

Número 39, Época II, junio 2018



INSTITUTO DE
DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS



HURI-AGE
Consolider-Ingenio 2010



Dykinson, S.L.
EDITORIAL

**DERECHOS Y
LIBERTADES**
#39
REVISTA DE FILOSOFÍA DEL DERECHO Y DERECHOS HUMANOS



DERECHOS Y LIBERTADES

Número 39, Época II, junio 2018



INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS
BARTOLOMÉ DE LAS CASAS
UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID



Dykinson, S.L.

La revista Derechos y Libertades está incluida en la Emerging Sources Citation Index, en ERIH PLUS y en la valoración integrada e índice de citas que realiza el CINDOC con las Revistas Españolas de Ciencias Sociales y Humanas (RESH) y figura en el catálogo de revistas de LATINDEX, Anvur (Italia) –categoría A–, MIAR, CARHUS, Qualis Brasil –categoría B1–, Dulcinea, International Political Science Abstract, Worldwide Political Science Abstracts, Philosopher’s index, IBSS. Se encuentra incluida en el repositorio DIALNET.

La Revista superó la III Convocatoria de Evaluación de Calidad Editorial y Científica de las Revistas Científicas españolas y renovó el Sello de Calidad FECYT hasta 2019.

Derechos y Libertades se adhiere al Código de Conducta y Buenas Prácticas para Editores de Revistas del Comité de Ética de las Publicaciones (COPE). Disponible en: publicationethics.org/files/Code_of_conduct_for_journal_editors_Mar11.pdf

Redacción y Administración

Adquisición y suscripciones

Revista Derechos y Libertades
Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas
Universidad Carlos III de Madrid
c/ Madrid, 126
28903 Getafe (Madrid)

E-mail de la Revista:
franciscojavier.ansuategui@uc3m.es
derechosylibertades@uc3m.es



Suscripción en papel

Ver boletín de suscripción al final de este número y remitir en sobre cerrado a:

Dykinson, S.L.
C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Suscripción versión electrónica (revista en pdf)

Compra directa a través de nuestra web
www.dykinson.com/derechosylibertades

Copyright © Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas

ISSN: 1133-0937

Depósito Legal: M-14515-1993 European Union

Edición y distribución:

Dykinson, S.L.

C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid

Tels. +34 915 442 846 / 69. Fax: +34 915 446 040

Las opiniones expresadas en esta revista son estrictamente personales de los autores

La editorial Dykinson, a los efectos previstos en el artículo 32.1, párrafo segundo del vigente TRLPI, se opone expresamente a que cualquiera de las páginas de Derechos y Libertades, o partes de ellas, sean utilizadas para la realización de resúmenes de prensa.

Cualquier acto de explotación (reproducción, distribución, comunicación pública, puesta a disposición, etc.) de la totalidad o parte de las páginas de Derechos y Libertades, precisará de la oportuna autorización, que será concedida por CEDRO mediante licencia dentro de los límites establecidos en ella.

Revista fundada por GREGORIO PECES-BARBA

Director:

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

Subdirector:

JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)

Secretario:

OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)

Consejo Científico

FCO. JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RAFAEL DE ASÍS ROIG (Universidad Carlos III de Madrid)

RICARDO CARACCILO (Universidad de Córdoba, Argentina)

PAOLO COMANDUCCI (Università di Genova)

J. C. DAVIS (University of East Anglia)

ELÍAS DÍAZ GARCÍA (Universidad Autónoma de Madrid)

RONALD DWORKIN (†) (New York University)

EUSEBIO FERNÁNDEZ GARCÍA (Universidad Carlos III de Madrid)

CARLOS FERNÁNDEZ LIESA (Universidad Carlos III de Madrid)

VINCENZO FERRARI (Università di Milano)

JUAN ANTONIO GARCÍA AMADO (Universidad de León)

PETER HÄBERLE (Universität Bayreuth)

MASSIMO LA TORRE (Università Magna Graecia, di Catanzaro)

MARIO LOSANO (Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”)

JAVIER DE LUCAS MARTÍN (Universidad de Valencia)

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA (Universidad de Cantabria)

GREGORIO PECES-BARBA (†) (Universidad Carlos III de Madrid)

ANTONIO E. PÉREZ LUÑO (Universidad de Sevilla)

PABLO PÉREZ TREMPES (Universidad Carlos III de Madrid)

MICHEL ROSENFELD (Yeshiva University)

MICHEL TROPER (Université de Paris X-Nanterre)

AGUSTÍN SQUELLA (Universidad de Valparaíso)

LUIS VILLAR BORDA (†) (Universidad Externado de Colombia)

YVES-CHARLES ZARKA (Université René Descartes Paris 5-Sorbonne)

GUSTAVO ZAGREBELSKY (Università di Torino)

VIRGILIO ZAPATERO GÓMEZ (Universidad de Alcalá)

Consejo de Redacción

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG (Universitat de València)
FEDERICO ARCOS RAMÍREZ (Universidad de Almería)
MARÍA DEL CARMEN BARRANCO AVILÉS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA DE LOS ÁNGELES BENGOCHEA GIL (Universidad Pontificia de Comillas)
DIEGO BLÁZQUEZ MARTÍN (Universidad Carlos III de Madrid)
IGNACIO CAMPOY CERVERA (Universidad Carlos III de Madrid)
PATRICIA CUENCA GÓMEZ (Universidad Carlos III de Madrid)
JAVIER DORADO PORRAS (Universidad Carlos III de Madrid)
MARÍA JOSÉ FARIÑAS DULCE (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ GARCÍA AÑÓN (Universitat de València)
RICARDO GARCÍA MANRIQUE (Universitat de Barcelona)
CRISTINA GARCÍA PASCUAL (Universitat de València)
ANA GARRIGA DOMÍNGUEZ (Universidad de Vigo)
JESÚS GONZÁLEZ AMUCHASTEGUI (†) (Universidad Complutense)
RAFAEL GONZÁLEZ-TABLAS (Universidad de Sevilla)
ROBERTO JIMÉNEZ CANO (Universidad Carlos III de Madrid)
CARLOS LEMA AÑÓN (Universidad Carlos III de Madrid)
FERNANDO LLANO ALONSO (Universidad de Sevilla)
JOSÉ ANTONIO LÓPEZ GARCÍA (Universidad de Jaén)
ÁNGEL PELAYO GONZÁLEZ-TORRE (Universidad de Cantabria)
OSCAR PÉREZ DE LA FUENTE (Universidad Carlos III de Madrid)
MIGUEL ÁNGEL RAMIRO AVILÉS (Universidad de Alcalá)
ALBERTO DEL REAL ALCALÁ (Universidad de Jaén)
JOSÉ LUIS REY PÉREZ (Universidad Pontificia de Comillas)
SILVINA RIBOTTA (Universidad Carlos III de Madrid)
JESÚS PRIMITIVO RODRÍGUEZ GONZÁLEZ (Universidad Rey Juan Carlos)
MARÍA EUGENIA RODRÍGUEZ PALOP (Universidad Carlos III de Madrid)
JOSÉ MANUEL RODRÍGUEZ URIBES (Universidad Carlos III de Madrid)
MARIO RUIZ SANZ (†) (Universitat Rovira i Virgili)
RAMÓN RUIZ RUIZ (Universidad de Jaén)
OLGA SÁNCHEZ MARTÍNEZ (Universidad de Cantabria)
JAVIER SANTAMARÍA IBEAS (Universidad de Burgos)
ÁNGELES SOLANES CORELLA (Universitat de València)
JOSÉ IGNACIO DEL SOLAR CAYÓN (Universidad de Cantabria)

Sentido de la Revista

Derechos y Libertades es la revista semestral que publica el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid. Forma parte, junto con las colecciones *Cuadernos Bartolomé de las Casas*, *Traducciones y Debates* de las publicaciones del Instituto.

La finalidad de *Derechos y Libertades* es constituir un foro de discusión y análisis en relación con los problemas teóricos y prácticos de los derechos humanos, desde las diversas perspectivas a través de las cuales éstos pueden ser analizados, entre las cuales sobresale la filosófico-jurídica. En este sentido, la revista también pretende ser un medio a través del cual se refleje la discusión contemporánea en el ámbito de la Filosofía del Derecho y de la Filosofía Política.

Derechos y Libertades se presenta al mismo tiempo como medio de expresión y publicación de las principales actividades e investigaciones que se desarrollan en el seno del Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas.

ÍNDICE

Nota del Director	11
--------------------------------	----

ARTÍCULOS

Argumentos contra la tortura. La definición de tortura, el Estado de Derecho y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos	17
<i>Arguments against torture. Definition of torture, democracy, and European Court of Human Rights</i>	

MARINA LALATTA COSTERBOSA

Modos y formas de la esclavitud contemporánea	35
<i>Modes and forms of contemporary slavery</i>	

THOMAS CASADEI

Cuestión migratoria y descubrimiento del otro	63
<i>Migratory question and discovery of the other</i>	

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

El tráfico mundial de órganos: comercialidad del cuerpo humano y prácticas de desigualdad	97
<i>Global organ trafficking: commerciality of the human body and inequality practices</i>	

VALERIA GIORDANO

- Los derechos de las víctimas de violencia de género:
las relaciones de los agresores con sus hijos121**
*The rights of victims of gender violence:
the aggressor's relationships with their children*
TERESA PICONTO NOVALES
- El realismo jurídico americano. Perspectivas de reconstrucción
y nuevas trayectorias interpretativas157**
American legal realism. New perspectives and interpretations
VALERIA MARZOCCO
- Reflexiones actuales sobre libertad y autonomía:
la convergencia de capacidad, reciprocidad y relación..... 177**
*Current reflections on freedom and autonomy:
the convergence of capacity, reciprocity and relationship*
CRISTINA MONEREO ATIENZA
- Subjetivismo ético y objeción de conciencia205**
Ethical subjectivism and conscientious objection
FRANCESCO BIONDO
- El derecho (fundamental) a constituir una familia.
El "estado del arte" en Italia, a la luz del ordenamiento
jurídico de la Unión y del sistema CEDH.....229**
*The (fundamental) right to found a family.
The "state of the art" in Italy, in light of European law and the ECHR legal system*
ANGELO VIGLIANISI FERRARO
- Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes
razonables para su aplicación en el ámbito laboral259**
*A review of the concepts of accessibility, supports and
reasonable accommodation for their application in labor relations*
JOSÉ LUIS REY PÉREZ

El compromiso con la transparencia. Especial referencia a la realidad gallega	285
<i>The commitment to transparency. Special reference to the Galician reality</i>	

MILAGROS OTERO PARGA

RECENSIONES

CONTRERAS MAZARÍO, José María, <i>¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política</i>	321
OSCAR CELADOR ANGÓN	

José Antonio GARCÍA SÁEZ, <i>Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional</i>	331
RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ	

Fernando LLANO ALONSO, <i>El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón</i>	343
MICHELE ZEZZA	

NOTICIAS

Seminario “Novecento del diritto”, Dipartimento di Giurisprudenza, <i>Università di Macerata, 23 y 24 de enero 2018</i>	355
--	-----

IV Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”, organizado por la Red Tiempo de los derechos, <i>Universidad Carlos III de Madrid, 6 y 7 de noviembre 2017</i>	358
---	-----

El Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas impulsa su Clínica Jurídica sobre discapacidad.....	361
---	-----

Participantes en este número	363
---	-----

NOTA DEL DIRECTOR

El contenido de este número 29 de “Derechos y Libertades” es expresión de la apertura y amplitud de la revista en relación con los contenidos y temáticas de los trabajos publicados. Así, en el trabajo que inaugura esta entrega, Marina Lalatta Costerbosa aborda la cuestión de la definición de la tortura. En *Argumentos contra la tortura. La definición de tortura, el Estado de Derecho y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, la profesora de la Universidad de Bolonia subraya la capacidad de la tortura a la hora de destruir a la persona a través de la aniquilación de su identidad personal. De esta forma, la tortura no se caracteriza sólo por la cantidad de sufrimiento que provoca sino por la calidad diabólica del mal que genera. La tortura, como señala la autora, es un infierno interior en miniatura. Lo anterior es razón para que los sistemas democráticos procedan al reconocimiento social y jurídico de esta naturaleza de la tortura.

De la misma manera que en nuestros días asistimos a un retorno de la tortura, de la discusión sobre la misma y de las propuestas justificatorias, Thomas Casadei nos habla de otro retorno, en este caso el de la esclavitud. En *Modos y formas de la esclavitud contemporánea*, señala con razón que la esclavitud es un fenómeno que vuelve de manera constante en la historia de la humanidad, si bien con perfiles nuevos. El profesor de la Universidad de Modena e Reggio Emilia nos propone una reconstrucción histórico-conceptual del instituto de la esclavitud, a partir de la cual se exploran las múltiples formas de opresión y dominio que podemos identificar en nuestras sociedades.

En *Cuestión migratoria y descubrimiento del otro*, Jesús Ignacio Martínez García aborda la centralidad de la noción de alteridad en el pensamiento actual y la sensibilidad hacia la diferencia que caracteriza el mismo. En este contexto, la exigencia de hospitalidad recobra importancia. Frente al discurso basado en la mera intersubjetividad, la alteridad se manifiesta como un enfoque necesario a la hora de abordar los problemas de sociedades gobernadas por sistemas que procesan diferencias. Este planteamiento le sirve al profesor de la Universidad de Cantabria como perspectiva desde la que abordar determinados aspectos de la cuestión migratoria.

Valeria Giordano aborda una de las manifestaciones actuales de la explotación del ser humano, la constituida por el tráfico de órganos. En su trabajo *El tráfico mundial de órganos: comercialidad del cuerpo humano y prácticas de desigualdad*, identifica esta práctica en su capacidad de privar a los individuos del goce y del ejercicio de derechos fundamentales. Estamos frente a una práctica que tiene un potencial radicalizador de la desigualdad cuando se produce en el contexto de bolsas de pobreza generadas por los conflictos bélicos, por equilibrios políticos precarios y por legislaciones migratorias restrictivas. La profesora de la Universidad de Salerno analiza estas problemáticas partiendo del tema de la trata de seres humanos con la finalidad de trasplantar órganos, hasta llegar a la más amplia cuestión de la comercialidad del cuerpo humano y de la legalización del mercado.

Por desgracia, la cuestión de la violencia de género sigue siendo de actualidad. Teresa Picontó, en esta ocasión, se centra en algunos aspectos particulares en *Los derechos de las víctimas de violencia de género: las relaciones de los agresores con sus hijos*. En dicho trabajo, la profesora de la Universidad de Zaragoza parte de la constatación de que en nuestro país se están produciendo progresos a la hora de restringir el contacto y comunicación a los padres en los supuestos en los que hay violencia de género. No obstante, aún se siguen concediendo visitas y comunicación e incluso custodia compartida en los casos de divorcio o ruptura con respecto a los hijos a pesar de la prohibición contenida en el Código Civil español desde 2005. Desde las reformas legales de 2015, los menores son considerados víctimas directas de la violencia de género y por lo tanto su protección deviene un imperativo en la actuación de los poderes públicos.

Valeria Marzocco nos ofrece una reinterpretación del realismo jurídico americano partiendo del análisis de la relación que existe entre la “revuelta contra el formalismo” y las ciencias psicológicas. En *El realismo jurídico americano. Perspectivas de reconstrucción y nuevas trayectorias interpretativas* constata que, desde la interpretación de Lon Fuller, el behaviorismo psicológico parece ser, para los realistas, más una herramienta lingüística que una teoría, desde la perspectiva de la relación entre orden jurídico y orden social. En este sentido, la profesora de la Universidad Federico II de Nápoles toma en consideración la propuesta de Brian Leiter, según el cual la propuesta central del Realismo se basa en una jurisprudencia naturalizada. A partir de ahí, es posible considerar la contribución que el Realismo Jurídico Norteamericano ha ofrecido a la teoría jurídica.

En *Reflexiones actuales sobre libertad y autonomía: la convergencia de capacidad, reciprocidad y relacionalidad*, Cristina Monereo nos propone la incorporación de nuevas dimensiones al concepto de dignidad, de manera que se proceda a una reformulación conjunta de los valores liberales. La profesora de la Universidad de Málaga aborda la cuestión en términos de equilibrio entre la dimensión individual y social, sugiriendo que para poder reconducir un diálogo interno y social sobre uno de esos valores, el de libertad, se requiere entender que los individuos no fraguan una idea del bien y la vida buena de manera autosuficiente. De ahí el vínculo entre libertad y autonomía relacional.

Por su parte, Angelo Viglianisi Ferraro, profesor en la Universidad "Mediterranea" de Reggio Calabria en el trabajo *El derecho (fundamental) a constituir una familia. El "estado del arte" en Italia, a la luz del ordenamiento jurídico de la Unión y del sistema CEDH*, analiza el desarrollo del derecho a constituir una familia en Italia, tomando en consideración el relevante papel que tanto la normativa comunitaria como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos han desarrollado al respecto.

En *Una revisión de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables para su aplicación en el ámbito laboral*, José Luis Rey Pérez aborda el significado de tres conceptos clave en la Convención de los derechos de las personas con discapacidad, como son la accesibilidad, los apoyos y los ajustes razonables, en el contexto de las relaciones laborales y en particular de un derecho tan importante para la integración social como el derecho al trabajo. El profesor de la Universidad de Comillas defiende la tesis de la necesaria reformulación de estos conceptos en el ámbito laboral, procediendo a una diferenciación. Es esta diferenciación la que puede permitir una mayor operatividad de cada uno de los tres conceptos.

La aportación de la profesora Milagros Otero, *El compromiso con la transparencia. Especial referencia a la realidad gallega*, cierra la sección de artículos de este número. En el mismo se analiza el significado de la transparencia como un valor fundamental en el Estado de Derecho. Dicho derecho vertebrará las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. Esa es la razón de la elaboración de normativa, estatal y autonómica, que tiene por objeto regular la transparencia y el buen gobierno. La profesora de Santiago se centra en esta ocasión en la experiencia de la Comunidad Autónoma de Galicia.

Como es habitual, las secciones referidas a las recensiones y a las noticias cierran este número 39 de Derechos y Libertades, que esperamos sea de interés para el lector.

Por último, quiero tener unas palabras de recuerdo para Mario Ruiz, profesor titular de Filosofía del Derecho de la Universidad Rovira i Virgili y miembro del Consejo de Redacción de "Derechos y Libertades". Mario, que colaboró en la docencia del área de Filosofía del Derecho de nuestra Universidad y participó en los cursos de postgrado del Instituto Bartolomé de las Casas, siempre nos regaló su proximidad, su alegría y su provocación. Continuó el trabajo de Javier de Lucas y de María José Añón en la dirección del Anuario de Filosofía del Derecho, contribuyendo a elevar la calidad de la revista. Recuerdo las innumerables conversaciones sobre la mejor manera de gestionar las revistas de las que cada uno éramos responsables. Su ausencia nos pesa mucho a todos los que hemos tenido la fortuna de conocerle.

FRANCISCO JAVIER ANSUÁTEGUI ROIG
Director

ARTÍCULOS

**ARGUMENTOS CONTRA LA TORTURA
LA DEFINICIÓN DE TORTURA, EL ESTADO DE DERECHO
Y EL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS**

*ARGUMENTS AGAINST TORTURE.
DEFINITION OF TORTURE, DEMOCRACY,
AND EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS*

MARINA LALATTA COSTERBOSA
Università di Bologna

Fecha de recepción: 12-4-17
Fecha de aceptación: 27-4-17

Resumen: *Este artículo se centra en el delito de tortura, a partir de una definición adecuada de tortura, con especial atención a su perfil socio-psicológico. La tortura es un sistema de destrucción de una persona a través de la aniquilación de su identidad personal. Se caracteriza no solo por la cantidad de sufrimiento que provoca sino por la calidad diabólica del mal que genera. La autora ofrece una imagen de tortura que se puede comparar con un infierno interior en miniatura. Por esta razón, en democracia, el reconocimiento social y jurídico de esta naturaleza de la tortura es una respuesta necesaria a las víctimas de tal crimen de lesa humanidad.*

Abstract: *This paper focuses on the crime of torture, starting from an adequate definition of torture with particular regard to its socio-psychological profile. Torture is a system for destruction of a person through the annihilation of its personal identity. It is characterized not only by the quantity of suffering it provokes, but for the diabolical quality of evil it generates. The author offers an image of torture that can be compared with an inner hell in miniature. For this reason, in democracy, the social and juridical recognition of this very nature of torture is a necessary response to victims of such a crime against humanity.*

Palabras clave: dignidad humana, tortura, mal, democracia, identidad personal
Keywords: human dignity, torture, evil, democracy, personal identity

1. INTRODUCCIÓN

La presente reflexión sobre la tortura presenta una estructura en cuatro apartados. En primer lugar, se tratará de ofrecer una definición adecuada de tortura, haciendo hincapié en su perfil psicosocial. En segundo lugar, concretamente en relación a la definición de tortura como crimen extremo, se subrayará, por un lado, el papel fundamental de la identidad personal que la tortura intenta destruir y, por otro, la importancia de entender esta estrategia de destrucción psicológica de la personalidad para hacer justicia a las víctimas.

Este objetivo necesita una solución social y pública, porque este peculiar tipo de daño es también social y público. Esto significa que debemos condenar cualquier intento de legalización de la tortura o que justifique su aplicación, y promover su reconocimiento como un delito penal específico en todos los Estados democráticos. Lo desarrollaremos en el tercer apartado. Además, en este ensayo mostraremos cómo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede llegar a representar un ámbito judicial clave para la justicia en los diferentes Estados que, aún hoy, siguen sin tipificar la tortura como delito en sus Códigos penales, contraviniendo con ello la Convención contra la tortura y, en especial, el artículo 4 de la misma, en el que se requiere que todo Estado Parte vele por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal. Desde esta perspectiva, nos referiremos a algunos casos recientes de tortura en Italia.

2. UNA DEFINICIÓN INICIAL DE TORTURA

Es muy difícil definir la tortura. Por lo general, se define como el sufrimiento físico o psicológico grave que se inflige de manera deliberada a una persona que se encuentra físicamente retenida. En este sentido, encontramos una definición paradigmática de tortura en la *Declaración sobre la Protección de Todas las Personas contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes* (1975) o en la posterior *Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes* (1984), donde se incluye la discriminación entre las motivaciones de la tortura. El Artículo 1 de esta Convención define la tortura como “todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de casti-

garla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia. No se considerarán torturas los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a estas”.

Esta es una buena definición, fundamental desde el punto de vista moral y jurídico, a pesar de que este tipo de definiciones insiste en la crueldad del sufrimiento en lugar de en el poder de destrucción de la identidad de la víctima. La intencionalidad de infligir un daño queda, por tanto, en un segundo plano. En este sentido, estamos de acuerdo con la percepción de Sussman: “Desde el punto de vista moral, hay algo especial en la tortura que la distingue de los otros tipos de violencia”¹, porque “lleva a la víctima al punto de conspirar contra sí misma por medio de sus propios afectos y emociones, por lo que, al mismo tiempo, se siente impotente pero aún así cómplice activo de su propia violación”²; porque “no solo traduce el valor [...] que representa la dignidad al tratar al sujeto como un mero medio” (por usar el léxico kantiano); “implica una perversión deliberada de ese mismo valor, volviendo nuestra dignidad contra sí misma de una forma que es especialmente ofensiva para cualquier moralidad que la honre”³. Pero no estamos de acuerdo con la idea de que la tortura sea “moralmente *más* ofensiva”⁴ (la cursiva es nuestra). Es importante para nosotros excluir cualquier tipo de comparación o competición moral, ya que puede suponer el riesgo de adentrarse en un terreno muy resbaladizo, y no tendría sentido. Simplemente intentamos definir la tortura y condenarla por completo.

El propio título de la Convención compara la tortura con los tratos inhumanos y degradantes. Esto es apropiado desde la perspectiva de una condena general de la violación de la dignidad humana, pero es importante mantener las diferencias en el nivel teórico de la reflexión. En este nivel, las diferencias son fundamentales para que las legislaciones puedan avanzar en

¹ D. SUSSMAN, “What’s Wrong with Torture?”, *Philosophy & Public Affairs*, núm 33 vol. 1, 2005, p. 3.

² Id., p. 19.

³ *Ibid.*

⁴ Id., p. 3.

este campo concreto, pero no tienen nada que ver con la jerarquía de delitos o violaciones de los derechos humanos, sino con nuestro intento de elaborar un argumento nuevo, más fuerte, contra la tortura.

Este es nuestro objetivo. Y una buena definición constituye un primer paso indispensable. Por ello, no olvidamos que en el debate actual sobre la tortura se utilizan con frecuencia definiciones instrumentales de la misma para denominar de una forma más aceptable algunos tratos que, de hecho, equivalen perfectamente a tortura, para legitimar lo que está prohibido por ley. En concreto, las definiciones basadas en criterios cuantitativos son muy escurridizas y pueden usarse para permitir, por ejemplo, graves torturas psicológicas, haciendo que el umbral de tolerancia se sitúe cada vez más abajo. Además, este umbral es intrínsecamente discrecional y está orientado hacia el poder institucional.

Si queremos llegar a una definición más prudente y apropiada de tortura, tenemos que combinar dos elementos diferentes, la intensidad del sufrimiento y la intencionalidad del daño infligido. Debemos concentrarnos en dos elementos al mismo tiempo, el torturado y el torturador.

La tortura supone un sufrimiento intenso que es presentado como un sinsentido (y por esta razón se vuelve más insoportable, si es posible). Sin embargo, tiene un fin preciso: alterar la personalidad del ser humano. Desde esta perspectiva, el trauma de la tortura es un trauma concreto que no puede ser reducido a cualquier tipo de trauma general.

No centramos nuestra atención en la definición clínica de trauma que corresponde al TEPT (*Trastorno de estrés postraumático*), sino que analizamos sus elementos constitutivos con relación a todo el sistema de la tortura.

En este último contexto, 'trauma' significa síndrome o patología, pero con una característica fundamental: es producido por los seres humanos intencionadamente. Es un síndrome causado por la violencia deliberada de los seres humanos con la intención de destruir, aniquilar o devastar de manera definitiva a otros seres humanos⁵.

Es una definición rica, pero insuficiente. Debemos tener cuidado al usar el concepto de trauma y su terminología ya que puede minimizar y simplificar la culpa y las responsabilidades.

⁵ R. BENEDUCE, *Archeologia del trauma. Antropologia del sottosuolo*, Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 20-21.

El término 'trauma' tiene un límite constitutivo, es incapaz de describir un mal tan extremo y profundo. Nos encontramos frente a cierta vaguedad expresiva y cognitiva que debemos poner de manifiesto, ya que centrarse en la sintomatología elude la etiología crucial: la intencionalidad de la violencia extrema, que perturba a los seres humanos⁶. "Hablar de 'trauma' despierta nuestro interés con respecto al cuerpo y la mente devastados en lugar de considerar el origen, la razón etiológica del sufrimiento. Del uso generalizado de 'trauma' surge una anestesia moral y política que llega a ser más peligrosa si presupone una condición biológica y psicológica común, un proceso perturbador común, incluso cuando las víctimas no comparten cultura, biografía, condiciones sociales o estatus económico"⁷. La indiferencia hacia un significado social y cultural diferente del sufrimiento es aún más evidente cuando las causalidades naturales, casuales o humanas se superponen, generando confusión y errores. La diferencia entre situaciones traumáticas concretas es tan relevante, que si la ignoramos o la subestimamos ya no podremos distinguir otros fenómenos que no estén relacionados. No es una posición neutral, porque esconde una diferencia moral fundamental, la de las responsabilidades morales, pero en este ámbito la culpa moral es parte del trauma en sí mismo. Es evidente que si hablamos de trauma para referirnos a un niño maltratado, a las víctimas de un accidente de tren, a los supervivientes de un desastre natural o a las víctimas de las atrocidades de una guerra, preferimos ocultar algunos aspectos para protegernos de una angustia insoportable⁸.

