interpretandi, Mediazione ed ermeneutica*, Padova: Cedam, vol. 9, pp. 165-193.
- (2004): «Il diritto minorile: un modello di cultura giuridica per le sfide della civiltà democratica. L'esempio della giustizia penale, en M.L. de Natale, *Pedagogistiper la giustizia*, Milano: Vita e Pensiero, pp. 165 ss.
- MERZAGORA BETSOS, I. (1998): «Ampiezza, andamento, tipologie della delinquenza minorile e giustizia riparativa», en L. Picotti coord., *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, pp. 165 ss.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2005): «El nuevo Derecho Penal autoritario: consideraciones sobre el llamado 'Derecho penal del enemigo', en G. Portilla Contreras coord., *Mutaciones de Leviatán. Legitimación de los nuevos*

- modelos penales*, Universidad Internacional de Andalucía: Akal, pp. 167-176.
- NINO, Carlos Santiago (1991): *Introducción al análisis del Derecho*, 4.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Ariel.
- PÁRAMO ARGÜELLES, Juan Ramón del (1998): 'Negociar y argumentar: entre el mercado y la política', *Lección inaugural del curso académico 1998-99 de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Castilla-La Mancha, Talavera de la Reina, 1 de octubre de 1998.
- PÉREZ SANZBERRO, G. (1999): *Reparación y conciliación en el sistema penal. ¿Apertura de una nueva vía?*, Granada, espec. pp. 268 ss.
- PETERS, T., y ARRESTEN, I. (1994): *Justicia reparadora*. Bélgica: Universidad Católica de Lovaina.
- POYATOS GARCÍA, Ana M.<sup>a</sup>, coord., (2005): *Mediación familiar y social en diferentes contextos*, Valencia: Universitat de Valencia y Nau Llibres, pp. 213-245.
- RIVEIRA BEIRAS, I. (1998): «El control penal en España. Las razones que orientaron la producción normativa», en M.<sup>a</sup> J. Añón, R. Bergalli, M. Calvo y P. Casanovas coords., Valencia: tirant lo blanch.
- ROBLES MORCHÓN, Gregorio (2001): *Crimen y castigo (Ensayo sobre Durkheim)*, Madrid: Civitas.
- ROIG TORRES, M : (2000): *La reparación del daño causado por el delito. (Aspectos civiles y penales)*, Valencia.
- ROXIN, C., (1976): *Problemas básicos del derecho Penal*, trad. M. Luzón Peña, Madrid: Reus, S.A.
- (1991): «La reparación en el sistema penal de sanciones», Jornadas sobre 'La reforma del Derecho Penal en Alemania', *Cuadernos del CGPJ* 8, Madrid: CGPJ, p. 20.
- (1992): *La reparación alternativa a la pena de cárcel*, Seminario Hispano-Alemán de Derecho penal, Universidad de Barcelona.
- SILVA SÁNCHEZ, José María (1997): «Sobre la relevancia jurídico penal de la realización de actos de reparación», *Poder Judicial* 45.
- Tamarit Sumalla, José María (1994): *La reparación a la víctima en el Derecho penal*, Barcelona.
- (2002): «La mediación reparadora en la ley de responsabilidad penal del menor», *Justicia penal de menores y jóvenes (Análisis sustantivo y procesal de la nueva regulación)*, en González Cussac, J. L. y J. M.<sup>a</sup> Tamarit Sumilla y J.J. Gómez Colomer coords., Valencia: tirant lo blanch, p. 50.
- TEI, Francesca (2000): «La mediazione in ambito penale minorile: sviluppo e prospettive a risonanza sociale», *Affari sociali internazionali* 2, pp. 169-178.
- VARONA MARTÍNEZ, Silvia (1998): *La mediación reparadora como estrategia de control social. Una perspectiva criminológica*, Granada, pp. 1 y 355.
- VASCONCELOS, Arnaldo (2001): *Direito e força. Uma visão pluridimensional da coação jurídica*, São Paulo: Dialética, pp. 106-107.

- VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos y M.<sup>a</sup> Dolores Serrano Tárraga, eds., (2005): *Derecho penal juvenil*, Madrid: Dykinson, pp. 103 ss.
- VINYAMATA, Eduard (2005): *Conflictología. Curso de resolución de conflictos*, 2.<sup>a</sup> ed., Barcelona: Ariel.
- VOIGHT, Rüdiger (1998): 'En defensa de la conducción cooperativa', en Roberto Bergalli edtr., *Contradicciones entre Derecho y control social*, Barcelona: Bosch, pp. 37-54.
- WOOLPERT, Stephen (1996): «Los programas de reconciliación víctima-ofensor», en K. Grover Duffy, J.W. Grosch y P.V. Olczak, *La mediación y sus contextos de aplicación. Una introducción para profesionales e investigadores*, trad. M.<sup>a</sup> A. Garoz, Barcelona: Paidós Ibérica, pp. 325-349.
- WELZEL, Hans (1951): *La teoría de la acción finalista*, trad. Fontán Palestra y Friker, Buenos Aires: Depalma.