Sólo si partimos de estas premisas podremos continuar nuestro análisis utilizando el concepto de trauma con referencia a la tortura. En concreto, en el siguiente apartado, vamos a definir la tortura como un 'trauma social'.

3. LA TORTURA DESDE UN PUNTO DE VISTA PSICOSOCIAL

La tortura provoca un tipo particular de trauma debido a su valor transindividual, social y público. El esquema de pensamiento de una víctima de la tortura se desintegra, y de este se borran algunos requisitos previos como la reflexión, la autorreflexión o la visión interior de uno mismo, que sirve

⁶ Id., p. 30. Véase también C. CARUTH (ed.), *Trauma. Explorations in Memory*, Johns Hopkins University Press, Baltimore, 1995.

⁷ R. BENEDUCE, *Archeología del trauma*, cit., p. 32-33.

⁸ Id., p. 85.

también para ver a los demás como interlocutores similares y homólogos en este despliegue de la razón⁹.

La tortura es un *sistema* capaz de romper la comunicación y cualquier posibilidad de reconocimiento del Otro. Un *sistema* basado en un mecanismo que hace posible que seres humanos sin patologías sean capaces de torturar a otros seres humanos. Un mecanismo concebido como un entrenamiento específico, o mejor dicho, una iniciación completa que reproduce temporalmente las técnicas de la tortura: el aislamiento, la manipulación y la reprogramación de la identidad de las víctimas. Robert J. Lifton, famoso por su importante monografía sobre los médicos nazis, pero también por sus actividades en el campo de la psiquiatría en la Harvard Medical School de Boston, señala este marco complejo y ordenado de la tortura. Nos habla de “situaciones que provocan atrocidades”, que inducen a los médicos, y en un ámbito más general a algunos empleados de la sanidad, a “socializar” con la tortura. Una condición que, por medio de la participación de los médicos, parece legítima, como si su autoridad profesional se trasladara al esquema de la tortura. Pero Lifton también destaca el papel de todo el sistema de “producción de atrocidades”, que tiene el poder de hacer que la “gente corriente” sea cómplice y coopere con el mal más terrible¹⁰. “Un torturador no nace sino que se hace”, nos recuerda Françoise Sironi. Desde 1945 hasta la actualidad, las investigaciones sobre las personalidades de los agentes de la violencia colectiva muestran una ausencia de psicopatología, una gran capacidad de adaptación y una gran habilidad de obedecer. Esta capacidad de obedecer, también necesidad, se basa en el miedo y en un enorme deseo de sentirse considerados, queridos y elogiados por sus jefes. La imagen del jefe se presenta como la de un padre ideal que inspira temor¹¹.

Aquellos que participan en los programas de iniciación a la tortura provienen de grupos marginales de la sociedad, aunque creen que son elegidos por su valentía, valor, etc.¹² “Para poder torturar, violar y matar por razones políticas, hay que deshumanizar antes a la víctima. La deshumanización de la víctima supone primero una deshumanización del acosador, del agente

⁹ F. SIRONI, *Bourreaux et victims. Psychologie de la torture*, Odile Jacob, París, 1999.

¹⁰ R. J. LIFTON, “Doctors and Torture”, *The New England Journal of Medicine*, núm 351 vol. 5, 2004, p. 416. Véase también M. A. COSTANZO y E. GERRITY, “The Effects and Effectiveness of Using Torture as an Interrogation Device. Using Research to Inform the Policy Debate”, *Social Issue and Policy Review*, núm 3 vol. 1, 2009, pp. 179-210.

¹¹ F. SIRONI, *Bourreaux et victims*, cit., p. 5.

¹² Ibid.

de la violencia colectiva. Su capacidad para empatizar debe ser destruida. La empatía es la capacidad de pensar los pensamientos de los otros. Es la habilidad de proyectar, de ponerse en el lugar del otro, de poder sentir los sentimientos de los demás”¹³. No hace falta utilizar esta sensibilidad de forma virtuosa. Debemos recordar que es necesario no confundir sentimientos morales como simpatía y empatía, que es un requisito esencial para activar el deber moral, aunque no constituya una garantía suficiente para hacerlo¹⁴. Sin embargo, es fundamental una identidad personal que esté en consonancia con el otro, porque puede permitir el flujo de sensaciones. Así que para detener este flujo es necesario destruir la identidad personal. Sin identidad también se niega la posibilidad de empatía. Para ponerse en la perspectiva del otro debe existir en mí un Yo organizado e intacto. “La condición necesaria para ser empático es poseer una identidad propia. Captar lo que percibe el otro supone tener conciencia de la propia singularidad. El torturador es un instrumento político destinado a producir deshumanización. Por esta razón, su capacidad para empatizar debe ser interrumpida o destruida”¹⁵.

4. LA TORTURA COMO MAL DELIBERADO

Entonces, a la luz de estas consideraciones, es pertinente preguntar: ¿qué significa realmente la palabra ‘tortura’?

La tortura *como sistema* no es “simplemente” infligir un sufrimiento físico o psicológico intenso. La tortura es una destrucción deliberada (es decir, una destrucción buscada por el sistema) de la personalidad y la dignidad de la víctima *al* infligirle fuertes sufrimientos físicos o psicológicos. Evidentemente, el verdugo quiere causar un daño extremo al ser humano que tiene frente a sí y que está en su poder, un ser humano que es incapaz de reaccionar o de escapar, incluso de suicidarse. Y estos son los *medios* por los que deliberadamente quiere más (o por los que, como agente inconsciente,

¹³ Id., p. 6.

¹⁴ Sobre esta cuestión, véanse E. LECALDANO, *Simpatía*, Cortina, Milán, 2013; F. de WAAL, *The Age of Empathy: Nature's Lessons for a Kinder Society*, Harmony Books, Nueva York, 2009 y *Good Natured: The Origins of Right and Wrong in Humans and Other Animals*, Harvard University Press, Cambridge, 1996; C. DEAN, *The Fragility of Empathy After the Holocaust*, Cornell, Ithaca, 2004; N. EISENBERG, “Empathy and Sympathy”, en M. LEWIS y J. M. HAVILAND-JONES, *Handbook of Emotions*, Guilford, Nueva York, 2000, pp. 677-691; L. WISPÉ, *The Psychology of Sympathy*, Free Press, Nueva York, 1990.

¹⁵ F. SIRONI, *Bourreaux et victims*, cit., p. 6.

participa de un proceso aún más llamativo): aniquilar al Otro como persona por medio de la explotación de la conexión inseparable entre cuerpo-mente y el respeto por uno mismo. Con el sometimiento del cuerpo y la mente, consigo que la otra persona piense, actúe, no actúe, diga o no diga, lo que le lleva a menospreciarse y sentir interiormente el desprecio de otros seres humanos.

Resulta paradójico, pero la tortura no pretende hacer hablar a la gente, como comúnmente se cree y según las estrategias legitimadoras más extendidas. Al contrario, la tortura pretende hacer callar para siempre¹⁶. No es casualidad que las víctimas de la tortura, al ser entrevistadas por los terapeutas, mantengan de manera recurrente que lo que más les sigue hiriendo o atormentando no es el dolor que sintieron, que no se puede imaginar (un dolor que ha de ser inimaginable, que ha de ser capaz de servir como instrumento, como medio, para la destrucción de una persona), sino la espera de nuevos tormentos, los ruidos, los gritos procedentes de la agonía de otras personas y, también –y no con poca frecuencia–, las caras “amistositas” de los torturadores una vez terminado el momento del “trato”. Todo esto surge frío y claro de los diversos y dramáticos testimonios de las personas torturadas, que pueden hacernos recordar la idea de la “identificación con el agresor”, teorizada por el psicoterapeuta húngaro Sándor Ferenczi¹⁷. La víctima es la única que se equivoca; esta es la mentira que a veces utiliza el torturador para destruirla por completo.

“Quizá el aspecto psicológico más dramático de la tortura”¹⁸ esté relacionado con el hecho de que “el sufrimiento físico, la privación sensorial, la alternancia deliberadamente planificada entre una violencia impensable y momentos de ‘simpatía’ son utilizados para inducir una situación de catástrofe emocional y cognitiva en las personas que los sufren”. En este estado de aislamiento e incertidumbre, mientras que está haciendo frente al chantaje y la violencia, la persona torturada puede caer en una condición de profunda regresión, donde la única solución es una relación simbiótica con el entorno persecutorio. De esta forma, pierde la libertad de odiar a sus verdugos y puede llegar incluso a identificarse con ellos¹⁹.

¹⁶ M. VIÑAR, “Specificità della tortura come trauma. Il deserto umano quando le parole si estinguono”, *Rivista di psicoanalisi*, núm 2, 2005, pp. 15-16.

¹⁷ S. AMATI SAS, “Qualche riflessione sulla tortura per introdurre una discussione psicoanalitica”, *Rivista di psicoanalisi*, núm 3, 1977, pp. 461-478.

¹⁸ G. VETRONI y Ch. BERTI, “Problemi del trattamento psicoterapeutico di vittime della repressione dittatoriale”, *Psicoterapia e scienze umane*, núm 3, 1991, p. 65.

¹⁹ Íd., pp. 65 y 67. Véase también S. AMATI SAS, “Qualche riflessione sulla tortura”, cit.

Además, observar una violencia que va más allá de la tolerancia humana, o de las normas morales universales, contribuye a la destrucción de la identidad personal, porque pone de manifiesto el menosprecio por esas normas, su falta de fundamento y su impotencia.

Por lo tanto, no es casual que a la pregunta “¿Qué te ha pasado?”, o “¿qué te han hecho?”, la respuesta sea con frecuencia una risa, algunas palabras confusas y aparentemente irrelevantes, o silencio. Es ahí donde la tortura ha conseguido el efecto esperado: ha silenciado a la víctima para siempre. No tiene nada que ver con la represión o con la intención de mantener a alguien en silencio. Se ha creado un vacío en el interior, se han aniquilado las condiciones necesarias para la comunicación, se han comprometido las posibilidades de relación con el Otro, se ha inhibido el clima de confianza.

Esto también puede deducirse de la peculiar experiencia terapéutica con víctimas de la tortura. Si la tortura rompe la conexión con el Otro, cualquier relación con el Otro implica directamente el daño sufrido, y hace que la terapia sea especialmente difícil en lo que respecta a la relación con el terapeuta. Los pacientes víctimas de la tortura repiten la experiencia de estar en ‘manos de alguien’²⁰. Esto también lo confirma el caso de Pedro Grosz, un analista argentino que trabaja en Suiza, y su paciente Mabel, una niña argentina de unos ocho años, víctima de una situación de tortura que terminó con la muerte de sus padres ante sus ojos. Del relato de Pedro Grosz aprendemos que la primera palabra que la pequeña puede decir es: “¡Gorila!” (un epíteto utilizado en Argentina para referirse a un torturador)²¹.

Entre las víctimas de la tortura “se forma un ángulo muerto aún más impenetrable de silencio e imposibilidad de comunicación, expresado por las terribles palabras ‘no puedes saber, no puedes comprender’, repetidas miles de veces por los supervivientes de los campos de concentración nazis”²². Lo mismo que cuando Mabel grita llorando “¡Gorila!”.

“Esta incapacidad para hablar y comunicarse corre el riesgo de hacer que los tratamientos psicoterapéuticos sean imposibles”²³. Así, la especificidad

²⁰ Véase K. S. POPE, “Psychological Assessment of Torture Survivors. Essential Steps, Avoidable Errors, and Helpful Resources”, *International Journal of Law and Psychiatry*, núm 35, vol. 5-6, 2012, pp. 418-426.

²¹ P. GROSZ, “La paura nel trattamento psiconalitico. Un caso di cecità psicosomatica”, *Psicoterapia e scienze umane*, núm 3, 1991, pp. 48-56.

²² G. VETRONE y Ch. BERTI, “Problemi del trattamento psicoterapéutico”, cit., p. 72.

²³ *Íbid.*

social del trauma causado por la tortura se revela también en la dificultad concreta de prestar atenciones y una asistencia terapéutica más adecuada, ya que en situaciones de asistencia médica y psicológica, la relación con el Otro, que se presenta como un sanitario, es precisamente lo que se valora.

En definitiva, una buena definición de tortura debe ocupar su lugar dentro de esta perspectiva, como fue capaz de hacer, en nuestra opinión, el psiquiatra latinoamericano Marcelo Viñar cuando afirmó que, por el término tortura debe entenderse, aparte del método utilizado, cualquier comportamiento deliberado que destruya los valores y las convicciones de la víctima, que la prive de la estructura de identidad que la define como persona²⁴.

De una manera similar, Sironi describe la construcción del trauma causado por la tortura como la exposición de un sujeto a una operación deliberada de destrucción de sus mecanismos de protección, al romper las conexiones permanentes entre las dinámicas psicológicas y los universos referenciales²⁵.

En concreto, y planteando esta idea en términos de pérdida de confianza en la humanidad, Jean Améry dijo algo parecido antes de suicidarse, cuando pensaba en su vida en Auschwitz: “¿Qué es, en última instancia, la dignidad? [...] La dignidad, ya sea la dignidad de un cargo público, sea la dignidad profesional o más genéricamente la del ciudadano, solo puede otorgarla la sociedad, y la reivindicación que elevamos exclusivamente en el fuero interno individual (“¡Yo soy un hombre y en cuanto tal poseo mi dignidad, por mucho que digáis o hagáis!”) es mero juego intelectual o ilusión. Sin embargo, asumiendo su destino y al mismo tiempo rebelándose contra él, el ser humano humillado, amenazado de muerte –y aquí violamos la lógica de la condena definitiva– puede convencer a la sociedad de su valor”²⁶. Ya en los años treinta, Ferenczi había planteado algunas cuestiones en este sentido, empezando por su experiencia como jefe del hospital dedicado al cuidado de veteranos traumatizados. Según él, una vez que se ha sufrido el daño, la confianza en uno mismo y en los demás equivale a la pérdida de confianza en el mundo y en la vida.

²⁴ Véase M. VIÑAR, “Pedro o la demolición: una mirada psicoanalítica sobre la tortura”, en Colectivo Chileno de Trabajo Psicosocial, *Crisis política y daño psicológico. Lecturas de psicología y política*, Santiago de Chile, vol. 2, 1983.

²⁵ F. SIRONI, *Bourreaux et victims*, cit.

²⁶ J. AMÉRY, *Más allá de la culpa y la expiación. Tentativas de superación de una víctima de la violencia*, Pre-Textos, Valencia, 2013, pp. 176-177.

5. UN PANORAMA DE AISLAMIENTO INTERIOR

Explicar la dignidad en términos de confianza –tal como Améry nos invita a hacer explícitamente– significa proponer una idea de humanidad que implique de manera esencial tanto una dimensión *racional* como un destino *racional*. La dimensión racional es tan importante para nuestra dignidad que para destruirla “basta” con romper la comunicación y los condicionamientos sociales (Mabel se vuelve ciega porque no “ve” ese recuerdo intolerable que es la tortura de sus padres). Alienado interiormente el Yo, la identidad personal es destruida y, con ella, la dignidad y el ser humano. Cuando se recuperen los condicionamientos sociales, se recuperará también la propia identidad, que depende en parte del reconocimiento de los otros. Se inicia un camino de renacimiento y recuperación del respeto por uno mismo. Lo que les pasa a las víctimas de la tortura puede mostrar en ese caso y de ese modo –digamos de manera accidental–, una prueba empírica y trágica de la plausibilidad referente a aquellas teorías sobre los hombres y su autonomía relacional, desde Aristóteles hasta Habermas.

Pero ¿cómo se puede llegar a este terrible resultado a través de un mayor sometimiento al sufrimiento? Todo depende del hecho de que en la tortura (la tortura como sistema, debemos recordarlo, porque es importante desde el punto de vista moral e individual, pero no desde el punto de vista político o colectivo, si cada uno de los jugadores lo entiende y lo sabe), el sometimiento extremo al sufrimiento es clara y abiertamente *intencional* –recordemos las humillaciones sádicas y los tormentos que, en apariencia, no tienen ningún fundamento. La idea de que un ser humano quiera herirnos es un pensamiento tan espantoso, que levanta un muro entre quien lo cree y quien crea el pensamiento. No se trata sólo de los tormentos, que pueden olvidarse o relatare, sino de su intencionalidad; es la visión de un hombre, o de más de un hombre, que persigue la aniquilación de nuestra personalidad como objetivo de sus acciones. Este es el elemento que conduce al shock, que bloquea, por dentro y por fuera, y que suele ser tan eficaz que consigue que la víctima sea incapaz de vivir su propia historia de vida. Aniquilar es intuir (con golpes y sangre) que nada de lo que está pasando en una habitación donde se tortura es accidental. La parte deshumanizadora de la tortura no solo se produce por el sufrimiento inhumano o intolerable, o por la falta de humanidad del torturador, sino también por la pérdida de humanidad de las víctimas. Las víctimas de la tortura sufren un daño psicológico que se hace evidente en la

pérdida del respeto por uno mismo²⁷. Pueden inducirnos –a través de una reacción no condicionada a ese sufrimiento cruel, que insensibiliza, humilla, hace “cobardes”, “traidores”, “ladrones”, “egoístas”, etc.– a llevar a cabo acciones o a formular pensamientos contrarios a nuestros valores, a nuestros bienes básicos o a nuestros seres queridos, convirtiéndonos entonces en testigos conscientes y, paradójicamente, “conscientemente” conscientes.

Hemos dicho que la acción del torturador también es inhumana. Pero no sólo eso, sino que parece incluso antinatural. No todos somos torturadores, uno no puede actuar como torturador, como hemos comentado con anterioridad; y probablemente no podamos convertirnos en torturadores. Para hacerlo, es necesario entrenarse, y hacerlo duramente. Quien elige empezar un programa exclusivo de entrenamiento, vuelve transformado y preparado para acometer un deber terrible. Lo más sorprendente es que el camino del entrenamiento muestra –en una estrecha dimensión temporal– la misma dinámica de destrucción de la identidad que tiene lugar cuando se tortura. Esto es una prueba del duro mecanismo que, quebrantando e hiriendo a los seres humanos, produce todo tipo de crueldades. No existen circunstancias atenuantes para los torturadores que puedan abstenerse de una acción infame, que puedan rechazar la propuesta de contribuir a ella; no existen circunstancias atenuantes para un sistema que destruya la dignidad de las personas implicadas²⁸.

Por tanto, para redimir a las personas torturadas de los efectos de esta situación extrema es necesario evaluar las preocupantes consecuencias (la ruptura total de la confianza en uno mismo y en los demás) de una intencionalidad depravada, causa de la aniquilación física de las víctimas. La posibilidad real de su rescate está relacionada con la recuperación de los condicionamientos sociales rotos y la rehabilitación de su reconocimiento social.

6. LA NECESIDAD DE RECONOCIMIENTO SOCIAL Y JURÍDICO

Si la reconstrucción del reconocimiento social de la víctima corresponde a la recuperación de su dignidad, es necesario rechazar una vez más cual-

²⁷ A. ZAMPERINI y M. MENEGATTO, *Violenza e democrazia. Psicologia della coercizione: torture, abusi, ingiustizie*, Mimesis, Milán-Udine, 2016, p. 52 y ss.

²⁸ Véanse R. ESCOBAR, *Il silenzio dei persecutori ovvero il coraggio di Sharazàd*, il Mulino, Bolonia, 2001; y M. LALATTA COSTERBOSA, *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo*, DeriveApprodi, Roma, 2016, cap. 5.

quier hipótesis que plantee la legalización de la tortura. Esto intentaría hacer compatible con la democracia algo que nada tiene que ver con ella.

Cuando hablamos de “democracia” entendemos, por lo general, un gobierno de la mayoría, un gobierno representativo y un Estado de derecho. Pero, una vez más, estos tres principios no guardan relación con una sociedad política bien definida, con su base normativa. En este sentido, podemos hablar de democracia como forma de gobierno, pero nada más. Pero la democracia es más que esto. Básicamente tiene que ver con el principio de autonomía, con la libertad, está del lado de los individuos. Por esta razón, “la democracia, apoyada en el principio de las mayorías, necesita defenderse frente a alguna de las consecuencias de este principio”²⁹.

Los intelectuales que luchan por legalizar la tortura intentan representarla como una práctica que puede tener un rostro humano. Podría ser moderada, razonable y autorizada por una orden judicial. Pero, en realidad, sigue siendo un oxímoron insalvable³⁰.

La tesis sobre la legalización de la tortura debe ser rechazada sin condiciones porque, entre otras razones, ratifica una manifestación extrema de la injusticia. La permite y la hace irreparable. Si declaramos que la tortura es legal, estamos admitiendo implícitamente que es aceptable desde el punto de vista social. Y esto significa que comprometemos permanentemente cualquier posibilidad de restauración de las relaciones sociales quebrantadas. Perdemos para siempre la confianza y la dignidad de las víctimas.

Para restablecer la justicia, es necesaria una declaración pública contra la tortura como práctica incompatible con la democracia y la comunidad civil. La compensación tiene que ser fundamentalmente social, pública y jurídica contra cualquier tipo de argumentación que pretenda legalizarla. Es un requisito mínimo para cualquier intento de rehabilitación de las personas torturadas, es decir, para restaurar la justicia.

²⁹ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Razón y voluntad en el Estado de Derecho. Un enfoque filosófico-jurídico*, Dykinson, Madrid, 2014. Véanse también S. PETRUCCIANI, *Democrazia*, Einaudi, Turín, 2014; L. FERRAJOLI, “La democrazia costituzionale e la sua crisi moderna”, *Parolechiave*, núm 43, 2010, pp. 25-60; A. FERRARA, *Democrazia e apertura*, Bruno Mondadori, Milán, 2011; M. LA TORRE y M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura? Ascesa e decline dello Stato di diritto*, il Mulino, Bolonia, 2013 (versión española, próxima publicación); S. HOLMES, “Vincoli costituzionali e paradosso della democrazia”, en G. ZAGREBELSKY, P. P. PORTINARO y J. LUTHER (eds.), *Il futuro della costituzione*, Einaudi, Turín, 1996, pp. 167-208.

³⁰ M. LA TORRE y M. LALATTA COSTERBOSA, *Legalizzare la tortura?*, cit., parte II. Véase también D. DI CESARE, *Tortura*, Bollati Boringhieri, Turín, 2016.

Pero también hay un requisito positivo. No legalizarla es el negativo, pero debemos hacer algo más en nombre de la justicia.

El requisito positivo tiene tres caras, porque tres son los elementos fundamentales de la justicia desde un punto de vista reparador: los elementos fundamentales para regenerar una humanidad que ha sido acosada. La primera tiene que ver con los Códigos penales de cada país; las otras dos, con el Derecho internacional y, más concretamente, con el Derecho europeo.

En primer lugar, es necesario reconocer jurídicamente el delito de la tortura. Es un deber jurídico para aquellos países que ratificaron la Convención contra la tortura en 1984. Muchos países, incluidos algunos países europeos, lo hicieron sin seguir los principios de procedimiento. Italia es uno de estos países, como lo son Bulgaria, Chipre, Croacia, Finlandia, Grecia, Irlanda, Lituania, Malta, República Checa y Rumanía. En concreto, el Artículo 4 de la Convención prescribe que cada Estado está obligado a reconocer el delito de la tortura en su propia legislación: "Todo Estado Parte velará por que todos los actos de tortura constituyan delitos conforme a su legislación penal". Este artículo, a veces, se interpreta en sentido amplio, como si la Convención prescribiera solo la posibilidad de condenar en general los malos tratos, los abusos, las mutilaciones, las violaciones, etc. Sin embargo, esta interpretación es cómplice de la falta de disponibilidad para introducir el delito de la tortura como un delito específico. Pero esta oposición ya no sería posible si se tomara seriamente la naturaleza interna de la tortura y la necesidad de sancionarla con un castigo concreto.

Desde un punto de vista moral y político, si defendemos el gobierno representativo y un proyecto mínimo de Estado decente que se base en el Estado de Derecho, se hace indispensable el reconocimiento jurídico del delito de tortura y de la necesidad de un programa público de rehabilitación para las víctimas.

En este sentido, también es necesario que las instituciones formulen una declaración pública de la verdad con respecto a la tortura en contextos políticos de criminalidad extrema a través de consultas e investigaciones. Es el caso de la "Comisión de la Verdad y Reconciliación", que puede ayudar a que salgan a la luz verdades difíciles y ocultas sin el poder coercitivo y el compromiso jurídico de los Tribunales de Justicia³¹.

³¹ Véase P. P. PORTINARO, *I conti con il passato. Vendetta, amnistia, giustizia*, Feltrinelli, Milán, 2010.

En la misma dirección, hacemos hincapié en la importancia de algunas instituciones como el Comité Europeo para la prevención de la tortura, y en la posibilidad legítima de presentar peticiones al Tribunal Europeo de Derechos Humanos para compensar las omisiones en las legislaciones de los diferentes países³².

Este es el argumento que vamos a considerar en la parte final del presente ensayo.

Existen numerosos casos judiciales de tortura presentados ante el Tribunal de Estrasburgo. Recordemos el caso *Selmouni c. Francia* (1991) y el caso *Farbuths c. Letonia*, pero también, más recientemente, el caso *El-Masri c. Macedonia* (2012) sobre las “entregas extraordinarias”, y el caso *Torreggiani c. Italia*. En este último, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia en enero de 2013 por la violación del artículo 3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Este artículo recoge la “Prohibición de la tortura” y prescribe que “nadie podrá ser sometido a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes”³³.

Siete personas fueron retenidas en dos prisiones del norte de Italia (Piacenza y Busto Arsizio). Las condiciones de la detención fueron consideradas infrahumanas y degradantes, comparables a la tortura. El tribunal consideró que esas condiciones habían sometido a estas personas a dificultades extremas y que la intensidad de su aplicación era inaceptable desde el punto de vista de los derechos humanos. En concreto, se había producido una clara violación del Artículo 3 del Convenio.

Se trataba de una sentencia piloto que sancionaba la culpabilidad de Italia debido a la degradante situación de sus prisiones, exigiéndole una restauración de las condiciones de vida en las instituciones penitenciarias, al tiempo que planteaba que el encarcelamiento no debía implicar la pérdida de los derechos fundamentales garantizados por el Convenio y, en general, por las Constituciones democráticas.

Tras diversas sentencias de condena a Italia por parte del Tribunal de Estrasburgo por la tortura en las cárceles el país ha continuado siendo objeto de denuncias por este tipo de hechos: son flagrantes sobre todas las referidas a los crímenes de Génova. El 7 de abril de 2015, en la sentencia *Cestaro*, el

³² P. BOURDIEU, “La force du droit. Eléments pour une sociologie du champ juridique”, *Actes de la recherche en sciences sociales*, núm. 64, 1986, pp. 3-19.

³³ TEDH, *Torreggiani and Others v. Italy*, núms. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 y 37818/10, 8 de enero de 2013.

Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó a Italia por los inauditos hechos violentos y las torturas llevadas a cabo por la policía y los carabinieri en la Escuela Diaz-Pertini entre el 21 y el 22 de julio de 2001. A esta sentencia le ha seguido otra, la sentencia *Bartesaghi, Gallo et alii*, de 22 de junio de 2017, promovida por 42 personas de distintas nacionalidades, que han visto reconocidas las torturas sufridas siempre en la Escuela Diaz-Pertini, en Bolzaneto; el 26 de octubre de 2017 se repite la condena a Italia por los mismos hechos en los casos *Azzolina et al.*, y *Blair et al*³⁴.

Debe recordarse la resistencia italiana a reconocer el supuesto de hecho del delito de tortura. Hasta julio de 2017 no se aprobó una modificación del Código Penal (arts. 613bis y 613ter) que, tras un decenio de intentos legislativos fallidos y con un grave e importante retraso, introduce en el ordenamiento italiano el supuesto de hecho de tortura. Pero no sólo. Tal objetivo se ha alcanzado tras encendidas polémicas, ya que se trata del fruto de un evidente compromiso que concede mucho, demasiado, a las fuerzas conservadoras y a los representantes de las fuerzas del orden. De hecho, el texto de los artículos, a juicio de muchos operadores jurídicos, también de aquellos que como magistrados estuvieron entre los protagonistas del proceso de Génova por los graves hechos criminales del G8, parece asegurar una amplia inaplicabilidad, requiriendo “agudos sufrimientos físicos o un *verificable* trauma psíquico”, que de por sí es una categoría muy discutible y discutida en el ámbito clínico, no constatable la mayoría de las ocasiones y además no necesariamente constatable en la inmediatez de los hechos; además de la reiteración, es decir que se produzcan violencias realizadas “mediante múltiples conductas” (la tortura por una vez “única”, o demostrada en un caso “solamente”, parece no entrar en el espectro criminal de la tortura para el legislador italiano). En confirmación de este escepticismo frente a la normativa italiana se ha pronunciado el Comité de Naciones Unidas contra la tortura, que ha llegado a pedir a Italia “adecuar el contenido del artículo 613-bis del Código Penal en línea con el contenido del art. 1 de la Convención, eliminando todos los elementos superfluos e identificando al autor y a los elementos motivantes o las razones para el uso de la tortura”. El Comité de expertos de Naciones Unidas está convencido de que “las discrepancias entre la defini-

³⁴ Testimonio de lo ocurrido es el libro escrito por el magistrado ROBERTO SETTEMBRE, ponente de la sentencia del Tribunal de apelación de Génova en el proceso por los sucesos de Bolzaneto: *Gridavano e piangevano. La turtura in Italia: ciò che ci insegna Bolzaneto*, Einaudi, Turin, 2014.

ción de la Convención y la incorporada en el Derecho interno crean espacios reales o potenciales para la impunidad”³⁵.

Nos encontramos frente a un caso judicial que tiene un significado simbólico para la opinión pública y los legisladores locales con respecto a la protección de los derechos humanos dentro de los Estados nacionales. En el caso concreto de Italia, se denuncia la inexcusable demora en la salvaguardia de la justicia para los presos y los detenidos. Tal vez se pueda dar algo de voz dentro del profundo silencio que envuelve a la tortura.

Los prisioneros o los ciudadanos inocentes sufren con frecuencia actos de violencia comparables a actos de tortura. Esta circunstancia no solo es injusta, sino que es una clara traición a la democracia, porque si se rodean de un halo de silencio, no podrán sanar sus heridas físicas y psíquicas. La sociedad viola para siempre su integridad humana y, por lo tanto, anula la base normativa de los derechos fundamentales.

MARINA LALATTA COSTERBOSA
Department of Philosophy and Communication
Università di Bologna
Via Zamboni 38
I - 40126 Bologna Italy
e-mail: marina.lalatta@unibo.it

³⁵ Sobre la situación italiana, renviamos a A. PROSPERI, A. DI MARTINO (eds.), *Tortura. Un seminario*, Edizioni della Normale, Pisa, 2017; por un comentario agudo y competente sobre el texto de la nueva ley italiana a A. PUGIOTTO, “Una legge sulla tortura, non contro la tortura. Riflessioni costituzionali suggerite dalla l. n. 110 del 2017”, *Quaderni costituzionali*, núm. 2, 2018, pp. 389 ss.

MODOS Y FORMAS DE LA ESCLAVITUD CONTEMPORÁNEA*

MODES AND FORMS OF CONTEMPORARY SLAVERY

THOMAS CASADEI**

Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia

Fecha de recepción: 15-4-17

Fecha de aceptación: 24-7-17

Resumen: *Aunque cambiando de aspecto a lo largo del tiempo, la esclavitud es un fenómeno que vuelve de manera constante en la historia de la humanidad. A partir de una reconstrucción histórico-conceptual de la institución de la esclavitud, el ensayo intenta mapear las múltiples formas de opresión y dominio que, en el contexto contemporáneo, pueden comprenderse recurriendo a esta categoría. Un aspecto relevante, en el contexto de las esclavitudes contemporáneas, consiste en el hecho de que seres humanos, considerados como “corps d’exception” y “vidas desechables”, se encuentran enjaulados en formas de subyugación que implican la confisca y la segregación del cuerpo, en la más completa violación de todo derecho. Esto hace decisivo legitimar y practicar un nuevo abolicionismo, porque la esclavitud – no obstante haya sido abolida a nivel jurídico – existe, se expande y parece tener un grande “porvenir”.*

Abstract: *In the history of humanity, slavery is a phenomenon that returns constantly, albeit in different guises. Beginning with a historical and conceptual reconstruction of the institution of slavery, this essay maps the various forms of oppression and domination that this institution may take in the contemporary context. In the context of contemporary slavery, an important aspect is the fact that human beings, which are seen as “corps d’exception” and “disposable lives,”*

* El presente ensayo es una revisión del paper presentado el 19 de Enero de 2017 en el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad “Carlos III” de Madrid. Agradezco a Francisco Javier Ansuátegui Roig, Rafael de Asís, María del Carmen Barranco Avilés y Patricia Cuenca por la invitación y la cálida acogida.

Un agradecimiento, por sus valiosas sugerencias y por sus comentarios al texto, también a Luca Baccelli, Alessandro Di Rosa, Valeria Marzocco, Lorenzo Milazzo, Serena Vantin, Gianmaria Zamagni.

** Traducción de Alessandro Di Rosa y Mónica Granell.

find themselves imprisoned in forms of subjugation that involve the removal and segregation of bodies in complete violation of all rights. This makes it imperative to legitimate and practice a new abolitionism, since slavery exists and is expanding – despite its abolition on a legal level – and seems poised to have a big “future.”

Palabras clave: esclavitud, vulnerabilidad, *corps d’exception*, abolicionismo
Keywords: slavery, vulnerability, *corps d’exception*, abolitionism

PREMISAS

La cuestión de la esclavitud puede ser abordada bajo distintas perspectivas: a través de la investigación histórica (recurriendo sus distintas fases con referencia a los distintos contextos), del rastreo teórico-jurídico (que ha sido durante mucho tiempo un instituto-eje de los ordenamientos y de las estructuras institucionales) y del examen de sus configuraciones inéditas (conectadas con nuevos sistemas de control y subyugación, y que para ser entendidas demandan el uso de instrumentos de naturaleza ante todo sociológica).

Lo que este trabajo trata de llevar al cabo es en primer lugar una reconstrucción, de eje jusfilosófico, de la noción de esclavitud, a partir de algunas reflexiones fundamentales de Bartolomé de las Casas, esclavista convencido antes y ferviente abolicionista después (§ 1). A continuación, se examinará la manera en que la condición de la esclavitud, fundamentada en la propiedad jurídica en la antigüedad y en la edad moderna, se ha convertido en una práctica apoyada en *corps d’exception*, hecho que caracteriza las múltiples formas de la esclavitud contemporánea (§ 2). Finalmente, haciendo referencia a algunas relevantes sentencias del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se argumenta a favor de un nuevo y diferente abolicionismo, que haga hincapié en las garantías primarias de la libertad vulnerada: las que están orientadas a garantizar la igualdad de las personas, su libertad de circulación, junto con los derechos sociales y del trabajo, es decir, en breve, todos los derechos que concurren a definir la dignidad de la persona y a prevenir la condición de *corps d’exception* (§ 3).

1. ESCLAVITUD: ENTRE MEMORIA Y PRESENTE, EN EL MARCO DE LAS CASAS

La esclavitud evoca imágenes del pasado. Sólo por poner algún ejemplo, desde un punto de vista histórico, la mente vuela a la revuelta de Espartaco

en Roma o a los conflictos que llevaron a la guerra de secesión en Estados Unidos. Desde el punto de vista de la historia del pensamiento filosófico, no se puede evitar hacer referencia a los argumentos de Aristóteles sobre la “esclavitud por naturaleza” o a los argumentos de la segunda escolástica en la época de la Conquista y, en concreto, teniendo en cuenta el contexto en el que nos encontramos, a las fundamentales (y sufridas) reflexiones de Bartolomé de las Casas, primero esclavista convencido y después abolicionista apasionado: en 1519, la disputa de Barcelona con Quevedo le brindó al capellán de los conquistadores la primera ocasión de cuestionar la aplicación de la teoría aristotélica de la esclavitud por naturaleza.

Como ha observado Luca Baccelli en un buen libro, *Bartolomé de las Casas. La conquista senza fondamento*, “los primeros testimonios que tenemos en la tradición cultural europea de un debate teórico sobre la legitimidad de la esclavitud atestiguan la distinción, o la contraposición, entre la idea de que ésta es una relación de producción natural y la idea de que es introducida por las instituciones políticas. Más tarde, en el pensamiento medieval y protomoderno, se definió la distinción entre la esclavitud natural y la de *iure gentium*, y de las Casas denunció los argumentos en favor de la esclavitud de los indios que hacían referencia a ambas formas”¹.

Por otra parte, desde otro punto de vista, si el trabajo forzoso ha representado la principal relación de producción en muchas civilizaciones históricas, también es significativo el hecho de que, en todas las religiones, la esclavitud ha sido ampliamente admitida y justificada (además de criticada y contrastada a partir de un cierto periodo).

Hoy en día, efectivamente, la esclavitud es una *cuestión de memoria*. Pero –como veremos más adelante– el discurso sobre ella no se puede reducir solo a este aspecto.

En Francia, desde 2001, la esclavitud y la trata, en su versión occidental, son consideradas, por ley, “crímenes contra la humanidad” (la ley “mémorielle” Taubira). El 23 de agosto de 2007 abrió sus puertas, en Liverpool, el International Museum of Slavery, el primer memorial en el mundo dedicado

¹ L. BACCELLI, *Bartolomé de las Casas. La conquista senza fondamento*, Feltrinelli, Milano, 2016, p. 89. Para un enfoque más general del tema con particular referencia al siglo XVI: J. GARCÍA AÑOVIROS, *El pensamiento y los argumentos sobre la esclavitud en Europa en el siglo 16 y su aplicación a los indios americanos y a los negros africanos*, Consejo Superior de investigaciones científicas, Madrid, 2000.

a los diferentes aspectos de la trata de esclavos². Por otra parte, es importante señalar que en Estados Unidos sorprendentemente se silenció el ducentésimo aniversario del 1 de enero de 1808, día en que se prohibió la importación de esclavos.

La esclavitud esculpe la memoria, sus procesos y sus implicaciones pero, al mismo tiempo, refuerza los silencios, los olvidos y también las revisiones, debido a que cuanto más oscura es la historia, más complicado es contarla, investigarla y revivirla. Algunos aspectos a investigar pueden ser, por ejemplo y en primer lugar, la relación entre la esclavitud, “una istituzione imbarazzante”³, y una comunidad específica desde el punto de vista social, económico, institucional y jurídico (aclarando lo que ha pasado en Francia, Gran Bretaña, Estados Unidos, España, Portugal, pero también –por otro lado– en Brasil, Jamaica, Santo Domingo, Cuba, en las Antillas y en muchísimos países que han sufrido la esclavitud). En segundo lugar, la estrecha relación entre esta misma práctica, sus modos y sus formas, y la estructuración de los Estados modernos frente al “espejo oscuro” en el que siempre se ha reflejado la libertad⁴. En tercer lugar, y esta parece ser la apuesta más importante en el tiempo presente, el impacto de la esclavitud (de las huellas de su historia) en la *sociedad global* y en sus profundas fracturas en términos económicos, sociales y geopolíticos⁵.

Desde la antigüedad, la esclavitud ha conocido transformaciones, nuevas formas, llegando a cambiar con la trata –que se prolongó durante cuatro siglos– la faz de continentes enteros, en que todavía hoy –piénsese en África– quedan rastros: se ha calculado que, desde principios del XVI siglo (una Real cédula que trata de expedición de esclavos negros para reemplazar

² Cfr., por último, C. CHIVALLON, “Discorso museografico ed esperienza schiavista”, *Parolechiave*, núm. 55, 2016, pp. 121-131.

³ E. VARIKAS, “L’istituzione imbarazzante. Silenzi sulla schiavitù nella genesi della libertà moderna” (2003), *Iride*, núm. 1, 2008, pp. 25-40.

⁴ Cfr. D. LOSURDO, *Controstoria del liberalismo*, Laterza, Roma-Bari, 2006; Th. CASADEI, “Schiavitù”, en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (coord.), *Questioni di vita o morte. Etica pratica, bioetica e filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 26-68; M. FIORAVANTI, “Il lato oscuro del Moderno. Diritti dell’uomo, schiavitù ed emancipazione tra storia e storiografia”, *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, núm. 42, 2013, pp. 9-41 (al cual se remite también para una visión general sobre las obras que en los últimos años han sido dedicadas a estos temas); Id., *La schiavitù*, Ediesse, Roma, 2017.

⁵ Véase, a este respecto, el trabajo de D. HAMILTON, K. HODGSON, J. QUIRK (coord.), *Slavery, Memory and Identity: National Representations and Global Legacies*, Pickering & Chatto, London, 2012.

los indios está fechada 1505), se han deportado a América, desde las costas africanas, unos 50 millones de personas⁶.

Respecto a la “de los antiguos” –de la que es un paradigma importante, por supuesto, el modelo aristotélico–, la “esclavitud de los modernos” utiliza nuevas herramientas para legitimarse. El caso americano ofrece un ejemplo emblemático de este nuevo *proceso de legitimación*: en el momento en que se celebra la centralidad del sujeto y se señala en el propietario el emblema de un individuo racional, disciplinado y responsable, precavido, feliz y caritativo, se introducen también nuevos argumentos y nuevos regímenes de diferenciación y exclusión⁷, basados en la *diferencia racial*. Incluso en relación con este nuevo escenario, el derecho y la ley juegan un papel decisivo en el establecimiento de quién es sujeto de derecho/ciudadano, y por lo tanto *libre* (y *humano*), y quién *no* lo es.

Por tanto, la esclavitud puede examinarse mirando al pasado, en el contexto de un estudio renovado sobre la memoria histórica, pero también a través de personajes que han proporcionado reflexiones decisivas y contrapuestas sobre esta cuestión: de Aristóteles a Tomás, de Vitoria a las Casas, de Grozio a Locke, de Montesquieu a Tocqueville (pasando por Rousseau, Voltaire y los demás ilustrados: Helvétius, Condorcet, Raynal, Turgot, Mercier⁸), de Mill a Marx⁹, de Burke a Paine¹⁰, de Olympe de Gouges a Mary Wollstonecraft¹¹, en los orígenes, esto es significativo, de las reivindicacio-

⁶ Cfr. H. THOMAS, *The Slave Trade: The History of the Atlantic Slave Trade (1440-1870)*, Picador, London, 1997; L.A. LINDSAY, *Il commercio degli schiavi*, Il Mulino, Bologna, 2011. Para una visión de conjunto que reconstruye las distintas fases históricas de una “institución global”, véase G. HEUMAN, T. BURNARD (coord.), *The Routledge History of Slavery*, Routledge, London-New York, 2011, en part. pp. 19-97; J. ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery: From the Historical to the Contemporary*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁷ A este respecto: W. LEE MILLER, *Arguing about Slavery*, Knopf, New York, 1997.

⁸ Cfr., para una visión de conjunto, P. DELPIANO, *La schiavitù in età moderna*, Laterza, Roma-Bari, 2009.

⁹ D. RAGAZZONI, “Democrazia in catene: civilizzazione, schiavismo e guerra negli scritti sull’America di John Stuart Mill e Karl Marx”, *Rivista di storia della filosofia*, núm. 3, 2014, pp. 475-494.

¹⁰ Cfr. D.I. O’NEILL, *Edmund Burke and the Conservative Logic of Empire*, University of California Press, Oakland, California, 2016; A. TRUYOL Y SERRA, “Thomas Paine y la esclavitud de los negros”, en VV.AA., *Studi in memoria di Giovanni Ambrosetti*, 2 vol., Giuffrè, Milano, 1989, vol. 1, pp. 374-385.

¹¹ Cfr. O. DE GOUGES, *L’Esclavage des Noirs (1788)*; M. WOLLSTONECRAFT, *Vindication of the Rights of Woman (1792)*: caps. IV y IX.

nes feministas¹². Por no hablar de los protagonistas de la “contrahistoria” de la esclavitud misma: de Toussaint Louverture, el “Espartaco de Haití” al frente de los jacobinos negros en la revuelta de 1791 contra los colonos franceses¹³, a Frederick Douglass, el “esclavo fugitivo” que, una vez libre, en 1872, fue el primer afroamericano en ser candidato a la vicepresidencia de Estados Unidos (por el Partido por la igualdad de derechos, junto con Victoria Woodhull, la primera mujer en ser candidata a la presidencia, también afroamericana)¹⁴.

Como ha ocurrido en los últimos años, un recorrido de tipo *genealógico*, como el que se adopta en este contexto, permite poner de relieve varios aspectos que han permanecido en la sombra durante mucho tiempo, pero también invita, a través de nuevas modalidades, a realizar una lectura desde el presente, dirigiendo la atención a los entresijos (y a las lacras) más ocultos de nuestras sociedades.

A este respecto, los datos, y la materialidad de los cuerpos que los acompañan, esconden la necesidad improrrogable de una reflexión: según inves-

¹² Significativa, a este respecto, es la trayectoria emancipatoria y abolicionista de Sarah Moore Grimké, que, junto con la hermana Angelina, el 21 de Febrero de 1838 obtuvo una audiencia en la Comisión de la Asamblea Legislativa del Estado de Massachussets para discutir de la cuestión de la esclavitud. «Era la prima volta nella storia che due donne venivano ricevute presso un organo legislativo, e che un discorso femminile ingenerava un dibattito parlamentare»: cfr. S. VANTIN, “I ‘segreti di Blackstone’ rivelati. Abolizionismo, riforma dell’educazione e suffragio femminile in Sarah Moore Grimké (1792-1873)”, *Percorsi storici*, núm. 4, 2016: <http://www.percorsi-storici.it/numeri/26-numeri-rivista/numero-4/162-serena-vantin-i-segreti-di-blackstone.html>. Enfoca las conexiones entre primeras reivindicaciones de los derechos de las mujeres y las instancias abolicionistas, como efectos de la “forza dirompente della logica rivoluzionaria dei diritti”, L. HUNT, *La forza dell’empatia. Una storia dei diritti dell’uomo* (2007), Laterza, Roma-Bari, 2010, pp. 129-141 (la citazione è tratta da p. 129). Cfr. el reciente archivo dedicado a *Women in Western Systems of Slavery* publicado por la revista *Slavery and Abolition*, núm. 2, 2005.

¹³ Sobre este asunto se puede consultar C.L.R. JAMES, *I giacobini neri: la prima rivolta contro l’uomo bianco* (1938), pref. de S. Chignola, DeriveApprodi, Roma, 2015²; N. NESBITT, *Universal Emancipation. The Haitian Revolution and the Radical Enlightenment*, University of Virginia Press, Charlottesville-London, 2008; M.W. GHACHEM, *The Old Regime and the Haitian Revolution*, Cambridge University Press, Cambridge (MA), 2012. Véanse también los excelentes trabajos de M. FIORAVANTI: *Il pregiudizio del colore. Diritto e giustizia nelle Antille francesi*, Carocci, Roma, 2012; del mismo autor véase también “L’Atlantico nero. Diritto, schiavitù, emancipazione”, *Parolechiave*, núm. 55, 2016, pp. 89-101.

¹⁴ Cfr., por último (incluso para las referencias a la literatura crítica), A. COFFEE, “A Radical Revolution in Thought: Frederick Douglass on the Slave’s Perspective on Republican Freedom”, en B. LEIPOLD, K. NABULSI, S. WHITE (coord.), *Radical Republicanism: Recovering the Tradition’s Popular Heritage*, Oxford University Press, Oxford, 2018.

tigaciones recientes de la onegé australiana “Walk Free Foundation”, hoy habría más de cuarenta y ocho millones y medio de esclavos en el mundo¹⁵.

Así, se convierte en un ejercicio ineludible no solo preguntarse cómo se han desarrollado a lo largo del tiempo los modos y las formas de la esclavitud (y, en concreto, las dinámicas y los orígenes económicos y sociales de la “esclavitud de los antiguos” y “de los modernos”, es decir, sus rasgos esenciales y estructurales), sino también desarrollar un análisis preciso sobre los modos y las formas, es decir, sobre las estructuras, de la que puede definirse como la “esclavitud de los contemporáneos”: la esclavitud que convive, como “lo contrario a los derechos humanos”, con la Declaración universal de los derechos humanos de 1948 (art. 4) y con la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud (1956)¹⁶; esa esclavitud que se ha convertido en blanco de una intención de acción y conflicto en la Directiva 2011/36 UE del Parlamento europeo y del Consejo, “relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas”.

En el escenario actual pueden identificarse diversas formas, que unen modos conocidos (como los vinculados al *trabajo forzado* y *deshumanizador* y al fenómeno de la *trata*, ya extendida a escala global¹⁷) a modos y caracteres inéditos y específicos. En este caso, nos referimos principalmente a las mujeres y a los niños segregados y forzosamente obligados a prostituirse, lo que provoca una forma peculiar de *esclavitud sexual* (puntualmente descrita por una iusfeminista como Catharine MacKinnon¹⁸); o a los *matrimonios forzados* y *pre-*

¹⁵ *The Global Slavery Index 2015* (<http://www.walkfree.org/>). Para una visión de conjunto de este fenómeno se puede consultar J. ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, Nijhoff, Leiden-Boston 2013. Para un comentario al Índice y a sus distintas interpretaciones véase M. FRANZINI, “Senza possibilità di exit: una lettura delle moderne schiavitù”, *Parolechiave*, núm. 55, 2016, pp. 37-48.

¹⁶ J. ALLAIN, *The Slavery Conventions: The Travaux Préparatoires of the 1926 League of Nations Convention and the 1956 United Nations Convention*, Nijhoff, Leiden, Boston, 2008.

¹⁷ A este respecto permítaseme hacer referencia a mi “Sujetos vulnerables, trata y formas contemporáneas de esclavitud: el papel de las instituciones”, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 101-116 y a los trabajos contenidos en la III parte del libro: pp. 333-513.

¹⁸ C. MACKINNON, “Trafficking, Prostitution, and Inequality”, *Harvard Civil Rights-Civil Liberties Law Review*, 2011, pp. 271-309. Para unas profundizaciones sobre los menores véanse también: J. O’CONNELL DAVIDSON, *Children and Global Sex Trade*, Polity Press, Cambridge, 2005; S. KARA, *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*, Columbia University Press, New York, 2008; O. PATTERSON, “Trafficking, Gender, and Slavery: Past and Present”, en J. ALLAIN (ed.), *The Legal Understanding of Slavery*, cit., pp. 322-359.

coces, un fenómeno de reducción a la esclavitud, caracterizado por la violencia de género, por el que sobre todo las niñas son entregadas como esposas en contra de su voluntad (el fenómeno de las *niñas esposas*). Según los datos de UNICEF de 2014 (recogidos también por *Save the Children* en su Informe de octubre de 2016), cada año cerca de quince millones de niñas se casan antes de haber cumplido los dieciocho años y cinco millones de niñas, antes de los quince años. Hoy en día, en el mundo, más de setecientos millones de mujeres y jóvenes se casan antes de su décimo octavo cumpleaños y cerca de doscientos cincuenta millones, antes de su décimo quinto cumpleaños¹⁹.

Un aspecto importante es el que tiene que ver con la situación de los inmigrantes que, en busca de un trabajo, acaban siendo víctimas del crimen organizado y dentro de formas de sometimiento que contemplan la confiscación y la segregación del cuerpo, con total violación de cualesquiera derechos humanos²⁰.

Hacer converger en un mismo horizonte de investigación los diversos aspectos del debate que se ha articulado en los últimos años sobre la esclavitud –aún preservando las especificidades de las diferentes perspectivas (investigación histórica, sondeo teórico-jurídico, análisis exhaustivo de configuraciones inéditas que remiten a nuevos sistemas de control y sometimiento)–, representa el intento de ofrecer una contribución útil a la comprensión de un fenómeno que, en la historia de la humanidad, se repite de

¹⁹ Sobre el fenómeno de las esposas menores véase, en el forum *La Convenzione internazionale dei diritti dell'infanzia e dell'adolescenza* (1989): *riflessioni e prospettive* (Th. Casadei e L. Re, coord.), el análisis de M. TAGLIANI, "Matrimoni precoci e forzati. Un fenomeno di portata globale", *Jura Gentium - Rivista di filosofia del diritto internazionale e della politica globale*, 2017: <http://www.juragentium.org/forum/infanzia/it/tagliani.html>. Para profundizar más el tema: A. HAWKE (coord.), *Innocenti Digest n.7 - Il matrimonio precoce*, UNICEF Centro di ricerca Innocenti, Firenze, 2001; E. RUDE-ANTOINE, *Forced Marriages in Council of Europe Member States. A Comparative Study of Legislation and Political Initiatives*, Council of Europe, Directorate General of Human Rights, Strasbourg, 2005; R. DE SILVA-DE-ALWIS, *Child Marriage and the Law. Legislative Reform Initiative Paper Series*, UNICEF, New York, 2008; UNICEF (coord.), *Early Marriage: A Harmful Traditional Practice*, UNICEF, New York, 2005; *Women Living Under Muslim Laws, Child, Early and Forced Marriage: A Multi Country Study. A Submission to the UN Office of the High Commissioner on Human Rights (OCHCR)*, 2013; M.Á. CUADRADO RUIZ, "El delito de matrimonio forzado", en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., pp. 495-513.

²⁰ K. KEMPADOO, J. SANGHERA, B. PATTANAİK (coord.), *Trafficking and Prostitution Reconsidered: New Perspectives on Migration, Sex Work, and Human Rights*, Paradigm Publishers, Boulder Co., 2005; S. KARA, *Sex Trafficking: Inside the Business of Modern Slavery*, cit.

manera constante, si bien cambiando aspectos, modos y formas, a lo largo del tiempo²¹.

El impulso de un nuevo *abolicionismo*, y esta es la tesis que pretendo mantener, solo puede generarse a partir de la comprensión profunda del rol de los esclavos en los diversos tipos de sociedades, y de su papel en la sociedad global actual –aspecto que ha sido recientemente analizado por Federico Arcos Ramírez²²–. Y creo que hoy es decisivo legitimar y practicar un nuevo *abolicionismo* porque la esclavitud –aunque haya sido suprimida en el plano jurídico²³– existe, se expande y parece tener un gran “porvenir” (como muy bien han explicado Kevin Bales, reabriendo de hecho el debate sobre la esclavitud a escala internacional a finales de los años noventa del siglo XX²⁴, y Étienne Balibar²⁵).

Si existe, tiene que ser definida, es decir, entendida, en sus modos y en sus formas (hemos señalado, hasta aquí, una posible tripartición entre *esclavitud por trabajo*, *esclavitud sexual* y *esclavitud vinculada a la institución del matrimonio precoz y forzado*) y en lo que la hace posible, que se está en su base.

2. DESDE LA PROPIEDAD LEGAL A LOS “CORPS D’ EXCEPTION”

Adoptar un enfoque genealógico me parece, por lo tanto, una vía apropiada. El elemento principal que aúna realidades (incluso muy diferentes)

²¹ Como bien ilustran los ensayos contenidos en el reciente archivo dedicado a la esclavitud publicado por la revista *Parolechiave*, núm. 55, 2016. Véase también G. TURI, *Schiavi in un mondo libero. Storia dell’emancipazione dall’età moderna a oggi*, Laterza, Roma-Bari, 2012.

²² F. ARCOS RAMÍREZ, “Esclavitud y justicia global”, en Id., *La justicia y los derechos en un mundo globalizado*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 75-92.

²³ Formalmente, la abolición del instituto de la esclavitud se produce por parte de las grandes potencias coloniales a lo largo del siglo XIX: Inglaterra con una ley de 1833 que entró en vigor en 1838, Francia en 1848 con un Decreto del gobierno revolucionario, los Estados Unidos en 1865, mientras España y Portugal (países donde no se había desarrollado un movimiento abolicionista consistente) fueron los últimos Estados europeos en declarar ilegal la esclavitud, en 1876 y en 1878, respectivamente. Cfr., por último, J. ALLAIN, “125 años de abolición: el derecho de la esclavitud y la explotación humana”, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., pp. 147-182. Véase también S. DRESCHER, *Abolition: A History of Slavery and Antislavery*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.

²⁴ K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell’economia globale* (1999), Feltrinelli, Milano, 2000.

²⁵ É. BALIBAR, *Il ritorno della razza: tra società e istituzioni*, apéndice en forma de diálogo a Th. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016.

como la esclavitud “de los antiguos” y la esclavitud “de los modernos”²⁶ es el de propiedad legal garantizada. Los esclavos son objeto de propiedad, una propiedad tutelada por el derecho y el sistema jurídico, y que el amo, por este motivo, puede hacer valer.

La esclavitud de los antiguos está fundada sobre una motivación de orden *natural* que distingue al “libre” del “esclavo” (a consecuencia de la lógica misma de los procesos productivos): el primero pertenece al grupo étnico dominante; el segundo es el enemigo derrotado reducido a “propiedad” (y aquí se acumulan distintos tipos de justificaciones: función laboral, pertenencia al grupo dominado, menor racionalidad). Existe una fractura entre las dos dimensiones: el esclavo es “mezquino”, “ignorante” e “innoble”; el libre es capaz de “logos” y de virtudes humanas –así se considera al menos en la filosofía clásica²⁷.

En Roma, a partir de la época posclásica (antes las cosas eran diferentes), la esclavitud es una institución de *ius gentium*²⁸.

Durante la Edad Media, el concepto de esclavitud asume nuevos rasgos y se explicita en una pluralidad de figuras dependientes y subordinadas como los esclavos, los siervos de la gleba y los colonos, y que no son necesariamente excluyentes. En este sentido, Baccelli señala: “el término latino *servus*, que indicaba la condición de esclavitud, ya denotaba una pluralidad de formas de trabajo obligado, y su campo semántico se añade al de *sclavus*, de origen medieval”²⁹.

La esclavitud *de iure gentium* era comúnmente aceptada y la teoría aristotélica posiblemente fue relanzada para esencialmente legitimar: (a) la conquista violenta de los sumisos “por naturaleza”; (b) formas de obra servil, no necesariamente esclava *de iure*, como la *encomienda*. De todas formas, basándose en el modelo aristotélico, el esclavo se consideraba un instrumento, una *cosa*³⁰.

²⁶ P. CASTAGNETO, *Schiavi antichi e moderni*, Carocci, Roma, 2001.

²⁷ Sobre estos perfiles véase, entre otros, R. CAPORALI, “La schiavitù in epoca antica”, en Th. CASADEI, S. MATTARELLI (coord.), *Il senso della repubblica. Schiavitù*, Franco Angeli, Milano, 2009, pp. 93-110.

²⁸ Véanse, por último, las acertadas observaciones contenidas en S. PIETRO PAOLI, “Il concetto giuridico di umanità. Breve storia di un non-detto del diritto”, en M. RUSSO (coord.), *Umanesimo. Storia, critica, attualità*, Le Lettere, Firenze, 2015, pp. 225-279, p. 266.

²⁹ L. BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas*, cit., p. 94. Cfr. Id., “La schiavitù dei liberi vassalli. Temi nella controversia sulla Conquista” en M. SIMONAZZI, Th. CASADEI (Coord.), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 81-112.

³⁰ Sobre estos perfiles sigue siendo útil M. FINLEY, “Una istituzione peculiare?”, en L. SICHIROLLO (coord.), *Schiavitù antica e moderna. Problemi, storia, istituzioni*, Guida, Napoli, 1979, pp. 21-39.

La esclavitud “de los modernos” se basa en motivaciones de orden *social* pero, en este caso, no está separada de los aparatos jurídico-normativos: indisolublemente ligada al proyecto de la modernidad (del Estado-nación, del colonialismo, y de la ciudadanía, en una forma *excluyente* específica), se entrelaza con la retórica de la “raza”. A través del desarrollo de los acontecimientos de la primera Edad Moderna (colonias, formación del sistema esclavista colonial, etcétera), se une al otro gran paradigma que se suele colocar en el centro de los tratados sobre la esclavitud, es decir, en el modelo prefigurado por los países europeos colonizadores³¹ y, sobre todo, por Estados Unidos de América³².

Con el aumento progresivo de la llegada de los esclavos a los Estados americanos, la esclavitud fue institucionalizada legalmente en la “patria de la libertad”³³, en una conjunción específica entre el plano económico-social y el aparato de legitimación ideológico-cultural. Por lo demás, tanto la realidad americana, como la francesa, y también la española y la inglesa, fueron caracterizadas por la presencia de una disciplina específica de la esclavitud que encontró su forma orgánica en los llamados ‘códigos negros’³⁴: desde los *Slave Codes* anglosajones y el *Code noir* francés hasta los *Códigos negros* españoles. En 1705, Virginia recogió todos los estatutos relativos a la materia y elaboró un auténtico *Slave’s Code*.

Tal como la *Critical Race Theory*, introducida en el debate europeo por Gianfrancesco Zanetti, ha mostrado claramente, la justificación de la esclavitud se producía a través de la invención del “ser blanco como propiedad”³⁵.

³¹ Sobre este punto: L. MILAZZO, “Cecità morale e schiavitù naturale nel discorso giuridico della Conquista”, *Ragion pratica*, núm. 2, 2010, pp. 345-360.

³² J.I. SOLAR CAYÓN, “Esclavitud, emancipación y derechos del negro en los Estados Unidos”, en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dir.), *Historia de los Derechos Fundamentales*, Tomo III, siglo XIX, vol. II, libro I, Dykinson, Madrid, 2007, pp. 335-419.

³³ Sobre esta tensión, intencionadamente ocultada y respaldada justo por la jerarquización racial, véase I. BELLONI, “La libertà è schiavitù’. Il diritto di schiavitù tra fallacie contrattualistiche e ambiguità liberali”, *Ragion pratica*, núm. 2, 2010, pp. 361-376. Cfr. P. FINKELMAN, *Slavery and Founders. Race and Liberty in the Age of Jefferson*, Armonk, New York, 2001.

³⁴ Como ha señalado Bartolomé Clavero: “la esclavitud no fue mera supervivencia histórica o simple fenómeno residual en tiempo de constitucionalismo. Ya se sabe que no lo es a unos efectos económicos. Tampoco lo resulta de los jurídicos” (B. CLAVERO, *El orden de los poderes. Historias Constituyentes de la Trinidad Constitucional*, Trotta, Madrid, 2007, p. 143). Cfr. M. FIORAVANTI, *La schiavitù*, cit., pp. 65-76.

³⁵ Ch. I. HARRIS, “La bianchezza come “proprietà””, en *Legge, razza e diritti. La Critical Race Theory negli Stati Uniti d’America*, Gf. ZANETTI, K. THOMAS (coord.), *Diabasis*, Reggio Emilia, 2005, pp. 85-109. Sobre este movimiento de pensamiento véanse: Gf. ZANETTI,

El *status* de los esclavos ya no era el de instrumento al servicio de la casa, sino el de una “propiedad móvil”, un objeto de posesión pero también un bien comercial, una mercancía³⁶. En el contexto americano, la esclavitud adquirió las características y las formas de la raza, y justamente fue sobre la (presunta) “inferioridad racial de los negros” donde se construyó la “esclavitud de los modernos” (o “esclavitud colonial”): el color de la piel remite a otro mundo, a “sujetos-no sujetos” que pueden ser dominados. En los barcos negreros se produce tanto una masa de fuerza de trabajo mercantilizada –sometiendo a los africanos a un régimen de violencia y terror y transformándolos en números en un registro contable–, como la “jerarquía racial”³⁷. Una tragedia que ha visto cómo, a lo largo de los siglos, millones de niños, jóvenes y mujeres africanos han sido arrancados de sus lugares de origen y de sus familias para ser embarcados, “reducidos a una mercancía que podía ser adquirida, utilizada, dada en préstamo, cambiada, dejada en herencia”³⁸.

Según Luigi Ferrajoli, no es una casualidad que, en Estados Unidos, después de su abolición, la esclavitud diera lugar a duras formas de *apartheid* y segregación racial en el sur, y de marginación y discriminación en el norte,

“Reflexiones sobre la igualdad a la luz de la Teoría Crítica de la Raza (Critical Race Theory)”, *Derechos y Libertades*, núm. 33, 2015, pp. 47-66; Th. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani*, cit., cap. I.

³⁶ Sobre la relación constitutiva entre economía colonial, además de relacionada con la esclavitud, y formación del capitalismo moderno sigue siendo fundamental E. WILLIAMS, *Capitalismo e schiavitù* (1964), Laterza, Bari, 1971. Cfr. E. GENOVESE, E.D. GENOVESE, *The Fruit of Merchant Capital: Slavery and Bourgeois Property in the Rise and Expansion of Capitalism*, Oxford University Press, New York-Oxford, 1983; R. BLACKBURN, *The American Crucible. Slavery, Emancipation and Human Rights*, Verso, London-New York, 2011.

³⁷ Es en el barco – como explica, describiendo el periodo de máxima expansión del comercio angloamericano de esclavos (1700-1808), Markus Rediker – “che gli europei diventano per la prima volta “uomini bianchi” e la variegata composizione etnica e culturale del carico di schiavi si trasforma in “razza negra”” (*La nave negriera: la grande macchina del mondo atlantico* [2007], Il Mulino, Bologna, 2014, p. 16). Cfr. también J. MEYER, *Schiavi e negrieri. La grande tratta*, Universale, Milano, 1996.

³⁸ Una historia bastante dolorosa que es necesario recordar: una invitación en este sentido viene de el que ha conservado la Casa de los esclavos de la isla de Gorée cerca de Dakar: J. N’DIAYE, *La schiavitù spiegata ai nostri figli* (2006), epoché, Milano, 2008. Se trata, como escribe en el prefacio Koïchiro Matsuura, director general de la UNESCO, de un volumen mirado a contribuir “a mantenere viva la memoria della schiavitù e a lottare contro il razzismo e le discriminazioni che derivano dai pregiudizi razziali, elaborati per giustificare questo crimine contro l’umanità” (ivi, p. 9). Sobre la percepción de la esclavitud con respecto a la dimensión pública del recuerdo, véase también G. TURI, “Oblio e memorie della schiavitù”, *Passato e presente*, núm. 74, 2008, pp. 109-132.

hasta llegar a las formas actuales de encarcelación de masas³⁹. Tampoco debe sorprendernos que la Declaración presentada por parte de la Unión Europea en el marco de la tercera Conferencia mundial contra el racismo, celebrada en Durban en 2001, afirme que la esclavitud y el colonialismo han llevado al racismo, a la discriminación, a la xenofobia y a la intolerancia⁴⁰.

La esclavitud moderna todavía tiene una justificación *natural*, como la tenía para el modelo aristotélico, pero la desigualdad radical que legitima la subordinación dado, en este caso, por el color de la piel y, mediante las formas del sistema jurídico-institucional, estructura el orden social y político.

Un abismo insalvable separa a los negros de la población libre. Estamos en presencia de una casta hereditaria, definida y reconocible de manera inmediata por la “línea del color”: ahí encontramos la conexión definitiva entre esclavitud y discriminación racial, una “esclavitud-propietaria de base racial” (*chattel racial slavery*)⁴¹.

Lo que, por el contrario, distingue las formas históricas y legales de esclavitud de la esclavitud (ilegal) de los contemporáneos es que nadie hoy en día pretende afirmar el derecho de propiedad sobre el esclavo, porque ya no existe una forma legal de propiedad de un ser humano. Este es dominado con la amenaza de la violencia y a menudo es materialmente encadenado, pero nadie afirma abiertamente que sea “de su propiedad”. Incluso al comienzo de la modernidad formas de esclavitud de hecho – como la *encomienda* – no establecían *de iure* la propiedad y la compraventa⁴², pero luego fueron suplantadas por el sistema del tráfico de los negros y por la esclavitud basada en la raza.

³⁹ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*, 3 vol., Laterza, Roma-Bari, 2007, vol. I: p. 326. Véase, para una amplia presentación del fenómeno: M. ALEXANDER, *The New Jim Crow: Mass Incarceration in the Age of Colorblindness*, New Press, New York, 2010.

⁴⁰ Cfr. C. MARGIOTTA, “La schiavitù tra diritto, memoria e ricerca storica: il caso francese”, *Il senso della repubblica. Schiavitù*, cit., pp. 23-31. Cabe recordar que todavía en los años 30 la dominación colonial – ideológicamente justificada y respaldada con la presunta inferioridad de las poblaciones “nativas” – afectaba a más del 84% de la superficie terrestre del mundo. Se trata de una cuestión que se debería tener en cuenta si se abordan las actuales problemáticas relacionadas con los “escapes” de los migrantes desde sus países de origen y de formas de dominación que tienen profundas raíces históricas en la colonización y en el periodo poscolonial.

⁴¹ Así W.D. JORDAN, *White over Black. American Attitudes toward the Negro, 1550-1812*, Norton, New York, 1977, p. 98.

⁴² Agradezco a Luca Baccelli por haberme permitido especificar este punto.

A pesar de esta diferencia entre “nueva” y “antigua” esclavitud –denominaciones que a menudo tienden a hacer hincapié en las divergencias entre los modos y las formas del pasado y aquellas del presente– cabe reconocer que lo que caracteriza a la esclavitud es el control total de una persona sobre otra con fines de explotación extrema y de dominación, mientras que lo que caracteriza a toda forma de esclavitud, incluidas las más recientes, es una forma de *vulnerabilidad* estructural⁴³, aspecto sobre el que volveré más adelante.

Las víctimas de la esclavitud hoy en día son prisioneras de la pobreza, no tienen posibilidad de acceder a la educación y viven en realidades sociales y económicas extremadamente difíciles, a menudo trágicas, donde *todos* los derechos humanos fundamentales pueden ser violados y, de hecho, lo son: la falta de alternativas concretas es lo que empuja a muchas personas (alguien afirma más o menos voluntariamente⁴⁴) a la esclavitud.

La diferenciación étnico-racial ya no es el elemento fundamental como lo era en la esclavitud tradicional, pero sus huellas permanecen: el otro todavía es presentado como *inferior* –y el origen, en esta cuestión, mantiene su importancia–, y esto significa instituir una *discriminación jerárquica* sobre la que legitimar un poder, prácticas y configuraciones claras del sistema jurídico, político, económico y social.

Desde este punto de vista, se le atribuye un lugar decisivo al “nacimiento” y a la continuación de lo que es una condición originaria de dura subordinación durante toda, o por gran parte de, la existencia de los individuos. La esclavitud es –en ese horizonte– una condición que se desarrolla a lo largo de la vida, es algo que dura en el tiempo y que configura, paralelamente, una exclusión radical de la sociedad, que perdura: una especie de “muerte prolongada”⁴⁵, según Orlando Patterson, en la que la vida solo permanece en su dimensión de mera existencia.

⁴³ He podido profundizar este aspecto en el marco de un proyecto internacional coordinado por la Universidad de Granada sobre los temas de esclavitud y trata (“Red Iberoamericana de Investigación sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud y Derechos Humanos UGR”) y, especialmente, gracias al diálogo con Pedro Mercado Pacheco. Para un primer enfoque remito a dos trabajos míos: “La nueva esclavitud”, *Anales de la Cátedra Francisco Suarez*, núm. 43, 2009, pp. 168-194; “Bioetica, diritto, politica: corpi e forme della schiavitù”, en *Il senso della repubblica. Schiavitù*, cit.

⁴⁴ Sobre la cuestión controvertida del consentimiento remito a J. O’CONNELL DAVIDSON, *Modern Slavery. A Margins of Freedom*, Palgrave Macmillan, Basingstoke-New York, 2015. Cfr., en una clave crítica que comparto con referencia a las argumentaciones de O’Connell Davidson, M. FRANZINI, “Senza possibilità di exit”, cit.

⁴⁵ O. PATTERSON, *Slavery and Social Death. A Comparative Study*, Harvard University Press, Cambridge (Mass.), 1982, p. 132, según el cual “la esclavitud es el dominio permanente

Creo que para combatir la esclavitud como práctica comúnmente frecuente en la historia es necesario entender qué es lo que la favorece y la ha favorecido, cómo ha podido ser aceptada y justificada durante siglos, y cómo aún puede serlo –en la forma oscura de la invisibilidad– en la época de la ampliación a escala planetaria de los derechos humanos.

En definitiva, hoy en día se hace necesario un *esfuerzo definitorio y tipológico*.

Para ello, según Olivier Pétré-Grenouilleau, editor de un célebre *Dictionnaire des esclavages* (2010)⁴⁶, no solo es útil sino indispensable intentar pensar la esclavitud de forma *global*⁴⁷, siendo conscientes de la diversidad de contextos y formas concretas, y de modos en que la han vivido sus actores (esclavos y amos).

El historiador francés afirma que para dar cuenta de la esclavitud no es suficiente con recurrir a la voluntad de dominar o al derecho, aunque la institución de la esclavitud haya estado siempre más o menos codificada. En su opinión, tampoco resulta útil resumir la esclavitud, como ha hecho Patterson, en la idea de “muerte social”. Más bien podemos decir lo que la esclavitud *no* es: no es reducible por completo a una forma de producción económica o a la idea de explotación; ha existido tanto en la economía antigua como en la época medieval, tanto en el tiempo del capitalismo comercial como en el del capitalismo industrial. Y ciertamente no ha desaparecido en la época postindustrial, o posfordista, como han mostrado con creces estudios recientes⁴⁸.

Pétré-Grenouilleau opta entonces por una definición que consiste en situar al esclavo, al ser humano reducido a la esclavitud, en el centro del sistema esclavista. En su opinión, definiendo quién es el esclavo, es posible evitar todos los problemas que se derivan de enfoques demasiado restrictivos sobre el concepto de esclavitud y de definiciones demasiado amplias

y violento de individuos alienados desde su nacimiento y despojados en todo sentido de su honor” (p. 13). Un trágico ejemplo de estas condiciones se encuentra en las páginas que Bales dedica a las chicas reclusas en prostíbulos similares a campos de concentración en Tailandia: K. BALES, *I nuovi schiavi. La merce umana nell'economia globale*, cit., cap. 2.

⁴⁶ Larousse, Paris, 2010, p. 12.

⁴⁷ O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, *Les traites négrières. Essai d'histoire globale*, Gallimard, Paris 2004; Id., *Qu'est-ce que l'esclavage? Une histoire globale*, Gallimard, Paris, 2014.

⁴⁸ A modo de ejemplo, cabe señalar, en una amplia literatura: K. BALES: *Understanding Global Slavery. A Reader*, University of California Press, Berkeley, 2005; E. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina: (un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; Id. (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit.; J. QUIRK, “Modern slavery” en G. HEUMAN, T. BURNARD (coord.), *The Routledge History of Slavery*, cit., pp. 331-346.

que terminan por incluir cualquier forma de explotación del hombre sobre el hombre o de dependencia en la categoría de esclavitud⁴⁹.

En primer lugar, el esclavo es, *strictu sensu*, “*toujours un Autre ou quelqu’un transformé en un autre, et exclu d’une dimension fondamentale (il n’est pas forcément exclu du tout, ne serait-ce que pour éviter trop fortes tensions) dans la vie du groupe de ses maitres*”⁵⁰.

Las formas en las que esta *exclusión* tiene lugar varían en el tiempo y en el espacio: para los atenienses el elemento discriminador decisivo era la lengua griega y la participación en la vida de la ciudad. Para otros pueblos han sido las diferencias que podían ser definidas siguiendo diferentes parámetros: la pertenencia religiosa o tribal, el color de la piel, la lengua, las costumbres, el *status* económico. Cada una de estas diferencias era utilizada para separar claramente, o *discriminar*, a los esclavos de quien los poseía.

El esclavo, en segundo lugar, es “propiedad” de su amo y, en este sentido, se manifiesta plenamente la connotación jurídica que, durante mucho tiempo, ha tenido la definición de la figura del esclavo. En la actualidad, otras formas de posesión –más allá del derecho, a partir de procedimientos perversos del propio derecho– pueden perpetuarse mediante prácticas de dominio, abuso o violencia⁵¹.

Por último, en tercer lugar, “otro” y objeto de posesión de un amo, el ser humano reducido a la esclavitud puede ver, con impotencia, cómo se pone en tela de juicio su humanidad y es comparado con una cosa o un animal. Pero, por otra parte, sigue siendo una persona y es reconocida como tal. En esta contradicción entre “persona” y “objeto de valor” (como una cosa en cuanto propiedad) reside toda la ambivalencia del modo de propiedad esclavista.

Esta definición de esclavo permite afirmar que la esclavitud *strictu sensu* no ha desaparecido: responde a la figura del esclavo como “otro” o “poseedor” por otros, una posesión que puede ser consecuencia de acuerdos y contratos, a menudo ilegales, cierto, pero que vinculan y oprimen a aquellos que son el objeto.

⁴⁹ En esta dirección va, muy oportunamente, por ejemplo, E. ROJO TORRECILLA, “Nueva esclavitud y trabajo forzoso. Un intento de delimitación conceptual desde la perspectiva laboral”, en E. PÉREZ ALONSO (coord.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., pp. 721-755.

⁵⁰ O. PÉTRÉ-GRENOUILLEAU, *Qu’est-ce que l’esclavage?*, cit., pp. 15 y ss. (cursivas mías).

⁵¹ Véase, a este respecto, S. VIDA, “Identità precarie. Il soggetto neoliberale tra incertezza, governamentalità e violenza”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm. 2, 2016, pp. 479-506.

Con esta mirada, en opinión de Pétré-Grenouilleau, se deberían observar las formas contemporáneas de esclavitud⁵².

La propuesta del historiador francés es muy útil, pero creo que se puede combinar con la interpretación sugerida por Sidi Mohamed Barkat⁵³ y recogida por Étienne Balibar⁵⁴. Ser “otro” o “poseído” por otros también implica un proceso de deshumanización, de reducción a cosa que, desde siempre, ha caracterizado la práctica de la esclavitud. Desde este punto de vista se hace necesario establecer y sancionar después, *también mediante la sistemática jurídica*, la existencia de “corps d’exception”. Así sería posible discutir las causas que están en la base de esos procesos empezando desde un plano institucional y político, mediante la que Norberto Bobbio concebía como la “función promocional del derecho”⁵⁵, y no solo mediante una intervención de tipo penal y represivo⁵⁶.

Entonces, las prácticas de segregación y marginación deben ser caracterizadas y contrastadas, así como las prácticas de utilización con fines económicos y de sometimiento extremo y violento respecto a personas que son concebidas como “desechos”⁵⁷, “residuos de humanidad”⁵⁸. Por razones de eficacia en la

⁵² Para otros análisis, con varios enfoques, véanse, además de los trabajos citados antes: A.Y. RASSAM, “Contemporary Forms of Slavery and Evolution of the Prohibition of Slavery and the Slave Trade Under Customary International Law”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 39, 1999, pp. 303-352; E. DECAUX, “Les formes contemporaines des l’esclavage”, *Recueil des Cours de l’Académie de la Haye*, vol. 336, 2008, pp. 9-197. Para una atención particular a las definiciones véanse: J. ALLAIN, “Clarifying the Definition of ‘Slavery’ in International Law”, *Melbourne Journal of International Law*, núm. 10, 2009, pp. 246-257; la voz ‘Schiavitù (nuove forme)’ contenida en la *Enciclopedia di Bioetica e Scienza giuridica*, XI, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, pp. 198-225. A. LATINO, “L’ordinamento internazionale e le contemporary forms of slavery” in M. SIMONAZZI, Th. CASADEI (coord.), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, cit., pp. 133-179.

⁵³ S.M. BARKAT, *Les corps d’exception: Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, Éditions Amsterdam, Paris, 2005.

⁵⁴ É. BALIBAR, *Il ritorno della razza: tra società e istituzioni*, cit., p. 105.

⁵⁵ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione: nuovi studi di teoria del diritto*, Edizioni di Comunità, Milano, 1976 (n.e. con un prefacio de M. Losano, Laterza, Roma-Bari, 2007).

⁵⁶ Para profundizar en esta dirección, en la literatura italiana: M.C. BARBIERI, “La schiavitù e i ferri del mestiere del penalista”, *Ragion pratica*, núm. 2, 2010, pp. 329-332; y sobre todo P. SCEVI, *Nuove schiavitù e diritto penale*, Giuffrè, Milano, 2014. Cfr. también G. CARUSO, *Delitti di schiavitù e dignità umana nella riforma degli artt. 600, 601 e 602 del Codice penale. Contributo all’interpretazione della l. 11 agosto 2003*, n. 228, Cedam, Padova, 2005.

⁵⁷ Las Casas, analizando las consecuencias psicológicas, sociales, ecológicas y demográficas del sistema de la *encomienda*, ya utilizó esta expresión: *desechos* (lo señala BACCELLI, *Bartolomé de Las Casas*, cit., p. 107).

⁵⁸ Tomo prestada la expresión de F. MIGLIORINO (coord.), *Scarti di umanità: riflessioni su razzismo e antisemitismo*, il Melangolo, Genova, 2010.

intervención –adoptando un *enfoque realista*–, pienso que es bueno distinguir, tal como se ha consolidado en la literatura italiana sobre estos temas, las formas de violación de los derechos: *explotación*, *explotación grave* (o *hiperexplotación*) y *reducción a la esclavitud* (con la posibilidad de señalar otra forma entre explotación grave y reducción a la esclavitud: *para-esclavismo*)⁵⁹. Esta división que está tan afianzada en la doctrina (para el caso italiano) sigue siendo, hasta ahora, motivo de debate entre los estudiosos del tema, mientras que los límites entre las diferentes formas ni son tan claros ni están definidos de manera inequívoca⁶⁰.

3. POR UN NUEVO, Y DIFERENTE, ABOLICIONISMO

Entonces, es posible afirmar que la esclavitud se puede identificar en todos los casos en los que se quiere convertir la teoría del dominio en una “ontología de la dependencia”⁶¹.

Todos los modelos de esclavitud se basan en la *dependencia* y en la *vulnerabilidad* del sujeto dominado o que se pretende dominar⁶². Por esta razón, en

⁵⁹ S. LA ROCCA, “Tratta, lavoro forzato e grave sfruttamento lavorativo: legislazioni e politiche poste a contrasto”, en F. CARCHEDI (coord.), *Schiavitù di ritorno. Il fenomeno del lavoro gravemente sfruttato: le vittime, i servizi di protezione, i percorsi di uscita, il quadro normativo*, Maggioli, Santarcangelo di R. (RN), 2010, pp. 147-204. En la misma perspectiva véanse los demás libros, en la misma colección, F. CARCHEDI (coord.), *Schiavitù latenti: forme di grave sfruttamento lavorativo nel ferrarese*, prefacio de G. Mottura, Maggioli, Santarcangelo di R. (RN), 2014; E. NOCIFORA (coord.), *Quasi schiavi: paraschiavismo e super-sfruttamento nel mercato del lavoro del XX secolo*, Maggioli, Santarcangelo di R. (RN), 2014. Cfr. Th. CASADEI, “Tra storia e teoria giuridica: per un inquadramento dei caratteri della schiavitù contemporanea”, en M. SIMONAZZI, TH. CASADEI, (coord.), *Nuove e antiche forme di schiavitù*, cit., pp. 135-151.

He podido examinar y profundizar estos aspectos dirigiendo y defendiendo la tesis experimental (de fin de grado) de G. CABRI, “Profili del dibattito giuridico sulle schiavitù contemporanee: il caso delle campagne del sud Italia”, en *Teoria e prassi dei diritti umani*, Facultad de Derecho, Univ. de Modena y Reggio Emilia, 2015-2016. Cfr. G. AVALLONE: *Sfruttamento e resistenze: migrazioni e agricoltura in Europa, Italia, Piana del Sele*, Ombre corte, Verona, 2017.

⁶⁰ No incorpore a las formas de esclavitud contemporáneas, por ejemplo, las prácticas de tráfico de órganos, a pesar de que estén relacionadas con los fenómenos de la trata así como de extrema deshumanización de los sujetos. Para un encuadramiento del problema véase: F. PORCIANI, *Traffico d'organi: nuovi cannibali, vecchie miserie*, Franco Angeli, Milano, 2012; V. GIORDANO, “El tráfico mundial de los órganos: comercialidad del cuerpo humano y prácticas de desigualdad”, *Derechos y Libertades*, núm. 39, 2018, pp. 95-117. Cfr. el reportaje de M. LOPÉZ FERRADO, *Tráfico de órganos. Un negocio oscuro y atroz*, *El País*, 3 mayo 2009: http://elpais.com/diario/2009/05/03/eps/1241332014_850215.html.

⁶¹ P.G. SOLINAS (coord.), *La dipendenza. Antropologia delle relazioni di dominio*, Argo, Lecce, 2005.

⁶² Sobre la esclavitud como *relation of domination* véase O. PATTERSON, *Slavery and Social Death*, cit., pp. 334-342.

la época actual –en un contexto diferente– persisten formas de esclavitud⁶³ y se producen continuamente “vidas desperdiciadas”⁶⁴.

En el mundo contemporáneo, la esclavitud es un fenómeno complejo, multiforme y en continua evolución: “vuelve”, a veces está “latente”, otras se presenta en nuevas configuraciones o con modalidades contiguas a ellas (“paraesclavistas”, como han sido definidas por algunos). A pesar de los intentos por seguir silenciando los datos de la realidad, podemos hablar de decenas de millones de víctimas que aportan a la economía mundial millones de dólares⁶⁵. Hombres, pero sobre todo mujeres y niños, están sujetos a formas de segregación y violencia extrema, a violaciones de los derechos humanos que tienen ámbitos y características, en algunos casos, diferentes a los del pasado.

Cuantificar con precisión el fenómeno es bastante difícil porque la esclavitud, de hecho, parece *invisible*. Como está prohibida, solo puede sobrevivir en secreto, y está claro que no hace falta encadenar a las víctimas para reducir las. Basta con *confiscar*, como ocurre en el caso de muchos inmigrantes, los carnets de identidad y los pasaportes para que dejen de existir en el plano jurídico⁶⁶. Quien es reducido a condiciones de esclavitud –en la época de la globalización en la que todo es visible y accesible aparentemente–, a menudo es “invisible”, ya sea a ojos de la ley o a los de la sociedad y el mundo⁶⁷.

⁶³ A los textos citados antes, a este respecto, se pueden añadir Ch. DELACAMPAGNE, *Histoire de l'esclavage. De l'Antiquité à nos jours*, Le Livre de Poche, París, 2002, y J. ALLAIN, *Slavery in International Law: Of Human Exploitation and Trafficking*, cit.

⁶⁴ He tratado de ilustrar esta tendencia en mi ““Human wastes”? Contemporary Forms of Slavery and New Abolitionism”, *Soft power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política*, núm. 2, 2016, pp. 109-124, de donde extraigo aquí varias reflexiones.

⁶⁵ Sobre estos puntos véanse C. VAN DEN ANKER (coord.), *Political Economy of New Slavery*, Palgrave, London, 2003; J. QUIRK, *Unfinished Business: A Comparative Survey Historical and Contemporary Slavery*, Unesco Publishing, París, 2009.

⁶⁶ Sobre cómo el pasaporte se convierte en arma de sometimiento ha llamado la atención, con referencia a un «fenómeno en gran medida pasado por alto», un reportaje del periódico *El País* dedicado a la trata de seres humanos y publicado el 17 de Abril de 2017 “5.600 víctimas de esclavitud afloran en España tras los cambios legales”:

http://politica.elpais.com/politica/2017/04/14/actualidad/1492152357_266303.html.

⁶⁷ A este respecto véase el Dossier 2015 “*Piccoli schiavi invisibili - Le giovani vittime di tratta e sfruttamento*” realizado, en Italia, por “Save the Children” y extendido en la víspera de la Jornada ONU del recuerdo de la trata de esclavos y su abolición (23 agosto). Ahí se presentan algunos de los grupos de menores más en peligro o implicados en este fenómeno. Específicamente dedicado a la explotación del trabajo infantil que, en muchas ocasiones, se convierte en auténtica esclavitud es K. SCANNAVINI, A. TESELLI (coord.), *Game over: indagine sul lavoro minorile in Italia*, Ediesse, Roma, Fondazione Bruno Trentin e Save the Children Italia onlus, 2014.

Hemos comentado con anterioridad que lo que se niega por completo es la propia personalidad de las personas sometidas: *corps d' exception*, "vidas desperdiciadas"⁶⁸, cuerpos de "usar y tirar"⁶⁹, en esencia *cosas* –de nuevo, como en tiempos de la esclavitud legal. Sometimiento, sufrimiento, reclusión –todo lo que acompaña a una condición de *vulnerabilidad* que se convierte en *segregación*– son condiciones que caracterizan la esclavitud actual⁷⁰.

Condiciones muy difíciles de descifrar desde el momento en que la esfera de la esclavitud es cada vez con mayor frecuencia, en los países occidentales, la clandestinidad⁷¹: la clandestinidad es el terreno de cultura sobre el que crecen todas las crueldades, en detrimento del *ius migrandi* sancionado en documentos básicos a nivel internacional⁷². En ese sentido, surge la conexión –cada vez más dura– entre inmigración y esclavitud, entre trata de seres humanos y reducción a la esclavitud⁷³. La esclavitud se desarrolla en nuevos escenarios y "evoluciona" al ritmo de los grandes cambios económicos, sociales y demográficos; lo que no cambia son las vías a través de las cuales se estructura –de sur a norte– y los espacios en los que se concreta –el mercado y la *private economy*.

La cuestión de la esclavitud implica siempre la idea de la dignidad humana⁷⁴. ¿Qué requiere la dignidad humana? No basta con proclamarla en los documentos

⁶⁸ Z. BAUMAN, *Vite di scarto* (2003), Laterza, Roma-Bari, 2005.

⁶⁹ K. BALES, *I nuovi schiavi*, cit. p. 19.

⁷⁰ Sobre el concepto de vulnerabilidad, con particular referencia a los derechos humanos (y a sus violaciones), permítase remitir a Th. CASADEI, "*Diritti umani in contesto: forme della vulnerabilità e 'diritto diseguale'*", *Ragion pratica*, núm. 31, 2008, pp. 291-311, y, más en general, a las contribuciones recogidas en Id., *Diritti umani e soggetti vulnerabili*, Giappichelli, Torino, 2012. Véase, además, para un amplio análisis, M.C. BARRANCO AVILÉS, C. CHURRUCUA MUGURUZA (dir.), *Vulnerabilidad y protección de los derechos humanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

⁷¹ Para un análisis de la torsión jurídica de este concepto véase E. RIGO, "Razza clandestina. Il ruolo delle norme giuridiche nella costruzione di soggetti-razza", en C.B. MENGHI (coord.), *L'immigrazione tra diritti e politica globale*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 107-142. Cfr. A. SCIURBA, "Parole che discriminano: "clandestini". L'invenzione di una "razza""", en M. MANNOIA (coord.), *Il silenzio degli altri. Marginali, esclusi e altri invisibili*, XL edizioni Sas, Roma, 2011, pp. 71-80.

⁷² Cfr., para una reconstrucción histórica y teórica, E. VITALE, '*Ius migrandi*'. *Figure di erranti al di qua della cosmopoli*, Bollati Boringhieri, Torino, 2004.

⁷³ Véanse, al respecto, G. PALMISANO, "Dagli schiavi ai migranti clandestini: la lotta al traffico di esseri umani in una prospettiva internazionalistica", *Ragion pratica*, núm. 2, 2010, pp. 469-490, y, más ampliamente, Id. (coord.), *Il contrasto al traffico di migranti. Nel diritto internazionale, comunitario, interno*, Giuffrè, Milano, 2008.

⁷⁴ Que el tema de las antiguas y nuevas formas de esclavización no tiene la importancia que merecería en el marco de los debates en materia de violación de derechos humanos y de protección de la dignidad ha sido puntualmente afirmado, desde hace ya muchos años, por P.

oficiales o en las declaraciones internacionales, que se limitan a exaltar por la vía reglamentaria el valor de las personas a nivel universal (no sin un cierto grado de indeterminación conceptual⁷⁵). Es necesario partir de la constatación *realista* de que, en gran parte del mundo, los seres humanos son reducidos a “hommes jetables”⁷⁶ (“hombres desechables”) o, incluso, a “no personas”⁷⁷, tal como se observa con la difusión y la constante expansión de la esclavitud y de prácticas esclavocráticas que atraviesan (y cortan) los sistemas sociales y que se ocultan, por lo general, en los ángulos y espacios invisibles de las propias ciudades⁷⁸.

Si “el capitalismo no ha inventado la esclavitud” –observa Balibar–, “sí la ha generalizado y perfeccionado, dentro del marco de una economía mundial del trabajo forzado donde ha sido algo tan esencial como el mercado y la revolución industrial”. La práctica de la reducción a la esclavitud ha atravesado, así, el capitalismo para proyectarse más allá, hasta su actual fase «neoliberal» y relacionada con la «economía de la deuda»⁷⁹, como ha hecho la figura antropológica y biopolítica del *corps d'exception*⁸⁰.

El capitalismo contemporáneo sigue, de este modo –según Balibar–, “utilizando de manera masiva viejas formas de esclavitud” de las que “la diferencia étnica ‘racializada’ constituye la condición o el resultado”, “además

BECCHI, “Dignità umana”, en U. POMARICI (coord.), *Filosofia del diritto. Concetti fondamentali*, Giappichelli, Torino 2007, pp. 154-181, p. 166.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, con referencia al contexto europeo, D. MORONDO TARAMUNDI, “Sull’indeterminatezza del concetto di dignità nella Carta di Nizza”, en G. GALIMBERTI, C. MORISCO, D. MORONDO TARAMUNDI (coord.), *Il concetto di dignità nella cultura occidentale*, Edizioni Studio, Pesaro, 2006, pp. 63-85. Para un análisis preciso del concepto remito a V. MARZOCCO, “La dignità umana tra eredità e promesse. Appunti per una genealogia concettuale”, *Rivista di filosofia del diritto*, núm. 2, 2013, pp. 285-304.

⁷⁶ B. OGILVIE, *L’homme jetable: essai sur l’exterminisme et la violence extrême*, Editions Amsterdam, Paris, 2012.

⁷⁷ A. DAL LAGO, *Non-persone: l’esclusione dei migranti in una società globale*, Feltrinelli, Milano, 2012⁵. Cfr., para un enfoque análogo, C. PATEMAN, Ch. W. MILLS, *Contract and Domination*, Polity, Cambridge, 2007, en part. pp. 191-199, en donde se examina la condición de “nonwhite women as nonpersons and noncontractors”.

⁷⁸ Sobre este punto, al que aquí se puede solo hacer referencia, véase L. WACQUANT, *I reietti della città: ghetto, periferia, stato*, S. PAONE y A. PETRILLO (coord.), ETS, Pisa, 2016.

⁷⁹ Cfr. G. LEGHISSA, *Neoliberalismo. Un’introduzione critica*, Mimesis, Milano-Udine, 2012; C. LAVAL, P. DARDOT, *Guerra alla democrazia. L’offensiva dell’oligarchia neoliberalista*, DeriveApprodi, Roma, 2017; M. ESPOSITO, *Politiche di salvezza. Teologia economica e secolarizzazione nel governo del sociale*, Mimesis, Milano-Udine, 2015, en part. pp. 123-32.

⁸⁰ S.M. BARKAT, *Le corps d’exception: Les artifices du pouvoir colonial et la destruction de la vie*, cit.

de desarrollar otras nuevas como el turismo sexual de masas y las propias migraciones de trabajadores no cualificados”.

Es el caso del trabajo de los niños en el sur del mundo, pero también en la “Europa global”⁸¹, o de la importación de esclavos (o semi-esclavos) domésticos en Oriente Medio o incluso en las ciudades y Estados europeos⁸², en Italia (piénsese en los campos agrícolas del sur pero también en los sectores de la logística y la construcción⁸³), o en Francia, como ha mostrado la sentencia sobre el *caso Siliadin contra Francia*⁸⁴. Esta cuestión merece ser desarrollada con un poco más de profundidad.

El Tribunal europeo de Derechos Humanos (TEDH) debía pronunciarse sobre el caso de una joven de Togo, que fue llevada a Francia por una señora francesa de origen togolés, con el acuerdo de que la muchacha trabajaría como empleada del hogar en su casa hasta el momento en que fuera capaz de devolver el coste del viaje. La señora se había comprometido a darle una educación y a hacerle conseguir el estatus de inmigrante regular. Sin embargo, a la muchacha le retuvieron el pasaporte y fue dada “en préstamo” a una pareja que necesitaba una niñera y una empleada del hogar. Con la nueva familia, la joven togolesa debía trabajar siete días a la semana, durante quince horas al día, sin un día libre y sin cobrar. Dormía en un colchón en la habitación de los niños y no tenía, por lo tanto, un espacio donde disfrutar de un momento de intimidad. Cuando volvió a estar en posesión de su pasaporte,

⁸¹ Véase, al respecto, G. PAONE, *Ad ovest di Iqbal. Il lavoro minorile nell'Europa globale*, Ediesse, Roma, 2004. Más en general, véase el estudio realizado por la OIT *Every Childs Counts: New Global Estimates on Child Labour*, International Labour Office, Geneva, 2002.

⁸² Cfr. B. ANDERSON, *Doing the Dirty Work: The Global Politics of Domestic Labour*, Zed Books, London, 2000.

⁸³ Para algunos análisis de casos concretos, además de los volúmenes coordinados por Carchedi e Nocifora, citados antes, véanse: M. PAGGI, *La nuova schiavitù degli immigrati vittime di grava sfruttamento; mezzi di tutela e problematiche applicative*, I. GJERGJI, *L'ipersfruttamento dei lavoratori immigrati nella 'green economy' pugliese. Risultati di un case study*, F. PEROCCO, R. CILLO, “Il lavoro forzato tra gli immigrati”, en L. ZAGATO, S. DE VIDO (coord.), *Il divieto di tortura e altri comportamenti disumani e degradanti nelle migrazioni*, Cedam, Padova, 2012, respectivamente a las pp. 263-285, 287-300, 301-324. Véase también el excelente análisis contenido en L. MILAZZO, “Fuori luogo? La “lotta per il diritto” dei migranti in Italia”, *Teoria e critica della regolazione sociale*, núm. 2, 2015, pp. 153-165.

⁸⁴ Cfr. M. ROCCELLA, “La condizione del lavoro nel mondo globalizzato fra vecchie e nuove schiavitù”, *Ragion pratica*, núm. 35, 2010, pp. 419-438, en part. pp. 431-433; E. BEDMAR CARRILLO, “Concepción jurisprudencial de las formas contemporáneas de esclavitud”, en E. PÉREZ ALONSO (dir.), *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., pp. 211-249, en part. pp. 211-216.

la muchacha, con la ayuda de un vecino de la casa, denunció a la pareja. Esta fue condenada a pagarle el salario y a compensarla por los daños morales sufridos, pero no fue declarada culpable de ninguna violación de los derechos fundamentales. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos afirmó que la muchacha había sido reducida a condiciones de servidumbre y condenó a Francia por no disponer de los instrumentos de tutela adecuados contra la condición de servidumbre y de trabajo forzado.

Con todo, a menudo resultan *ineficaces* las medidas que tienen que ver con la prohibición de la esclavitud.

En la que ha sido definida la “edad de los derechos”⁸⁵, nos vemos obligados a registrar su violación cada vez más masiva, “la desigualdad más profunda e intolerable”⁸⁶, y el mayor número de esclavos (y esclavas) de la historia.

En estos términos reflexiona Ferrajoli, que centra la atención sobre la cuestión de la esclavitud en el contexto de un análisis sistemático de la “libertad personal”. Observa que, respecto a las formas actuales de esclavitud, “las garantías primarias de lesa libertad que sería necesario introducir y reforzar son las dirigidas a garantizar la igualdad de las personas, su libertad de circulación, además de los derechos sociales y del trabajo. En resumen, todos los derechos vitales que ayudan a definir la dignidad de la persona”⁸⁷.

Si se quiere eliminar el porvenir de neoesclavismo y neoracismo y la línea divisoria que trazan entre los seres humanos y los *corps d'exception*, discriminados, deshumanizados, reducidos a cosa, innecesarios después de ser utilizados, no basta con un nuevo abolicionismo que se dirija al “‘derecho de injerencia’ por causas humanitarias”, llegando a la instancia cosmopolita que está en la base del derecho internacional contemporáneo⁸⁸ (pero también en la de sus involuciones “civilizadoras” o *colonizadoras*). Esto es, al menos, en cierto modo y con algunas precauciones, solo una parte del trabajo. Los abolicionistas de los siglos XVIII y XIX creían que los valores defendidos por

⁸⁵ La referencia es a la célebre obra de N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1990.

⁸⁶ Así L. FERRAJOLI, *Principia iuris*, cit., vol. II: p. 543.

⁸⁷ *Ivi*, pp. 326-327. En la misma onda se sitúan las reflexiones de MARINA LALATTA COSTERBOSA, que enseña la repercusión de la devaluación, “sempre di più, sempre più spesso, sempre più ovunque”, de los derechos sociales y del trabajo en fortalecer los vínculos entre esclavitud de nuevo cuño, discriminaciones y racismo: *La democrazia assediata*, DeriveApprodi, Roma, 2015, pp. 90-92.

⁸⁸ Es ésta la propuesta de PÉTRÉ-GRENOUILLEAU: “Abolizionismo e “diritto d'ingerenza” per cause umanitarie”, *Passato e presente*, núm. 82, 2011, pp. 91-102.

su causa podrían servir como base para la reescritura del derecho positivo y para combatir formas de “comercio infame”⁸⁹. Hoy se trata, desde este punto de vista, de reescribir el derecho cuando está en “contra” (en función excluyente) y se topa con auténticas antinomias⁹⁰, y de aplicarlo integralmente cuando se opone y evita el racismo, la discriminación, nuevas esclavitudes; o está “a favor” de una tutela y aplicación plenas de los derechos humanos, *sin excepción*⁹¹.

La represión efectiva de las actividades delictivas que, a diferentes niveles, se conectan con la práctica esclavista es necesaria y, por ello, debe perseguirse; pero también hace falta otra estrategia *política e institucional* adecuada para conseguir múltiples objetivos, ante todo de *prevención y de promoción*. De manera esquemática: 1) prevenir las causas de la inmigración por razones económicas y de pobreza endémica; 2) promover la igualdad de los derechos como *sistema*, partiendo de los derechos sociales, tal como los han entendido, entre otros, Gregorio Peces Barba y Francisco Javier Ansuátegui Roig⁹² (me

⁸⁹ Tomo prestada la expresión de A. TUCCILLO, *Il commercio infame: antischiavismo e diritti dell'uomo nel Settecento italiano*, Clipress, Napoli, 2013.

⁹⁰ Basta pensar en las normativas en tema de inmigración, donde, como ha señalado Silvia Salardi, surgen múltiples “antinomie assiologiche” entre directivas y normativas vigentes, por un lado, y marco de los derechos fundamentales, por otro (cfr. S. SALARDI, *Discriminazioni, linguaggio e diritto. Profili teorico-giuridici*, Giappichelli, Turín, 2015, p. 112 e ss.). Esto se aplica tanto por el contexto comunitario como por las normativas específicas de los Estados miembros en materia de inmigración y asilo (ivi, pp. 120-125). Sobre el derecho de asilo: F. MASTROMARTINO, *Il diritto d'asilo. Teoria e storia di un istituto giuridico controverso*, Giappichelli, Torino, 2012; A. SCIURBA, “Misrecognising asylum. Causes, Modalities, and Consequences of the Crisis of a Fundamental Human Right”, *Rivista di Filosofia del diritto*, núm. 1, 2017, pp. 141-164.

⁹¹ La normativa internacional, por otra parte, reconoce como titulares de derechos humanos a todas las personas, sin distinción: “tutti sono esseri umani, tutti sono titolari di diritti umani, nessuno è escluso, nessuno vi è estraneo” (O. GIOLO, *Diritti e culture*, Aracne, Roma, 2012, p. 40). Desde este punto de vista, los derechos son “sin fronteras” [‘sconfinati’], porque “segnano il distacco dei diritti da quel passato in cui non riconoscevano altro territorio che quello degli Stati” y dada ¡“l’intrinseca sconfinatezza del loro contenuto e del loro compito, poiché vogliono simboleggiare e presidiare una sorta di intoccabile essenza degli esseri umani [...]” (M.R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Laterza, Roma-Bari, 2006, p. 103).

⁹² G. PECES-BARBA, “Diritti sociali: origini e concetto” (2000), en Id., *Etica pubblica e diritti fondamentali*, edición italiana: M. ZEZZA (coord.), prólogo de M.G. Losano, Franco Angeli, Milano, 2016, pp. 145-163; F.J. ANSUÁTEGUI ROIG, *Rivendicando diritti sociali*, Editoriale scientifica, Napoli, 2014. A esta perspectiva está relacionado también el análisis que he tratado de desarrollar en “Derechos sociales: un enfoque multinivel”, *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, pp. 27-52, y en “Diritti sociali e ‘processo de-costituente’”, *Ragion prati-*

gusta recordarlos *juntos* en este marco); 3) garantizar, aquí también desde una perspectiva de promoción, el respeto del derecho universal a un *decent work* [trabajo digno]. En esta perspectiva, jurisprudencia internacional⁹³ y legislaciones internas de cada uno de los estados deberían ayudarse de manera recíproca. No faltan ejemplos en este sentido.

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos respondió afirmativamente a una petición formulada por México en la que preguntaba si la negación por parte de las autoridades americanas de los derechos humanos fundamentales y de los derechos de los trabajadores inmigrantes que se encontraban irregularmente en territorio de Estados Unidos (después reducidos con frecuencia a condiciones esclavistas o paraesclavistas) configuraba una violación del principio de igualdad y no discriminación. El propósito declarado fue el de contribuir “a la humanización del derecho internacional y a la construcción de un nuevo *ius cogens* del siglo XXI”⁹⁴.

El objetivo de respetar el derecho al *decent work*⁹⁵ presupone una reforma *estructural* y radical del modelo de desarrollo, que apueste por la innovación de la producción y la reconversión ecológica de la economía más que por la contracción extrema del coste del trabajo, el aumento del control sobre la fuerza de trabajo y su mercantilización, dinámicas a las que son empujadas las empresas por la competencia global y la financiarización de la economía. Es aquí donde se plantea la cuestión de abordar las causas de los modos de la esclavitud contemporánea, es decir, de la actual organización capitalista, pero también de las experiencias de vida vinculadas a la subordinación patriarcal (la del trabajo, la sexual o los matrimonios forzados y precoces), y de sus múltiples formas (contiguas a otras formas de sometimiento contra las que combatir: explotación, grave explotación, casi-esclavitud).

ca, núm. 43, 2016, pp. 541-552, a los que permítame se remitir. Cfr. A. YASMINE RASSAM, “International Law and Contemporary Forms of Slavery: An Economic and Social Rights-Based Approach”, *Penn State International Law Review*, núm. 4, 2005, pp. 809-855.

⁹³ Además del ensayo ya mencionado de Bedmar Carrillo, véase, siempre en la obra monumental coordinada por E. PÉREZ ALONSO, *El derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, cit., J. BONET PÉREZ, *La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional*, pp. 183-209.

⁹⁴ Corte Interamericana de los Derechos Humanos, *Juridical Condition and Rights of the Undocumented Migrants*, dictamen consultivo OC-18/03 de 17 de Septiembre de 2003, Serie A No. 18.

⁹⁵ G. BRONZINI, “La schiavitù nel lavoro contemporaneo. Dal *decent work* ai diritti oltre la subordinazione”, *Parolechiave*, núm. 55, 2016, pp. 49-66.

Muchas son las razones económicas, estructurales, pero también biopolíticas de la esclavitud en la economía, en el mercado laboral, en la sociedad global.

Por esto es necesario un *nuevo, y distinto, abolicionismo*⁹⁶ destinado a la supresión no tanto de una institución jurídica arraigada (como ha pasado con el abolicionismo clásico) como más bien de todas aquellas condiciones que, a partir de formas de vulnerabilidad estructural, en cualquier punto del planeta, hacen que los sujetos humanos sean cosas, privados de su propia humanidad y dignidad, comparables a mercancías y, una vez utilizados, a “desechos”. Lo que es necesario, en este contexto, es un compromiso activo no solo de las organizaciones y asociaciones no gubernamentales, sino también de las instituciones y los gobiernos, y de ciudadanos y ciudadanas que no se resignan a la corrupción de la forma y del ideal democrático así como a la negación reiterada de los derechos humanos de las personas más vulnerables⁹⁷.

En Europa, algunos gobiernos como los de los Países Bajos y Gran Bretaña han desarrollado una auténtica estrategia para erradicar la plaga de la esclavitud.

Es significativo el caso del gobierno británico que, en 2015, elaboró el “*Modern Slavery Act*”⁹⁸ –que incluye las diferentes formas de esclavitud contemporánea analizando sus diferentes características– y nombró un Comisario independiente anti-esclavitud como prueba de cómo la teorización jurídica y la legislación vuelven a considerarse instrumentos útiles para ajustar cuentas no solo con la memoria del pasado sino, también, con la dura historia de nuestro presente. Sin embargo, si éste es el camino correcto a nivel de cada Estado, hacen falta foros internacionales en los que –al igual que lo que pasó el 26 y el 27 de agosto de 1867 cuando en París, presidida por Édouard Laboulaye, tuvo lugar la *Anti-Slavery Conference*, organizada por el *Comité française d’émancipation*, por la *Sociedad Abolicionista Española* y por el comité de la *British and Foreign Anti-Slavery Society*⁹⁹– confluyen tomas de posición fundamentales (basadas en compromisos comunes en términos de

⁹⁶ A una indicación en este sentido remite también R. TOSCANO, “La schiavitù, oggi”, *Micromega*, núm. 5, 2016, pp. 159-167.

⁹⁷ A este respecto, interesantes son las reflexiones, con enfoque teórico-político, de A. COFFEE, “Slavery, Domination and the Corruption of Democracy”, *Cosmopolis*, núm. 1, 2017: <http://www.cosmopolisonline.it/articolo.php?numero=XIII22016&id=8>.

⁹⁸ <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>.

⁹⁹ Cfr., sobre este punto, C. GIURINTANO, *L’abolizione della schiavitù nelle colonie francesi. Il rapporto della commissione Broglie (1840-1843)*, Franco Angeli, Milano, 2016.

definición sistémica de la “esclavitud contemporánea”) y el desarrollo de orientaciones estratégicas que se aplicarán y se supervisarán en su curso, a nivel territorial¹⁰⁰.

La pasión abolicionista de Las Casas, punto de partida de las reflexiones llevadas a cabo en este trabajo, quizás pueda ayudarnos a ver la magnitud de este papel y, al mismo tiempo, a no resignarnos al hecho de que millones de personas en el mundo, hoy en día, son consideradas –de hecho– *desechos*.

THOMAS CASADEI
*Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia
Studio 22, Via San Geminiano, 3 –
41121 Modena - Italia
e-mail: thomas.casadei@unimore.it*

¹⁰⁰ En esta perspectiva me parece ir también el trabajo de JOEL QUIRK, del que se puede ver, además de los textos ya citados, “The Anti-Slavery Project: Linking the Historical and Contemporary”, *Human Rights Quarterly*, núm. 28, 2006, pp. 565-98.

CUESTIÓN MIGRATORIA Y DESCUBRIMIENTO DEL OTRO

MIGRATORY QUESTION AND DISCOVERY OF THE OTHER

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria

Fecha de recepción: 20-7-17

Fecha de aceptación: 16-1-18

Resumen: *El pensamiento actual ha desarrollado una gran sensibilidad hacia la diferencia. La alteridad se ha convertido en un asunto central. Ya no se puede partir del yo: la prioridad corresponde al otro, concebido incluso como extranjero. Es preciso hacer la experiencia del otro y la exigencia de hospitalidad adquiere una relevancia sin precedentes. La intersubjetividad es un planteamiento insuficiente para abordar los problemas de sociedades gobernadas por sistemas que procesan diferencias y caracterizadas por una creciente generación de alteridad. Todo ello conecta con las urgencias de la cuestión migratoria, que exige cambios profundos en los modos de pensar y actuar.*

Abstract: *Current thought has developed a strong sense of difference. Alterity has become a capital issue. We can not start from the self. The priority belongs to the other, conceived as a foreign person. It is necessary to do the experience of the difference. The demand for hospitality acquires an outstanding significance. Intersubjectivity is an unsatisfactory approach to deal with the problems of societies governed by systems that process differences, characterized by increased production of alterity. This connects with the pressing urgencies of the migratory question, which demands deep changes in the way of thinking and acting.*

Palabras clave: otro, extranjero, alteridad, diferencia, hospitalidad
Keywords: other, foreigner, alterity, difference, hospitality

1. DE LA SEMEJANZA A LA DIFERENCIA

Abordar la crisis migratoria es un formidable reto moral, político, jurídico, económico, cultural y también filosófico. El inmigrante es un desafío

cognitivo que pone a prueba nuestro modo de pensar y ver el mundo. Exige superar barreras mentales. Implica, entre otras cosas, replantear el problema del *otro*. ¿Quién es ese otro que llama a la puerta y exige una respuesta?

Hay que tener en cuenta un dato significativo, característico de nuestro tiempo. Hasta ahora se daba por supuesto que el otro es básicamente *como yo*. Es *otro yo*. Se ponía en práctica un pensamiento *analógico* que resalta la igualdad de todos los hombres. ¿Cómo no sentirme obligado hacia ese otro que es mi *semejante*?

Esta es la perspectiva que subyace a la fraternidad, tanto cristiana (todos somos hijos de Dios) como revolucionaria (prolongación del principio de igualdad), y a la solidaridad moderna. Las diferencias se ponen entre paréntesis o se relativizan. Es natural tender puentes hacia lo semejante. La simpatía es una vibración de equivalencias. Es más lo que nos une que lo que nos separa. La condición humana nos abarca a todos por igual¹. Si rechazamos al otro comprometemos nuestra propia humanidad.

Se apela a un fondo *común*, a un fundamento *esencial*, a una *naturaleza* humana. El principio de hospitalidad, que tan cautelosamente formulaba Kant, era un asunto entre iguales. Y por eso, en nombre de una misma dignidad y una idea de humanidad, no se planteaba como un sentimiento contingente (filantropía) sino como un derecho².

Un componente del pensamiento de la semejanza es la “identificación”. Identificarse es ponerse en el lugar del otro. No es una equiparación sino un desplazamiento: el esfuerzo (al menos imaginativo) de salir de uno mismo. No es un ejercicio de igualación sino de aproximación: salir de la propia posición e ir al encuentro del otro.

En la acción humanitaria ponerse en lugar del otro es el primer paso para ayudarnos los unos a los otros. Es preciso averiguar cómo es el otro y qué necesita. Pero hay una dádiva que da para acallararlo, para que no incomode. No es un modo de aproximación sino de mantenerlo alejado y neutralizarlo.

¹ Hay también abismos de la semejanza. Recordemos el apóstrofe de C. BAUDELAIRE, *Las flores del mal*, edic. bilingüe de A. Verjat y L. Martínez de Merlo, Cátedra, Madrid, 2008: “– Hypocrite lecteur, – mon semblable, – mon frère!” (“Au lecteur”, p. 78).

² Cfr. I. KANT, *Hacia la paz perpetua. Un esbozo filosófico*, trad. de J. Muñoz, Biblioteca Nueva, Madrid, 1999, p. 95. Pero los sentimientos siguen siendo importantes y en *La Metafísica de las Costumbres*, trad. de A. Cortina y J. Conill, Tecnos, Madrid, 1989, presenta la *sympathia moralis* como un deber de *humanidad* (cfr. pp. 327 y ss.). La *hospitalidad* kantiana concede al extranjero un *derecho de visita*, pero no de residencia. Se le puede expulsar, salvo que esto sea su perdición.

La práctica del imperativo categórico de Kant requiere ponerse en el lugar del otro con una operación de la imaginación³. Imaginándose otro, cualquier otro, es posible remontarse hasta la dimensión de lo universal, que ya no aparece como constatación de semejanzas ni común denominador del género humano sino como un nivel superior que engloba las diferencias.

Pero no lo puede lograr el sujeto aislado, desde sí mismo, pues tenderá a universalizar sus propios puntos de vista. Necesitamos pasar de lo subjetivo a lo intersubjetivo, de lo abstracto a lo concreto, para hacer realmente la experiencia del otro. Así se puede aspirar a una perspectiva del *nosotros* que no es la de un yo amplificado. Hay que practicar “la intercambiabilidad universal de las perspectivas”⁴. Para poder decir nosotros no basta con hacer conjeturas: hay que pasar del singular al plural.

En el pensamiento contemporáneo se ha dado un giro sorprendente: no se acentúa la semejanza sino la diferencia. Se parte de la *alteridad*, incluso de una alteridad radical, como si estuviéramos rodeados de extraños. El mismo sujeto experimenta la alteridad constitutiva de su identidad⁵. Descubrimos que “el extranjero está en nosotros”⁶. Somos una articulación de diferencias. Todo se vuelve más difícil. El compromiso con el otro exige atravesar diferencias⁷.

³ Cfr. el “como si” de la segunda formulación del imperativo categórico en Id., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. de J. Mardomingo, Ariel, Barcelona, 1996, p. 173.

⁴ J. HABERMAS, *Aclaraciones a la ética del discurso*, trad. de J. Mardomingo, Trotta, Madrid, 2000, p. 162.

⁵ Para P. RICOEUR, *Sí mismo como otro*, trad. de A. Neira, Siglo XXI, Madrid, 1996, la *alteridad* es “constitutiva” de la *ipseidad* (p. XIV) pues “no se añade desde el exterior a la ipseidad, como para prevenir su derivación solipsista, sino que pertenece al tenor de sentido y a la constitución ontológica de la ipseidad” (p. 352).

⁶ J. KRISTEVA, *Extranjeros para nosotros mismos*, trad. de X. Gispert, Plaza y Janés, Barcelona, 1991, p. 233. Es preciso “reconocer nuestra inquietante extranjería”, pues “el extraño está en mí, por lo que todos somos extranjeros”. Y “si yo soy extranjero, no existen los extranjeros” (p. 233).

⁷ S. ŽIŽEK, *La nueva lucha de clases. Los refugiados y el terror*, trad. de D. Alou, Anagrama, Barcelona, 2016, advierte que “la mayor parte de los refugiados no son ‘personas como nosotros’ (no porque sean extranjeros, sino porque *nosotros* mismos no somos ‘personas como nosotros’)” (p. 95). Nuestro “deber ético” de ayudarles no puede basarse en una “empatía humanitaria” que resultaría insuficiente, de modo que “la universalidad humanista que está condenada al fracaso es la universalidad de semejantes que se reconocen a sí mismos en los demás, es decir, que ‘saben’ que independientemente de nuestras preferencias políticas y religiosas somos todos iguales y compartimos los mismos miedos y pasiones” (p. 88).

Una de las razones que explican este giro es la necesidad de evitar el universalismo homogeneizador a que tiende el planteamiento clásico. Nuestro mundo tan relacionado y diversificado requiere un pensamiento radicalmente pluralista, abierto a la diferencia. La sociedad moderna se caracteriza por “una constante producción de otredad”⁸. La igualdad ya no puede ser uniformidad sino un esquema “sensible a la diferencia”⁹. Lo *analógico* cede el paso a lo *dialógico*. No puede haber *reductio ad unum* sino gestión de la multiplicidad. La *unitas multiplex* es una exigencia de la actual complejidad¹⁰.

La igualdad se convierte en conjunción de modos de complementariedad. El reconocimiento de la diversidad se vuelve crucial. La potencia del reconocimiento (y ésta fue una novedad de Hegel frente a Kant) activa la dialéctica de la diferencia. No es proclamación de similitudes ni igualación sino reconocimiento de lo otro y generación de alteridad. La dialéctica es “un *pasar a otro*”, en el que “algo deviene otro y lo otro en general deviene otro”. Lo *otro* “deviene lo *otro* de lo *otro*”¹¹.

El pensamiento de la semejanza es estático, constatativo, *reiterativo*; el pensamiento de la diferencia es dinámico, productivo, *innovador*. No trabaja con sustancias sino con procesos. No tiende a la identidad (entendida como la preservación de rasgos distintivos) pues está abierto a transformaciones (desencadena cambios para todos)¹². La diferencia deja de concebir-

⁸ N. LUHMANN, *Observaciones de la modernidad. Racionalidad y contingencia en la sociedad moderna*, trad. de C. Fortea, Paidós, Barcelona, 1997, p. 17.

⁹ Así J. HABERMAS, *La inclusión del otro. Estudios de teoría política*, trad. de J. C. Velasco y G. Vilar, Paidós, Barcelona, 1999, frente a un “universalismo despiadadamente asimilador y unificador”, definiendo un “universalismo altamente sensible a la diferencia” que “abarca a la persona del otro o de los otros en su alteridad” (p. 23). Frente a la uniformidad, inclusión “no significa aquí incorporación en lo propio y exclusión de lo ajeno” sino que “los límites de la comunidad están abiertos para todos, y, precisamente también para aquellos que son extraños para los otros y quieren continuar siendo extraños” (p. 24).

¹⁰ Cfr. E. MORIN, *Introducción al pensamiento complejo*, trad. de M. Pakman, Gedisa, Barcelona, 1994, p. 34. N. LUHMANN, *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. de S. Pappé y B. Erker, Anthropos, Barcelona, 1998, constata que en la *unitas multiplex* “la diferencia confiere unidad a lo diferente” pues reúne lo que “es diferente, pero no indiferente” (p. 42).

¹¹ G. W. F. HEGEL, *Enciclopedia de las ciencias filosóficas en compendio. Para uso de sus clases*, trad. de R. Valls, Alianza, Madrid, 1997, §§ 84 y 95, pp. 186 y 197. En Id., *Ciencia de la lógica*, vol. I, trad. de F. Duque, Abada Editores, Madrid, 2011, trata también del “ser otro en y para sí; no lo otro de algo” (p. 242).

¹² P. RICOEUR, *Sí mismo como otro*, cit., pp. XII y ss., distingue la “identidad-*idem* o *mismidad* (que se opone a lo diferente, a lo cambiante o variable) de la identidad-*ipse* o *ipseidad* (que implica alteridad).

se como obstáculo y se convierte en palanca de dinámicas. Necesita ser un pensamiento más potente: no se activa *a pesar de* las diferencias, sino *por medio de* las diferencias. Las relaciones se establecen entre diferencias: se trata de procesar diferencias. Esto exige plantear las actualidades como potencialidades, abriendo una dimensión de futuro. Es un pensamiento inventivo, que frente a lo dado insiste en lo construido, frente a lo redundante busca lo sorprendente.

En el pensamiento de la semejanza el acento se pone en un *nosotros* situado frente a los otros. Es asimétrico: los otros tendrían que parecerse cada vez más a nosotros, hasta confundirse con nosotros. La integración es *asimilación*. Nosotros quedamos a salvo. Pero el pensamiento de la diferencia, en su trabajo con la alteridad, exige entrar en un proceso recíproco de “alteración”.

2. LA EXPERIENCIA DEL OTRO

Husserl tuvo la audacia de abordar la “experiencia del otro”¹³. El yo está implicado con los “otros” en la constitución de un mundo “intersubjetivo”, que nos abarca a “*todos nosotros*”¹⁴. Hay un avance decisivo en el concepto de subjetividad. Frente al primado del *ego* trascendental kantiano se planteaba la relación con el *tú*¹⁵. Que ahora se hable del *otro* es prometedor.

Sin embargo Husserl se sigue orientando por el yo y tiende a acentuar la similitud con el otro, por más que su aproximación esté cargada de matices y prevenciones. El “paso hasta el ‘otro’”, el pensamiento en “el modo ‘otro’”, se ejerce desde el yo y será una derivación del yo. El otro tiene que hacerse patente en mí. Será “otro yo” y el acento se pone en el yo: “*Alter* quiere decir *alter ego*, y el *ego* implicado soy yo mismo”¹⁶.

¹³ E. HUSSERL, *Meditaciones cartesianas. Introducción a la fenomenología*, trad. de J. Gaos y M. García Baró, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1985, p. 171.

¹⁴ Id., *Ideas relativas a una fenomenología pura y una filosofía fenomenológica*, trad. de J. Gaos, Fondo de Cultura Económica, Madrid, 1993, p. 68.

¹⁵ Así para M. BUBER, *Yo y Tú*, trad. de C. Díaz, Caparrós, Madrid, 1993, “no existe ningún Yo en sí” sino en tanto que miembro de una dualidad en intercambio recíproco (p. 10). Apunta H. – G. GADAMER, *El giro hermenéutico*, trad. de A. Parada, Cátedra, Madrid, 1998, que resulta significativo que “tampoco se hable como Fichte del ‘no yo’, que suena como una resistencia, como una limitación frente a la que hay que imponerse o de la que hay que hacerse dueño sea como sea” (p. 20).

¹⁶ E. HUSSERL, *Meditaciones cartesianas*, cit., pp. 171, 182 y 173.

Se accede al otro mediante un “traspaso de sentido”. El otro recibe su sentido desde el mío. Sin embargo Husserl se pregunta si esta captación puede ser realmente “transparente” y logra despejar la opacidad del otro. Al realizar una “transferencia analogizante” se proyectan parecidos, en una aproximación “asemejadora”. Pero habría que ver hasta qué punto puede mostrarse así algo “realmente nuevo”, la novedad del otro. Se provoca una “asimilación”, una “igualación de sentido”, al menos “en tanto que no aparezcan incompatibilidades”, en tanto que no haya datos que “anulen esa transferencia en una conciencia de ‘diferente’”. El otro muestra un yo que “no soy yo mismo”, pero no obstante aparecerá como una “modificación” de mi yo¹⁷.

¿Cómo alcanzar “lo que del otro es inaccesible”? Habría que evitar la dinámica proyectiva que se contenta con duplicaciones del yo, que interfieren en el acceso al otro. Hay que descubrir un yo “ajeno” y “extraño”, que no es pensable como análogo. Necesitaríamos una “especie de accesibilidad” paradójica “de lo que es inaccesible”¹⁸.

Husserl no disimula las tensiones que atraviesan su propuesta, que desemboca en paradojas llamativas: “El ‘otro’ remite, por su sentido constituido, a mí mismo; el otro es reflejo de mí mismo, y, sin embargo, no es propiamente reflejo: es un análogo de mí mismo y, de nuevo, no es, sin embargo, un análogo en el sentido habitual”¹⁹.

El yo es el protagonista, que ejerce y se reafirma como tal, pero se inquieta por lo que del otro le desafía y se le escapa. El otro *constituido* por el yo muestra un déficit de alteridad. Prima la proyección asimiladora sobre el *contraste*²⁰. Por eso, más allá de Husserl, necesitamos reconocer al otro un *poder constituyente*. Estamos todavía lejos de imaginar hasta qué punto se in-

¹⁷ Ibidem, pp. 177, 174, 183, 176 y 178.

¹⁸ Ibidem, pp. 177 y 178.

¹⁹ Ibidem, p. 154. Propone algo tan chocante como una “intersubjetividad monadológica” (p. 147) e inmediatamente tiene que salir al paso de la objeción de solipsismo (p. 149). Recurrir al concepto de Leibniz y plantear una *comunidad de mónadas* (cfr. p. 185) no puede llevar a una solución satisfactoria del problema de la intersubjetividad.

²⁰ Pero no se puede reprochar a Husserl que neutralice la alteridad al hacer del otro un *alter ego*. Lo ha señalado J. DERRIDA, “Violencia y metafísica: Ensayo sobre el pensamiento de Emmanuel Levinas”, en Id., *La escritura y la diferencia*, trad. de P. Peñalver, Anthropos, Barcelona, 1989, al precisar que “Husserl se muestra cuidadoso en respetar en su significación la alteridad del otro” pues se esfuerza por “describir cómo el otro *en tanto que otro*, en su alteridad irreductible, se me presenta a mí” (p. 165). Y su alteridad irreductible no podría ser captada “si no es a partir de un cierto aparecer del otro como otro a un ego” (p. 166).

vertirá la perspectiva. El yo quedará sacudido por el otro y finalmente se definirá como otro.

Frente al yo que se proyecta está *el yo que se abre*. En esta dirección apunta la hermenéutica de Gadamer. Es preciso abrirse a la alteridad, al otro que llega en forma de pregunta. ¿Quién es ese otro que nos interroga?

Precisamente “la comprensión comienza allí donde algo nos interpela”. Ahora no se trata de algo sino de alguien: de la comprensión del otro, de la más difícil. El otro llega como pregunta y toda pregunta “supone introducir una cierta ruptura en el ser de lo preguntado”. El inmigrante y el refugiado no sólo nos preguntan *a nosotros* sino que *preguntan por nosotros*. Quedamos sacudidos, atrapados en la perspectiva abierta por la pregunta y heridos por ella. Nos convertimos en un “ser quebrantado”²¹.

Habrá que hacer “*la experiencia del tú*”, y realizarla efectivamente. Constantemente “tiene que ser adquirida” y “a nadie le puede ser ahorrada”. No es sólo una experiencia intelectual. No basta con percibir al otro e imaginárselo: hay que tratarlo. El otro se da *a través de* la experiencia, en “un hacer” que es también “un padecer, un comprender, un acontecer”. Se asume un riesgo pues hay que “estar dispuesto a dejar valer en mí algo contra mí”²².

El concepto de experiencia se ha trivializado. En el experimento que busca la confirmación en los hechos sólo es el último trámite. Pero la experiencia en sentido fuerte es iniciadora. Implica entregarse a lo desconocido y abrirse a la novedad. Es *experiencia de lo inesperado*.

Padecemos entonces la “negatividad de la experiencia”, con “un particular sentido productivo” en la medida en que desconcierta, enseña lo que no habíamos visto y da lo que no buscábamos. Puede ser “dolorosa y desagradable”. Hace que “se defrauden muchas expectativas” y “sólo se adquiere a través de decepciones”²³.

La experiencia rompe prejuicios. Las ideas preconcebidas obstruyen nuestra percepción del otro y predisponen al rechazo. Pero el prejuicio, entendido como juicio previo, se convierte en condición de la comprensión²⁴. El entendimiento con el otro no se produce en un vacío libre de prejuicios: se abre camino remontándose trabajosamente *a través* de ellos.

²¹ H. - G. GADAMER, *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, trad. de A. Agud Aparicio y R. de Agapito, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1984, pp. 369 y 439.

²² Ibidem, pp. 434, 432, 557 y 438.

²³ Ibidem, pp. 429 y 432.

²⁴ Cfr. ibidem, pp. 337 y ss.

El interlocutor no es como habíamos esperado. Experimentamos “la alteridad del otro”. La experiencia “se reconoce a sí misma en lo extraño, en lo otro”²⁵. Es trato con lo extraño y esfuerzo en la “polaridad de familiaridad y extrañeza”²⁶. Y además “la verdad de la experiencia contiene siempre la referencia a nuevas experiencias”. Pues “la dialéctica de la experiencia tiene su propia consumación no en un saber concluyente” sino en la “apertura para nuevas experiencias”²⁷.

La experiencia del otro tiene carácter dialógico. Se precisa una “mutua apertura”, hace falta “oírse unos a otros”. Implica dejar que el otro hable y no hablar por él, sino “dejarse hablar por él” y hablar con él²⁸. Exige mantener una *conversación*²⁹.

En todo caso “la conversación posee una fuerza transformadora”³⁰. La comprensión mutua no se limita a captar un sentido ya dado. No es simplemente saber más del otro. Comprender es *dar sentido* al otro, a nuestro encuentro, *darnos sentido* conjuntamente. Por eso “no es nunca un comportamiento sólo reproductivo, sino que es a su vez siempre productivo”. Es un *proceso* hecho de transformaciones y de novedades pues, “cuando se comprende, se comprende de un modo *diferente*”³¹.

La conversación no se limita a intercambiar información. Es la experiencia de “hablar-conjuntamente” que busca un “lenguaje común” y “crea algo común”. Nos lanza a una aproximación transformadora: después de ella “los interlocutores ya no son exactamente los mismos”. No consiste en “seguir unas reglas” pues “la lengua se crea en cada conversación de nuevo”. Por eso “el lenguaje es conversación”. Y no llegaremos

²⁵ Ibidem, pp. 437 y 431.

²⁶ Ibidem, p. 365. El término “hermenéutica” remite a “algo que resulta incomprensible porque está dicho en una lengua extraña” (p. 635).

²⁷ Ibidem, pp. 431, 432 y 433.

²⁸ Ibidem, p. 438.

²⁹ Para R. RORTY, *La filosofía y el espejo de la naturaleza*, trad. de J. Fernández Zulaica, Cátedra, Madrid, 1989, lo decisivo es “la capacidad de mantener una conversación” (p. 341) y romper “la tendencia del discurso normal a bloquear el flujo de la conversación” (p. 348). Hay que tener en cuenta que una conversación es *informal* y carece de reglas de procedimiento. Lo ha recordado Z. BAUMAN, *Extraños llamando a la puerta*, trad. de A. Santos, Paidós, Barcelona, 2016, p. 103.

³⁰ H. - G. GADAMER, “La incapacidad para el diálogo”, en *Verdad y método*, Vol. II, trad. de M. Olasagasti, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1994, p. 207.

³¹ Id., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, cit., pp. 366-367.

muy lejos si nos limitamos a coexistir sin intentar una “convivencia en la conversación”³².

La “razón planificadora” encuentra su “límite” en la experiencia. Hacer la experiencia del otro no es encasillarlo, conformarlo, ajustarlo a derecho. No es programarlo, encerrarlo en nuestras categorías, convertirlo en medio para nuestros fines. No es dominio del otro. Fracasa como experiencia cuando pretende “calcular” al otro, como si fuera “un instrumento completamente dominable y manejable”³³.

Hacer la experiencia del otro será *dejar pasar* al otro. Precisamente la palabra experiencia significa originariamente pasar. Es abrirse paso por lugares desconocidos, atravesar peligros, encontrar un camino³⁴.

3. EXTRANJERÍA CONSTITUTIVA

La perspectiva orteguiana es una “alternativa” a Husserl, que toma al *alter* como punto de referencia³⁵. Es así porque “lo primero que aparece en su vida a cada cual son los otros hombres”. La circunstancia de nuestra vida es ante todo un “mundo compuesto de hombres”. Por eso el hombre está ne-

³² Id., *El giro hermenéutico*, cit., pp. 233, 227, 232, 228, 230 y 236.

³³ Id., *Verdad y método. Fundamentos de una hermenéutica filosófica*, cit., pp. 433 y 436.

³⁴ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *La idea de principio en Leibniz y la evolución de la teoría deductiva*, en *Obras completas*, Alianza Editorial y Revista de Occidente, Madrid, 1983, Tomo VIII, pp. 174 y ss. Dado que se trata de atravesar lo que se presenta como intransitable J. DERRIDA, *Aporías. Morir – esperarse (en) los “límites de la verdad”*, trad. de C. de Peretti, Barcelona, 1998, ha recordado que experiencia “significa pasar, travesía, aguante, prueba de franqueamiento” (p. 33) y que aporía designa el camino cortado y lo impracticable. Plantea una *experiencia de la aporía* y se pregunta incluso: “¿es posible una experiencia que no sea experiencia de la aporía?” (p. 34). Con lo que “ambas palabras, que dicen el pasar y el no-pasar, se acoplan así de forma aporética” (p. 41). Habrá que ver también hasta qué punto el otro es inaccesible, pues como dice Id., *La voz y el fenómeno. Introducción al problema del signo en la fenomenología de Husserl*, trad. de P. Peñalver, Pre-Textos, Valencia, 1995, contrariamente a lo que pretende la fenomenología y a lo que solemos creer, “la cosa misma se sustrae siempre” (p. 167).

³⁵ Su planteamiento se perfila bien al contrastarlo con Husserl, con quien entra en polémica. Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, *El hombre y la gente*, en *Obras completas*, cit., Tomo VII, pp. 160 y ss. En la problemática de la alteridad se sitúa, de forma pionera y decidida, el pensamiento de Ortega y Gasset. Es un dato no suficientemente conocido, aunque aparezca en una de sus obras más significativas, que recoge preocupaciones de sus últimos años y quedó inacabada.

cesariamente “abierto al otro, al *alter* que no es él”. Es constitutivamente “*altruista*” (sin que esto signifique que su apertura sea favorable o no al otro)³⁶.

Pero nuestras posiciones (y por lo tanto nuestras perspectivas) no sólo difieren sino que “se excluyen”: no son “interpenetrables”. Únicamente yo estoy *aquí*, ocupando un sitio que excluye a los demás. Tú estás *ahí*, próximo (y serás mi prójimo), o *allí* en la lejanía. Desde *aquí* obtengo mi perspectiva peculiar. Aunque vivimos juntos, “no coinciden suficientemente nuestros mundos”. Son “campos pragmáticos distintos”. Cada uno está en el suyo y “fuera del otro”, por lo que “somos radicalmente forasteros”. Nos rodean “otras ‘vidas humanas’, cada una con su mundo propio, incomunicante, en cuanto tal, con el mío”³⁷.

El otro es también un *ego*, pero es a la vez *alter*: es “un *alter ego*”. Esto es “contradictorio”. El *alter ego* es “un yo que no soy yo sino que es precisamente otro, por tanto no-yo”. En el “*mundo mío*” se introduce un ser “con un mundo suyo que, originariamente, no es el mío”. En mi vida aparece “otra vida, en sentido estricto incomunicante con la mía y que tiene su mundo, un mundo ajeno al mío, un *otro mundo*”. Y “todas esas resistencias y *negaciones de mí*” que son los otros entran a formar parte de mi vida, son “un no-yo mío”³⁸.

Quizá pensaba que los otros son como yo, pero ahora veo que son ajenos, incluso contrarios: “hay anti-yos” que “me son absolutamente ajenos, absolutamente extranjeros, extraños a mí y a todo lo mío”. El otro es para mí “el esencial extranjero”. Pero se introduce en mi vida “con su *ego* fuera del mío y su mundo incomunicante con el mío”, con su mundo “para mí inasequible, inaccesible”. Irrumpe así “lo radicalmente otro, lo inaccesible, lo impenetrable”. Con la presencia del otro “descubro lo inaccesible *como* tal, lo inaccesible en su inaccesibilidad”³⁹.

La insistencia en la alteridad implica replantear la teoría de la comunicación desde una incomunicación primaria. Los otros hombres “son en su radical realidad incomunicantes conmigo” y “sólo cabe entre nosotros una relativa e indirecta y siempre problemática comunicación”⁴⁰. La comunicación será gestión de la incomunicación.

³⁶ Ibidem, pp. 149 y 150.

³⁷ Ibidem, pp. 126, 132 y 141.

³⁸ Ibidem, p. 159.

³⁹ Ibidem, pp. 191, 159-160, y 175.

⁴⁰ Ibidem, p. 175.

¿Cómo expresar la extraña realidad del otro en mí? No hay más remedio que recurrir a la paradoja: “Esta es la enorme paradoja: que en mi mundo aparecen, con el ser de los otros, mundos ajenos al mío *como tales*, esto es, como ajenos, que se me presentan como impresentables, que me son accesibles como inaccesibles, que se patentizan como esencialmente latentes”⁴¹.

La semejanza está ahora en función de la alteridad. El otro es mi “semejante” porque “posee los más abstractos e imprescindibles atributos del ser humano”. Sé que siente, que quiere, etc., pero “ignoro por completo qué siente, qué quiere, cuál es la trayectoria de su vida, a qué aspira, qué normas sigue su conducta”. Es sobre todo mi “semejante” porque, a diferencia de los animales, “es capaz de responderme con sus reacciones en un nivel aproximadamente igual al de mis acciones”, de “co-responderme o reciprocarme”⁴². Pero desconozco cuál va a ser su respuesta.

El otro es mi semejante pero no es como yo: es otro. Interfiere con su mera existencia y con su modo distinto de ver la realidad. Su presencia comienza por ser “molesta” y me pone en guardia. En mi mundo “asoma un peligro: *el otro hombre*”. Tengo que anticipar su reacción y “no tengo más remedio en mi trato con él que *comenzar* por una aproximación cautelosa”. Incluso “me obliga en mi aproximación a él a ponerme en lo peor, a anticipar su posible reacción hostil y feroz”⁴³.

El otro es “constitutivamente peligroso”. A su modo “todo *otro* ser humano nos es peligroso”. Peligro significa aquí incertidumbre, riesgo: “lo peligroso no es resueltamente malo y adverso” sino que “puede ser lo contrario, benéfico y feliz”, pero para saberlo hay que “experimentarlo”⁴⁴.

La vida con los otros, que tienen “un modo de ser propio y peculiar” que es “incoincidente con el mío”, es una “efectiva lucha”, un “choque constante”. La armonía de los que conviven “es sólo un equilibrio resultante, un buen acomodo y adaptación mutua a que han llegado después de haber recibido cada uno los innumerables impactos y choques con el otro”⁴⁵.

⁴¹ Ibidem, p. 160.

⁴² Ibidem, pp. 181 y 179.

⁴³ Ibidem, pp. 137, 183 y 188.

⁴⁴ Ibidem, pp. 188 y 189. El olvido de la “periculosidad básica” del otro ha sido “la causa mayor de los sufrimientos y catástrofes que en los últimos treinta y cinco años venimos sufriendo”, que “hizo a los europeos perder el alerta sin el cual los humanos no pueden, no tienen derecho a vivir” (p. 189).

⁴⁵ Ibidem, p. 190.

Precisamente en el “choque” y en el “forcejeo” con el otro me descubro a mí mismo, pues “contra lo que pudiera creerse, la primera persona es la última en aparecer”. El hombre “originario” es el otro que vive con nosotros. Me veo a mí mismo a través de la mirada de los otros. El yo se va perfilando en el trato con los otros. En el escenario de la vida “es nuestro *yo* el último personaje que aparece”⁴⁶.

Es lo inverso del idealismo, que a partir del anclaje firmemente establecido en el yo deducía todo lo demás. Pero el yo no es un postulado sino el resultado de la interacción. Al vivir con los otros surge “la sorpresa que es el yo”. Pues “averiguamos que somos *yo* después y gracias a que hemos conocido antes los *tús*, nuestros *tús*, en el choque con ellos, en la lucha”. De modo que “el *ego* concreto nace como *alter tu*” en la relación social⁴⁷.

La alteridad forma también parte de nosotros mismos porque vivir es poder ser otro y llegar a serlo efectivamente. El hombre “no tiene un ser fijo o fijado: su ser es precisamente libertad de ser”. Por eso “mientras vive puede siempre ser distinto de lo que ha sido hasta aquel momento; más aún, es de hecho siempre más o menos distinto”. Pues “la vida es cambio; se está en cada nuevo instante siendo algo distinto del que se era, por tanto sin ser nunca definitivamente *sí mismo*”⁴⁸.

En la convivencia forjamos “*algo así como un mundo común y objetivo*”, un mundo “valedero universalmente, es decir, para todos”. Pero la unanimidad es más supuesta que real. De hecho “sólo coincidimos en la visión de ciertos gruesos y toscos componentes del mundo”. Basta con que la lista de las coincidencias y la lista de las discrepancias vayan “compensándose”. Basta con que haya un “torso de coincidencias” que sea “suficiente para que de hecho creamos todos los hombres vivir en un mismo y único mundo”⁴⁹.

Lo que llamamos *mundo* es “una inmensa conjetura que en nuestra convivencia vamos haciendo”. Como tal es “siempre problemática”. Es un “mundo presunto o verosímil” que tiene la “pseudo-realidad” de la “convencionalidad”. En gran medida “no me es patente sino presunto y, por ello, preconjetural”⁵⁰.

⁴⁶ Ibidem, pp. 153 y 181.

⁴⁷ Ibidem, pp. 174, 194 y 196. N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., dirá que como el yo adquiere su carácter propio “sólo al contrastarse frente a otro yo (tú)”, esto “le impide cualquier autofijación ontológica” (p. 101).

⁴⁸ J. ORTEGA Y GASSET, *El hombre y la gente*, cit., pp. 186 y 187.

⁴⁹ Ibidem, pp. 151 y 152.

⁵⁰ Ibidem, pp. 176 y 178.

Este mundo construido “no tiene una realidad incuestionable, es sólo más o menos verosímil, en muchas de sus partes ilusorio”. Por eso “me impone el deber no ético sino vital de someterlo periódicamente a depuraciones a fin de que sus cosas queden puestas en su punto, cada una con el coeficiente de realidad o irrealidad que le corresponde”. El mundo humanizado de la “convencionalidad circundante” es en buena parte obra del derecho⁵¹.

4. PUNTOS DE REFLEXIÓN

De la perspectiva orteguiana se pueden extraer varios aspectos relevantes para el problema de los inmigrantes y de los refugiados.

En primer lugar, poner el acento en la alteridad nos hace ver que la *experiencia del extranjero* no es un hecho excepcional sino lo habitual en la vida cotidiana. Los otros son siempre extranjeros. Yo mismo soy extranjero. La figura del inmigrante o del refugiado es una manifestación más de la extranjería constitutiva de la convivencia. Y es posible que personas con las que siempre hemos vivido sean para nosotros más extrañas que las que vienen de otras partes del mundo.

En segundo lugar, el otro es constitutivamente peligroso. La advertencia de Ortega no extrañará a los juristas. El moralista puede ser ingenuo y predicar la bondad; el jurista sería frívolo si no tuviera presente la potencial conflictividad del ser humano. Pero los riesgos que corremos con los inmigrantes pueden no ser mayores que los que proceden de nuestros vecinos. Además las principales amenazas a nuestro modo de vida puede que vengan de ciertos aspectos de la dinámica económica y de ciertas ideologías de nuestro propio mundo occidental. Por otra parte la necesidad de estar alerta implica no entregarse al sentimentalismo, explosión de emociones (tanto de aceptación como de rechazo del otro) sin el contrapeso de un análisis de los hechos, del juicio crítico y del sentido de la responsabilidad.

En tercer lugar, la comunicación con el otro es *problemática y paradójica*. La sensación de comunicación fluida que tenemos con nuestros compatriotas puede deberse a que apenas nos comunicamos. En la convivencia nos habituamos los unos a los otros. En su mayoría sólo son “gente”, en el sentido orteguiano de masa indiferenciada, pero no se destacan como un tú al que interpelar. Presuponemos que nos entendemos porque coexistimos y nos

⁵¹ Ibidem, pp. 178 y 179.

relacionamos superficialmente. Si intentáramos comunicarnos comprobaríamos que en ocasiones puede resultar más difícil hacerlo que con otros que no hablan nuestro idioma o están recién llegados a nuestro mundo.

La comunicación entre *ego* y *alter* conecta mundos distintos. No es un recorrido homogéneo, de *ego* a *ego*, sino una trayectoria más o menos accidentada. Exige atravesar diferencias. Se establece en resistencia a la incomunicación y siempre hay un núcleo de incomunicación alojado en ella. No equivale a consenso ni tiende al acuerdo. Es co-respondencia: el otro me responde, quizá con el rechazo, o con otra propuesta. En sus mejores momentos no está hecha de acuerdos, de reiteraciones y corroboraciones, sino de sorpresas.

La comunicación que articula la convivencia no es un traslado de bloques de sentido ya empaquetados, que *ego* remite a *alter*, y que éste acepta o rechaza. No es como un servicio postal ni como una transferencia bancaria. Entrar en comunicación es abrirse a un *proceso de transformaciones* que redefine tanto al *ego* como al *alter*. Y su contenido se genera dentro del mismo proceso comunicativo y está sujeto a reformulaciones. El sentido se crea, se desplaza y arrastra a los que intervienen.

En cuarto lugar, la necesidad de anticipar la respuesta del otro nos lleva a plantear la dimensión de las *expectativas*. La relación entre *ego* y *alter* genera un intercambio de expectativas. Cada uno anticipa cómo será el otro y presupone qué hará. En función de esto plantea su propia posición y su acción. Las expectativas prefiguran al otro (como la precomprensión en la hermenéutica, o el prejuicio en la toma de decisiones). Son marcos de referencia que funcionan como *esquemas de orientación*. Todo dependerá de cómo nos figuramos al otro. El otro queda configurado desde la expectativa que nos hacemos, que se irá reajustando en el transcurso de la observación y del trato. Las expectativas elaboran un *planteamiento del otro*.

Pero las expectativas están condicionadas socialmente⁵². Son conjeturas y convenciones. En toda sociedad hay redes y estructuras de expectativas. Hay

⁵² El concepto de expectativa tiene gran importancia en T. PARSONS, *El sistema social*, trad. de J. Jiménez y J. Cazorla, Alianza, Madrid, 1999, pues “es una propiedad de la acción no consistir en ‘respuestas’ *ad hoc* a ‘estímulos’ particulares de la situación; por el contrario, el actor desarrolla un *sistema* de ‘expectativas’ en relación con los diferentes objetos de la situación” (p. 18). Y “parte de la expectativa del ego –en muchos casos, la parte más crucial– consiste en la *reacción* probable del alter a la acción posible del ego; reacción que puede anticiparse y, por ello, afectar a las propias elecciones del ego” (p. 19). Sobre la relación de las expectativas con el procesamiento social de sentido cfr. N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., pp. 107 y ss. Las expectativas son selectivas y transmiten complejidad organiza-

que contar con una “economía de las expectativas”: una producción, distribución y gestión de expectativas. Las categorías sociales de percepción orientan decisivamente nuestra experiencia. ¿Qué esperamos del otro, que esperamos de nosotros mismos, que esperamos que el otro espere de nosotros? No son simplemente cuestiones personales pues toda sociedad promueve expectativas, simplifica, propone esquemas prefabricados y los pone en circulación. Desde las expectativas se proporcionan horizontes de sentido y se elaboran significados. Por eso la atención al inmigrante requiere una *política de las expectativas*.

Y, por último, el mundo común que nos permite convivir no está basado en la unanimidad. Es una articulación de mundos inconmensurables. Se puede convivir respetando las diferencias. Pero la convivencia acaba fracasando si se reduce a mera coexistencia. Es preciso abrirse a la experiencia de la diferencia, a la alteridad fecunda de las posiciones que se provocan y se estimulan recíprocamente. No se trata de una convergencia (como en ciertas teorías del diálogo y de la comunicación) sino de saber mantener una “conversación” y una cooperación.

El mundo común es un mundo convencional hecho de conjeturas, de presunciones, de ilusiones y de revisiones. Es un lugar de encuentros y un *compensador* de diferencias. Para que funcione es necesario tener *proyectos* comunes con los que nos imaginemos viviendo juntos. No se trata de idearios ni de programas sino de esquemas de mundo compartidos con horizonte de futuro. La idea de proyecto, tan importante en Ortega, implica mucho más que un acuerdo en torno a una serie de principios constitucionales básicos. Exige generar dinámicas que ilusionen, impulsos, estímulos para la acción.

5. ALTERIDAD RADICAL

Lévinas ha desarrollado una teoría de la *alteridad radical* para describir nuestra relación con el otro, con su potencia y su dureza, con su carácter extremo, emocionante y desconcertante, con el enorme desafío que supone. La alteridad es la experiencia por excelencia de la convivencia⁵³. No es una exageración. La incomodidad

da, pero los sistemas autorreferenciales efectúan también una “continua reorganización de la expectativa” (pp. 107-108). Es necesario construir expectativas sobre expectativas (cfr. pp. 277 y ss.). Cfr. también Id., *Rechtssoziologie*, Westdeutscher Verlag, Opladen, 1987, pp. 33 y ss.

⁵³ E. LEVINAS, *Totalidad e infinito. Ensayo sobre la exterioridad*, trad. de D. E. Guilloit, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1987, recuerda que “experiencia significa precisamente relación con lo absolutamente otro” (p. 51).

ante esta visión puede deberse a que en la vida cotidiana nuestra percepción de la alteridad queda amortiguada y desactivada por todo tipo de intereses y hábitos. Nos gustaría que al decir tú encontráramos otro yo. Querríamos que el “nosotros” fuera una reunión de otros como yo. Pero nada de esto sucede en la realidad. Casi hemos olvidado al otro y tenemos que recuperarlo.

Podemos comenzar señalando que “el otro en cuanto otro no es solamente un *alter ego*: es aquello que no soy yo”. Pero no basta. Hay que plantear “lo absolutamente Otro”. Encontrar al otro es una experiencia de “trascendencia”, que me saca de mí mismo (y me puede poner fuera de quicio), que rompe mis esquemas. El otro “desborda absolutamente toda *idea* que puedo tener de él”. Me asalta la alteridad irreductible de un ser que escapa a mi comprensión y me pone en cuestión. Pues aunque dispusiera de mucha información “el interlocutor no podría ser deducido”⁵⁴. No se deriva de mis planteamientos. Es una sorpresa.

Hay que aclarar que “Otro (*Autrui*) no es inicialmente el semejante o el prójimo” sino “aquel con quien, inicialmente, no tengo nada en común”. Habría que soslayar “el término *prójimo* (*prochain*) y el término *semejante*”, por su alusión a similitudes. El concepto *hombre* no designa un “género”, pues “los hombres son absolutamente diferentes unos de otros”, sino la “fraternidad humana”⁵⁵.

Afirmaremos que “todos los hombres son iguales, pero no son los mismos”. Más allá de las semejanzas, “el Yo” es “absolutamente único” y “no tiene nada en común con el Otro”. Hay una “diferencia inicial”, y no una “diferencia debida a la ausencia o presencia de un rasgo común”. No se trata de una “diferencia de formación, de cultura, de caracteres que distinguen a los hombres”. Estas son sólo “cualidades diferentes”, pero “lo que es único en cada hombre” es que “es Yo”⁵⁶.

Y sin embargo no podemos partir del Yo. Pues el “derecho del hombre” no es el “derecho de un Yo”. Es preciso “impugnar que la humanidad del hombre resida en su posición de Yo”. Pues, a diferencia de lo que siempre se

⁵⁴ Id., *El Tiempo y el Otro*, trad. J. L. Pardo, Paidós, Barcelona, 1993, p. 126; *Totalidad e infinito*, cit., pp. 63, 109 y 115.

⁵⁵ Id., *La realidad y su sombra. Libertad y mandato. Trascendencia y altura*, trad. de A. Domínguez Leiva, Trotta, Madrid, 2001, pp. 117 y 118 (del último de los textos reunidos en este volumen).

⁵⁶ Ibidem, p. 120. En Id., *Entre nosotros. Ensayos para pensar en otro*, trad. J. L. Pardo, Pre-Textos, Valencia, 2001, plantea “la alteridad del *único*, exterior a todo género” (p. 225). La relación se dirige “a otro inasimilable, incomparable, a otro irreductible, a otro único”. Y “sólo el único es absolutamente otro” (p. 226).

ha dicho, “la fuente de la humanidad” es “el Otro”, tomado en “la originalidad irreductible de su alteridad”. La prioridad corresponde a la “la ley del Otro”. Es una situación de “heteronomía” en un sujeto que ha sido depuesto de su soberanía⁵⁷. Tiene que seguir una ley que no se ha dado a sí mismo y que tampoco deriva de la reciprocidad. Los derechos humanos son “derechos, ante todo, del otro hombre”⁵⁸. Y así, entregado al otro, veremos al yo “coincidir cada vez menos consigo mismo”⁵⁹. Queda descentrado, descolocado, cuestionado en su saber y en sus seguridades.

Llegados a este punto no sorprende que se caracterice al otro como extranjero. Nos encontramos con la “ausencia de patria común que hace del Otro el extranjero”. Todos somos extranjeros, pues también “yo, que no pertenezco a un concepto común con el extranjero, soy como él, sin género”. No podemos englobarnos en un conjunto homogéneo. Pues “la colectividad en la que digo ‘tú’ o ‘nosotros’ no es un plural de ‘yo’”. Esta extranjería constitutiva nos humaniza, y “paradójicamente es en tanto que *alienus* –extranjero y otro– como el hombre no está alienado”⁶⁰.

El extranjero puede suscitar desconfianza y rechazo. Pero también atracción, pues “los hombres se buscan en su condición de extranjeros”⁶¹. Aunque inquiete nos ofrece “una invitación al bello riesgo del acercamiento”. Nos incita a “la exposición del uno al otro”⁶². No podemos considerarle sólo como amenaza. Una visión siniestra de la alteridad sería unilateral. No sólo hay miedo. La potencia de la alteridad no se entiende sin la fascinación por el otro.

El otro me incumbe. Me llama y no puedo permanecer indiferente. Comienzo por responder *al* otro, pero llegaré a tener que responder *del* otro. Descubro con sobresalto que no sólo soy interlocutor sino también responsable. Me vincula una “responsabilidad sin la preocupación por la reciprocidad: tengo que responder del otro sin ocuparme de la responsabilidad del otro para conmigo”. Se instaura una “relación sin correlación”⁶³.

⁵⁷ Id., *La realidad y su sombra*, cit., pp. 91, 92 y 93.

⁵⁸ Id., *Entre nosotros*, cit., p. 246.

⁵⁹ Id., *La realidad y su sombra*, cit., pp. 88-89.

⁶⁰ Id., *Totalidad e infinito*, cit., p. 63; *De otro modo que ser, o más allá de la esencia*, trad. de A. Pintor-Ramos, Ediciones Sígueme, Salamanca, 1987, p. 115.

⁶¹ Id., *Humanismo del Otro Hombre*, trad. de G. González, Caparrós, Madrid, 1993, p. 93.

⁶² Id., *De otro modo que ser*, cit., p. 158.

⁶³ Id., *De Dios que viene a la Idea*, trad. de G. González R.-Arnáiz y J. M. Ayuso Díez, Caparrós, Madrid, 1995, p. 19. Sin embargo para M. BUBER, *Yo y Tú*, cit., “relación es reciprocidad” (p. 21).

El otro llega con una “dimensión de *altura*”, por lo que “el espacio inter-subjetivo no es simétrico”⁶⁴. No es simplemente un interlocutor para intercambiar ideas y experiencias, o alguien para hacer tratos. Se me viene encima como una carga inesperada e indeseada, molesta y quizá insostenible⁶⁵. Me requiere, me emplaza, se impone con una exigencia de la que no puedo desentenderme. El otro “pide justicia” y “me juzga”⁶⁶.

Sin pretenderlo ni merecerlo, me he convertido en responsable de un extraño. He adquirido una “responsabilidad que no se justifica por ningún compromiso previo”. Soy deudor suyo, pero con una “deuda que precede a todo préstamo”. Me acusa, pero con “una acusación que precede a la falta”⁶⁷. He contraído una responsabilidad extravagante y atípica.

Y por si fuera poco es una responsabilidad ilimitada. Pues “el Yo delante del Otro (*Autru*) es infinitamente responsable” y “nada de lo que concierne a este Extranjero puede dejarlo indiferente”⁶⁸. Es una exigencia desbordante que, a diferencia de las categorías jurídicas, no conoce límites. El otro, sin derecho positivo en que apoyarse, hace valer un “derecho infinito”⁶⁹.

No puedo abordarle con principios, con abstracciones, pues no me he topado con un ser anónimo e impersonal, sino con “el otro como rostro”. No puedo encasillarle ni sujetarle a mis categorías: “el rostro quiebra el sistema”. Tendré que pensar y actuar “a partir del rostro del otro”⁷⁰. La singularidad de un ser humano concreto me mira cara a cara, me señala y se dirige a mí en particular. No es cualquier otro sino precisamente éste, del que quizá no sé nada y permanece indescifrable, el que me solicita, el que me presenta “la infinitud del rostro” y me exige “recibir este rostro de lo infinito”. Experimento de modo desconcertante “mi responsabilidad frente a un rostro que me mira absolutamente extraño”, que “en su desnudez de rostro me presenta la indigencia del pobre y del extranjero”⁷¹.

⁶⁴ E. LEVINAS, *Totalidad e infinito*, cit., p. 109; *El Tiempo y el Otro*, cit., p. 126.

⁶⁵ En Id., *La realidad y su sombra*, cit., el otro aparece como una “carga” que es preciso “sostener”. No se trata de “conquistarlo”, ni sólo de soportarlo, sino de “sostenerlo” (p. 101).

⁶⁶ Id., *Totalidad e infinito*, cit., p. 228.

⁶⁷ Id., *De otro modo que ser*, cit., pp. 167 y 181.

⁶⁸ Id., *La realidad y su sombra*, cit., p. 100.

⁶⁹ Id., *De lo Sagrado a lo Santo. Cinco nuevas lecturas talmúdicas*, trad. de S. López Campo, Riopiedras, Barcelona, 1997, p. 22.

⁷⁰ Id., *Entre nosotros*, cit., pp. 246 y 48. El otro no es un dato sino una persona: “El ‘descubrimiento’ del otro –no ya como dato precisamente ¡sino como rostro!–”, “Entretien avec Emmanuel Lévinas”, *Revue de métaphysique et de morale*, 1985, 90, n° 3, p. 309.

⁷¹ Id., *Totalidad e infinito*, cit., pp. 229, 227 y 226.

¿Qué pasa cuando encuentro al otro? La teoría de Lévinas ha derivado de la exigencia de hospitalidad a la condición de rehén⁷². En principio se trataba de “recibir” al Otro (y recibir *del* otro), y de tener que hacerlo incluso “más allá de la capacidad del Yo”. Pero esto, que es tan difícil, resulta insuficiente. Con la *acogida* al otro me convierto en su rehén. El anfitrión queda en manos de su huésped. Parecía excesivo decir que “el sujeto es un anfitrión”⁷³. Era una provocación para la teoría clásica. Pero acabamos descubriendo que somos prisioneros del otro: “el sujeto es rehén”⁷⁴. Estalla el escándalo de la alteridad.

Sin embargo este *lenguaje ontológico* “no es, en absoluto, un lenguaje definitivo”. Es preciso incorporar el *lenguaje jurídico*. Se produce un giro brusco. No basta con la relación cara a cara, exclusiva y excluyente. Hay muchos otros que también me conciernen. Aparece la figura del *tercero*, de cualquier otro, de “toda la humanidad que nos mira”. La atención al más próximo no me autoriza a ignorar a “todos los otros del otro”. Ahora “el otro es de golpe hermano de todos los hombres”. Por eso “en el otro está representado el tercero”⁷⁵.

Tengo que modificar la perspectiva. Pues “si estoy yo solo con el otro, se lo debo todo a él; pero existe el tercero”. De ahí “la necesidad de moderar ese privilegio del otro”. Para ello “es necesario pesar, pensar, juzgar, comparando lo incomparable”. Se necesita una medida común y aparece la dimensión de la “justicia”. Lo intersubjetivo ya no se presenta sólo como una relación personal y única, en su inmediatez: surge una perspectiva institucional, distanciada e impersonal. Con lo que “se ha limitado lo infinito que se abre en el seno de la relación ética de hombre a hombre”⁷⁶.

Se partía de un derecho infinito, pues “todo comienza por el derecho del otro y mi obligación infinita para con él”. Es una exigencia radical de *humanidad*, por más que esté por encima de nuestras posibilidades. Pero la *sociedad* implica “la limitación de este derecho y de esta obligación”. Vivimos en un mundo de ciudadanos, y no sólo en la dimensión del cara a cara con el otro.

⁷² Cfr. J. DERRIDA, *Adiós a Emmanuel Lévinas. Palabra de acogida*, trad. de J. Santos Guerrero, Trotta, Madrid, 1998, pp. 31 y ss.

⁷³ E. LEVINAS, *Totalidad e infinito*, cit., pp. 75 y 303.

⁷⁴ Id., *De otro modo que ser*, cit., p. 180. Cfr. también p. 114 y pp. 187 y ss.

⁷⁵ Id., *De Dios que viene a la Idea*, cit., p. 143; *Totalidad e infinito*, cit., p. 226; *De otro modo que ser*, cit., p. 237.

⁷⁶ Id., *Ética e infinito*, trad. de J. M. Ayuso, Visor, Madrid, 1991, pp. 84 y 76.

Con el “contrato”, a diferencia del contractualismo habitual, “se trata de limitar mis deberes antes que de defender mis derechos”⁷⁷.

Partíamos del “derecho original” del otro, único e incomparable. Pero el tercero “me saca de mi proximidad al otro” y apela a “una Razón capaz de comparar a los incomparables”, capaz de “imponer una medida” a mi infinita responsabilidad hacia el otro. El “derecho del único” se replantea en un derecho de todos. La “unicidad” humana “se reduce” a “particularidad”. Aparece la condición de “individuo del género humano” o de “ciudadano” de un Estado determinado. La responsabilidad infinita, que “responde sin razones ni reservas a la llamada del rostro”, ahora “queda apaciguada por la justicia”, que contempla individuos y ciudadanos, que traza límites y maneja razones⁷⁸. La asimetría inicial da paso a la reciprocidad de los derechos y de los deberes.

Pero no hay que olvidar el punto de partida: “nada se escapa al control propio de la responsabilidad del uno para con el otro”. No puede haber “neutralización” de la relación originaria sino una nueva inscripción en “una estructura más compleja que el cara-a-cara”. La justicia “debe estar siempre controlada por la relación interpersonal inicial”⁷⁹.

El derecho “no puede hacernos olvidar el origen” en la unicidad del otro, ahora “recubierta” institucionalmente. No puede abandonar el compromiso con el otro que “precede a todo género” y que “libera de todo género”. No puede dejar de reconocer “el rostro humano disimulado” en tipologías. Tiene que saber escuchar “los gritos que penetran por los intersticios” de las instituciones⁸⁰.

Surge así un derecho “capaz de ponerse a sí mismo en cuestión”. Un derecho agitado desde dentro por un infinito que no se agota ni se deja plasmar, pero que “deja la huella de su imposible encarnación y de su desmesura”, aunque sólo sea una “huella fugaz que se borra y reaparece, que es como un signo de interrogación”⁸¹.

Un “infinito inolvidable” anima el derecho y su justicia. Se invoca “una justicia que siempre ha de hacerse más sabia”, que no llega a solidificarse, que “ha de ser constantemente protegida contra su propia dureza”. Hay

⁷⁷ Id., *De lo Sagrado a lo Santo*, cit., p. 25.

⁷⁸ Id., *Entre nosotros*, cit., pp. 227, 278 y 252.

⁷⁹ Id., *De otro modo que ser*, cit., p. 238; *Entre nosotros*, cit., p. 132; *Ética e infinito*, cit., p. 84.

⁸⁰ Id., *Entre nosotros*, cit., pp. 227 y 228.

⁸¹ *Ibidem*, p. 253; *De otro modo que ser*, cit., p. 241.

“un incesante remordimiento profundo por parte de la justicia”, que necesita ser permanentemente revisada y corregida. Hay una “mala conciencia de la Justicia, que sabe que no es justa” o no lo es suficientemente. La búsqueda de “senderos hacia ese otro que sufre” pertenece al “trabajo de la justicia”⁸².

6. HOSPITALIDAD INCONDICIONAL

Observa Derrida que el recibimiento del otro suele basarse en un “pacto de hospitalidad” que establece vínculos recíprocos. El que llega deja de ser “el otro absoluto” o “el otro radical” (el bárbaro, el salvaje) y adquiere la condición de “extranjero”⁸³. Se convierte en sujeto de derecho, responsable ante la ley. El extranjero (*hostis*) es aceptado como huésped. Pero bajo las relaciones de *hospitalidad* acechan elementos de *hostilidad*.

El que recibe es el señor del lugar. Recibe pero también gobierna. Quiere seguir siendo dueño de su casa e impone condiciones. Ejerce un “poder de hospitalidad”, una “soberanía de anfitrión”⁸⁴. El derecho de extranjería del país que recibe o expulsa toma prevenciones frente al extranjero indeseable, al intruso que invade el propio hogar, al huésped abusivo, ilegítimo o clandestino. Se puede pretender integrarlo sin respetar su alteridad, neutralizándolo y asimilándolo.

⁸² Id., *Entre nosotros*, cit., pp. 277 y 278.

⁸³ J. DERRIDA, *La hospitalidad*, trad. de M. Segoviano, Ediciones de la Flor, Buenos Aires, 2006, pp. 31, 27 y 75.

⁸⁴ *Ibidem*, p. 57. Hay incluso una “violencia del poder de hospitalidad” (p. 147), aunque sólo sea la que deriva de no hablar la misma lengua (cfr. pp. 21 y s.) o de no compartir la misma cultura (cfr. p. 133). Pero, aunque el idioma fuera el mismo, estaría presente la violencia del lenguaje. Por eso no habría que oponer simplemente discurso (comunicación, diálogo) a violencia, pues ya advertía Id., “Violencia y metafísica”, cit., que “el discurso es originariamente violento” (p. 156), por más que la palabra, al dejar hablar al otro, sea “la primera derrota de la violencia” (p. 158). De modo que “la violencia irreductible de la relación con el otro” es “al mismo tiempo no-violencia” en la medida en que “abre la relación con el otro” (p. 173) y no lo ignora, lo rechaza, lo somete sin más o lo condena al silencio. Todo lenguaje articulado es violento: “una palabra que se produjera sin la menor violencia no de-terminaría nada, no diría nada, no ofrecería nada al otro”. El lenguaje no violento sería “un lenguaje de pura invocación, de pura adoración, que no profiere más que nombres propios para llamar al otro a lo lejos”. Pero “la violencia aparece con la *articulación*” y “no hay frase que no determine, es decir, que no pase por la violencia del concepto” (p. 201). Todo esto es muy visible en el lenguaje jurídico. Por otra parte el discurso, abriéndose y replanteándose, podrá hacerse violencia a sí mismo y avanzar hacia posiciones más satisfactorias en la acogida del otro (cfr. p. 175).

Pero hay otra hospitalidad que excede a la realidad presente. Es la “hospitalidad absoluta o incondicional”, que se da sin contrapartida. Es una hospitalidad “hiperbólica” ofrecida “al otro absoluto, desconocido, anónimo”; una “hospitalidad ilimitada” que dice “sí, *al recién llegado*”, y le acepta antes de cualquier “identificación”⁸⁵. Representa el “imperativo categórico de la hospitalidad”⁸⁶.

Esta hospitalidad impracticable es paradójicamente la que da sentido y “gobierna” el “concepto general de hospitalidad”. Es “heterogénea” pero “indisociable” de la que practicamos. La cuestiona y la sobrepuja, la “rompe” para hacerla progresar. La relación entre ambas es tan exigente y conflictiva como la que hay entre justicia y derecho. Podemos hablar de “hospitalidad justa” frente a la “hospitalidad de derecho”⁸⁷.

Cuando a la “Ley de la hospitalidad”, a “la ley” rectora, se añaden “las leyes” positivas, se produce una “antinomía insoluble”, la aporía de una “antinomía no dialectizable”. Los preceptos antagónicos “no son simétricos”: hay una “extraña jerarquía” pues “la ley está por encima de las leyes”, pero es una ley “ilegal, transgresora, fuera de la ley”, una “ley anómica (*nomos a-nomos*)”. Los términos de la antinomía son inseparables pues “se implican y se excluyen simultáneamente”. La ley incondicional necesita de las leyes jurídicas para ser efectiva, aunque “la amenazan” e incluso “la corrompen o la pervierten”. Y las leyes positivas sólo deberían poner condiciones “en

⁸⁵ Id., *La hospitalidad*, cit., pp. 31, 79 y 81. La “hospitalidad absoluta” aparecía ya en Id., *Espectros de Marx. El Estado de la deuda, el trabajo del duelo y la nueva Internacional*, trad. de J. M. Alarcón y C. de Peretti, Trotta, Madrid, 1995, p. 188.

⁸⁶ Id., *La hospitalidad*, cit., pp. 79-80. No obstante Derrida expresa ciertas reservas frente a esta terminología kantiana, dado que se trata de una acción “graciosa” (p. 85), de un “don sin reserva” (p. 135) y no estrictamente de un deber. Consiste en una “ley sin imperativo” (p. 85), una “ley sin ley”, una llamada que “manda sin exigir” (p. 87) y está más allá del deber.

⁸⁷ Ibidem, p. 31. En Id., *Fuerza de ley. El “fundamento místico de la autoridad”*, trad. de A. Barberá y P. Peñalver, Tecnos, Madrid, 1997, la justicia se caracteriza como “experiencia de la alteridad absoluta” (p. 64). En Id., *No escribo sin luz artificial*, trad. de R. Ibañes y M. J. Pozo, Cuatro ediciones, Valladolid, 1999, se plantea como “una relación que respeta la alteridad del otro y responde al otro, a partir del hecho de pensar que el otro es otro” (p. 98). En Id., *Papel Máquina. La cinta de máquina de escribir y otras respuestas*, trad. de C. de Peretti y P. Vidarte, Trotta, Madrid, 2003, insiste en que justicia y derecho son nociones heterogéneas pero inseparables. Hay una “justicia que no está aún inscrita en el derecho”, que excede las instituciones tal como las conocemos. Por eso “nunca será el derecho adecuado a la justicia”. Pero “una justicia no sería justa si no buscara incorporarse a la efectividad de un derecho, es decir, también de una fuerza”. Y, frente a políticas restrictivas, “siempre se pueden discutir los límites jurídicos actuales en nombre de una justicia aún por venir” (p. 299).

nombre de lo incondicional". Hay que buscar "esquemas intermediarios" entre ambas legalidades⁸⁸. Y habrá algo que siempre permanezca *insoluble*.

Nos debatimos entre dos lógicas: la *lógica de la invitación* y la *lógica de la visitación*. En la primera alguien "acoge al otro en su propio horizonte" y "plantea sus condiciones, pretendiendo saber a *quién* va a recibir, esperar e invitar, y *cómo*, hasta qué punto, a *quién* le es posible invitar". En la segunda el anfitrión "dice que sí a la venida o al acontecimiento *inesperado e imprevisible* del que viene", de aquél que llega "sin ser invitado, sin hacerse anunciar, sin horizonte de espera". La invitación "conserva el control y recibe en los límites de lo posible", de modo que "economiza la hospitalidad" desde la política y el derecho. Pero la visitación es "pura hospitalidad" abierta a la "alteridad absoluta". Hay que buscar la mejor "transacción" entre ambas para hacer "posible" lo "im-posible"⁸⁹.

La visitación recibe al "huésped absoluto", no a un "huésped invitado que estoy preparado para acoger". Su llegada imprevisible e inevitable "destroza mi horizonte de espera" y desborda mi capacidad a acogida. Recibo aunque "la venida del otro me excede, parece más grande que mi casa, va a poner el desorden en mi casa, no puedo prever si va a conducirse bien en mi casa". Experimento la "verticalidad" del "otro absoluto que cae sobre mí", que "debe caerme encima"⁹⁰. Y pronuncio el sí incondicional al otro desconocido, en un "acto de fe"⁹¹.

La toma de decisiones se sitúa dramáticamente "entre" las dos figuras irreductibles de la hospitalidad que "se reclaman una a la otra, de modo desconcertante". Su *intersección* implica "poner en suspenso" e incluso "traí-

⁸⁸ Id., *La hospitalidad*, cit., pp. 85, 81, 83, 145 y 147. Derrida evita hablar en términos de ideal. La hospitalidad incondicional no se presenta como la *hospitalidad ideal*. No puede quedar como una *idea* inaccesible, infinitamente alejada en el horizonte, *meramente reguladora* en sentido kantiano (cfr. p. 147), sino que "rige la urgencia más concreta, aquí y ahora" (*Papel máquina*, cit., p. 314). Además está por pensar y por venir: tiene la estructura de la promesa (cfr. Id., *El otro cabo. La democracia, para otro día*, trad. de P. Peñalver, Ediciones del Serbal, Barcelona, 1992, p. 64).

⁸⁹ Id., *Papel Máquina*, cit., p. 261, nota 9. El pensamiento de la hospitalidad desafía la teoría y la experiencia de la posibilidad.

⁹⁰ Id., "Cierta posibilidad imposible de decir el acontecimiento", en Id. y otros, *Decir el acontecimiento, ¿es posible?*, trad. de J. Santos, Arena Libros, Madrid, 2007, pp. 94 y 95.

⁹¹ Ibidem, p. 107. Tiene que ser una "fe hipercrítica" que, aunque se exponga al otro y confíe en él, no sea credulidad, pues "creer al otro o en el otro" no implica ignorar que "lo peor siempre puede ocurrir", Id., *Canallas. Dos ensayos sobre la razón*, trad. C. de Peretti, Trotta, Madrid, 2005, p. 183.

cionar” la hospitalidad absoluta para proteger lo propio ante “la llegada ilimitada del otro” y también para “hacer la acogida efectiva, determinada, concreta”. Es preciso establecer condiciones que “transforman el don en contrato, la apertura en pacto vigilado”. De ahí “los derechos y deberes, las fronteras, los pasaportes y las puertas”. Es preciso regular y “controlar”⁹². La ley de la hospitalidad se transforma en leyes de inmigración.

Pero esto no significa renunciar al pensamiento de la hospitalidad sin reservas. La reglamentación no debe hacerse por razones simplemente pragmáticas ni oportunistas, ni mucho menos desde el miedo infundado al otro, sino “en nombre de la hospitalidad pura e hiperbólica”. Hay que “inventar las mejores disposiciones, las condiciones menos malas, la legislación más justa” para “hacerla lo más efectiva posible”. Claro está que es preciso “evitar los efectos perversos de una hospitalidad ilimitada”. Hace falta “calcular los riesgos, sí, pero no cerrar la puerta a lo incalculable, es decir, al porvenir y al extranjero”. Nos situamos así en un “lugar inestable” atravesado por “la doble ley de la hospitalidad”, en la *polaridad*, en la “tensión entre dos leyes igualmente imperativas pero sin oposición”. La hospitalidad incondicional es el “polo absoluto, fuera del cual el deseo, el concepto y la experiencia, el pensamiento mismo de la hospitalidad no tendrían sentido alguno”. En su nombre tenemos que hallar la mejor “transacción” jurídica, siempre insuficiente y perfectible⁹³.

Los dos tipos de hospitalidad representan “dos figuras de la racionalidad” que “se requieren y a la vez se exceden la una a la otra”. Hay que “pensar *conjuntamente*” los términos de la escisión que “divide a la razón”. La hospitalidad incondicional “es la única que puede dar su sentido y su racionalidad práctica a cualquier concepto de hospitalidad”. Es el *postulado* que “da cuenta y *debe* dar cuenta de todo”. Pero necesita entregarse a la “razón calculadora”⁹⁴.

Se busca una “transacción” en la que “la razón transita y transige entre, por una parte, la exigencia razonada del cálculo o de la condicionalidad y, por otra parte, la exigencia intransigente, es decir, no negociable, de lo incalculable incondicional”, de la “exigencia intratable”. Pues “es preciso tanto

⁹² Id., *Papel Máquina*, cit., p. 239.

⁹³ Ibidem, pp. 240 y 315.

⁹⁴ Id., *Canallas*, cit., pp. 178 y 180. Prefiere hablar de *postulado* que de *principio* (que evoca una autoridad soberana) o *axioma* (que quizá haría pensar en un valor superior y en una escala comparativa de valoraciones), cfr. p. 170.

el cálculo como lo incalculable". Mantener la razón es un esfuerzo aporético empeñado en la "transacción imposible" entre el cálculo y lo incalculable, sin que haya "ninguna regla previa" y "sin garantía absoluta"⁹⁵. No podemos saber con antelación qué hay que hacer.

Practicar la hospitalidad es una tarea arriesgada que debe "inventar, cada vez, en cada situación, su ley". La hospitalidad "razonable" resulta de "la apuesta razonada y argumentada de esta transacción entre las dos exigencias aparentemente inconciliables de la razón". Para ello hace falta una "invención poética". O una "traducción poética" capaz de hacer concordar dos idiomas distintos⁹⁶. Es preciso acoger "de manera inventiva"⁹⁷. Pero no es fácil compaginar exigencias incondicionales con propuestas practicables.

7. EL PODER DE LA DIFERENCIA

La problemática de la alteridad encuentra también estímulos en una teoría como la de Luhmann, plenamente comprometida con la diferencia⁹⁸. Se basa en la diferencia y en la relación de diferencias, y exige desplazarse desde una perspectiva antropológica a un enfoque sistémico.

El hombre está situado en el *entorno* (*Umwelt*) de los sistemas sociales, como una diferencia y al otro lado de una diferencia. Hay aquí una forma de extranjería. Esto no significa quitarle relevancia. Si consideramos que "el ser humano es parte del entorno de la sociedad" podemos concebirlo "de manera más compleja y, a la vez, más libre"⁹⁹. Todos –y no sólo el inmigrante– estamos en el entorno.

⁹⁵ Ibidem, p. 180. En *Fuerza de ley*, cit., advierte que "la justicia incalculable ordena calcular" (p. 64). Y no sólo "hay que calcular, negociar la relación entre lo calculable y lo incalculable, negociar sin reglas que no haya que reinventar", sino que además "hay que ir tan lejos como sea posible, más allá del lugar donde nos encontramos y más allá de las zonas identificables de la moral, de la política o del derecho" (p. 65).

⁹⁶ Id., *Canallas*, cit., pp. 181 y 188; Id., *¡Palabra! Instantáneas filosóficas*, trad. de C. de Peretti y P. Vidarte, Trotta, Madrid 2001, p. 56.

⁹⁷ Id. y E. ROUDINESCO, *Y mañana, qué...*, trad. de V. Goldstein, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2009, p. 69.

⁹⁸ Con razón ha destacado I. IZUZQUIZA, "Introducción: la urgencia de una nueva lógica", en N. LUHMANN, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, trad. de S. López Petit y D. Schmitz, Paidós, Barcelona, 1990, que su método es "el triunfo de la diferencia y de la relación sobre cualquier otra perspectiva estática" (p. 33), y su obra un "compromiso con la diferencia y con la relación", una "guía de relaciones" y "una continuada exigencia de establecer nuevas relaciones" (p. 34).

⁹⁹ N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 201.

Para Luhmann “la diferencia es la premisa”. El punto de partida es la diferencia entre sistema y entorno pues “los sistemas se constituyen y se mantienen mediante la creación y la conservación de la diferencia con el entorno, y utilizan sus límites para regular dicha diferencia”. También los seres humanos son sistemas y están constituidos por la diferencia entre sistema y entorno. En sí mismos son *diferencia*. Son seres autónomos en un contexto propio. Son la unidad de la diferencia que les constituye. Todos los sistemas son diferentes y se relacionan con un entorno que no comparten, pues “para cada sistema el entorno es distinto”¹⁰⁰.

Ego y *alter* no son identidades sino diferencias. Por eso su relación no se plantea como *intersubjetividad*¹⁰¹. Lo social no es “relación entre individuos”, de puntos que se conectan o de intersección parcial de elementos, sino relación de diferencias¹⁰². Exige un *pensamiento diferencial*.

Entre *ego* y *alter* se establece una “relación intersistémica”, es decir entre sistemas que “permanecen como entorno el uno para el otro”, incluso “entre sistemas que pertenecen recíprocamente uno al entorno del otro”¹⁰³. No se pueden fusionar, no pueden coincidir. Perderían la diferencia que les constituye.

Los sistemas están “orientados a sus propios entornos”. Y ninguno puede “disponer” de las relaciones de los otros con su entorno, a no ser que pretenda destruirlos. Experimentan su relación con el entorno como un “entramado desconcertante”, como un encuentro de *diferencias en la diferencia*¹⁰⁴.

La diferencia entre sistema y entorno es una “diferencia de complejidad”. El sistema efectúa una “reducción de complejidad”, que no consiste en pasar de lo complejo a lo simple sino en establecer grados diferentes de complejidad, en “la reducción de una complejidad por otra”. La complejidad no desaparece sino que se transforma y se reconstruye. Frente a la comple-

¹⁰⁰ Ibidem, pp. 40 y 41.

¹⁰¹ Intersubjetividad es un concepto insuficiente, una “fórmula de compromiso”, una “noción paradójica” en la que “el ‘inter’ contradice al ‘sujeto’”, Id., “Intersubjetividad o comunicación: dos diferentes puntos de partida para la construcción de una teoría sociológica”, en Id., *Complejidad y modernidad: De la unidad a la diferencia*, trad. de J. Beriain y J. M. García Blanco, Trotta, Madrid, pp. 31 y 32. En *Sistemas sociales*, cit., precisa que “la idea, muy atractiva para los sociólogos, de una constitución intersubjetiva no ayuda mucho: es demasiado evidente y, desde el punto de vista teórico, no suficientemente productiva” (p. 197).

¹⁰² Id., *Sistemas sociales*, cit., p. 116.

¹⁰³ Ibidem, pp. 202 y 201.

¹⁰⁴ Ibidem, p. 41.

alidad inaprehensible se pasa a una “*complejidad estructurada*”. Pero “sólo la complejidad puede reducir complejidad”¹⁰⁵.

Complejidad es un concepto “*pluridimensional*”, en sí mismo complejo. Implica incertidumbre, riesgo, indeterminación, contingencia. Es ruido y desorden. También falta de transparencia: “los sistemas no pueden comprender su propia complejidad (y menos aún la de su entorno), pero sí la pueden problematizar”¹⁰⁶.

La complejidad aporta un exceso de posibilidades. Para darle sentido hay que manejar “la diferencia entre actualidad y posibilidad”, que es siempre inestable. El sentido está “*inquieto*” y se transforma actualizando *otras* posibilidades. Siempre hay un excedente de complejidad, que es un “*excedente de posibilidades*”¹⁰⁷.

Ego y *alter* son “*complejidad actuante*”¹⁰⁸. Son sistemas complejos que reducen complejidad, complejidades distintas que al entrar en contacto producen una complejidad nueva. Es posible que pongan a disposición del otro su propia complejidad¹⁰⁹. ¿Cómo pueden unos sistemas tratar la complejidad de otros para construir la suya propia, cómo se puede producir una integración recíproca de complejidades?

Para tratar con complejidad hace falta capacidad de “*selección*”. La *selectividad* de los sistemas y de sus elementos es una cuestión decisiva. Hay selecciones que abren vías prometedoras, que son el presupuesto para nuevas selecciones. La complejidad aparece como un “*horizonte de selección*”. Tiene “*carácter de horizonte*” pues es un fondo de posibilidades que permanece abierto, y “*el entorno está demarcado por horizontes abiertos*”¹¹⁰.

¹⁰⁵ Ibidem, pp. 50 y 49.

¹⁰⁶ Ibidem, pp. 49 y 50.

¹⁰⁷ Ibidem, p. 82. No sólo hay que ver al inmigrante como riesgo: hay que descubrirlo como posibilidad.

¹⁰⁸ Ibidem, p. 216.

¹⁰⁹ Cfr. ibidem, pp. 201 y ss.

¹¹⁰ Ibidem, pp. 48, 50, 216 y 41. J. DERRIDA, “*Violencia y metafísica*”, cit., ha recordado a propósito de la noción fenomenológica de horizonte los rasgos de “*inadecuación*” y de “*desbordamiento*” en relación con todo lo finito (p. 161). Los “*horizontes infinitos de la experiencia*” nunca se pueden reducir a “*objetos disponibles*”. Por eso “*la importancia del concepto de horizonte es precisamente la de no poder ser objeto de ninguna constitución, y la de abrir al infinito el trabajo de la objetivación*”, en tanto que “*apertura in-definida*” (p. 162).

De este modo *ego* y *alter* se transforman en *horizontes*¹¹¹. Pues “hay que hablar del *ego* y del *alter* desde la perspectiva de un potencial abierto de determinación de sentido que le es dado en forma de horizonte a quien lo vive en él mismo o en los demás”. Su encuentro abre un doble horizonte de “posibilidades indefinidamente abiertas”¹¹².

Cada uno llega con su propio *mundo*, con su propia infinitud “inaprehensible”, rodeado de un “*mundo acéntrico*” que se desplaza con él. Todo lo que piensa, todo lo que hace y espera, tiene su propio “horizonte de mundo”. Siempre hay, tanto por lo que respecta a *ego* como a *alter*, una “referencia al mundo” que es “inmanente” a toda experiencia de sentido¹¹³. Y son siempre mundos distintos¹¹⁴.

El horizonte no es un entorno de posibilidades indefinidas, una atmósfera difusa, sino un concreto “mundo de la vida”. Incorpora los perfiles de “lo momentáneamente indudable, lo previamente obvio, la convicción profunda aproblemática”. Es un paisaje de fondo que enmarca y respalda. Presupone una “autosuficiencia plena de sentido” que proporciona una especie de “metaseguridad”¹¹⁵. Pero, precisamente por su carácter de horizonte, está abierto a otras posibilidades.

Con todo, no se puede vivir en el horizonte: hay que determinar. El horizonte se aleja cada vez que intentamos aproximarnos a él. Es una metáfora de lo ilimitado, pero hay que delimitar. El concepto de *límite* es decisivo. Los límites son diferencias que están en función de relaciones. Si no hay límites no hay sistemas.

Pero se trata siempre de “límites rebasables”¹¹⁶. El horizonte carece de límites: cambia cuando nos movemos y no lo podemos atravesar. Sin embargo los límites se pueden franquear. En el horizonte no hay capacidad de reflexión ni de acción. Para hacer algo hay que tener puntos de referencia. *Ego* y *alter* tienen que dar pasos, señalar, abrir caminos, establecer demarcaciones. Tienen que *delimitarse* para intentar una dinámica aproximativa. Trazan

¹¹¹ Cfr. N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., pp. 92 y 95.

¹¹² Ibidem, p. 115.

¹¹³ Ibidem, pp. 198, 86 y 87.

¹¹⁴ No se pueden fusionar los horizontes, como pretende H. – G. GADAMER, *Verdad y método*, cit., cuando caracteriza la comprensión como un proceso de “fusión de horizontes”. Aun así mantiene la “tensión” entre horizontes distintos, pues no se llega a un “horizonte único”, en una “asimilación ingenua” (p. 377).

¹¹⁵ N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 86.

¹¹⁶ Ibidem, p. 41.

límites para provocar referencias recíprocas, que quizá acaben convirtiéndose en dinámicas envolventes, generando autorreferencias.

Los límites están en función de relaciones y posibilidades operativas. No son sólo separadores que delimitan: “Los límites no se pueden pensar sin un ‘fuera’; suponen, por consiguiente, la realidad de un más allá y la posibilidad de franquearlos”¹¹⁷. Son reguladores que “pueden abrirse o cerrarse”, como válvulas que controlan flujos. No son aislantes sino puntos de contacto, membranas, intercambiadores que relacionan interdependencias y regulan relaciones entre sistemas que están “indeterminados entre sí”. Manejan una “relacionabilidad selectiva” que filtra complejidad. Y no se trata de barreras impuestas sino de “límites autogenerados”¹¹⁸.

Todo puede ser de otra manera por cada uno de los lados. *Ego* y *alter* tienen que definirse recíprocamente en una situación de *doble contingencia*. La alteridad no se manifiesta sólo porque *ego* tiene que contar con *alter*, sino también porque no hay nada predeterminado y todo podría ser de *otra* manera. En la contingencia lo dado se sitúa “a la luz de un posible estado diferente”, en un “horizonte de cambios posibles”, de “mundos posibles”, de diferencias¹¹⁹.

En todo caso habrá que pasar de una *contingencia indeterminada* a una *contingencia determinada*, estructurada de algún modo. *Ego* se lanza, proyecta su diferencia, se expone y observa si ocurre o no lo que esperaba. Se pone en marcha un juego de expectativas encabalgadas: “*Ego* debe poder esperar lo que *alter* espera de él, para poder ajustar su propia expectativa y su conducta a las expectativas del otro”¹²⁰.

Si no se bloquea al otro la interacción puede acabar generando una “contingencia articulada” que logra dirigirse a sí misma. La interacción “debe ser capaz de producir su carácter de acontecimiento autónomo, temporalizarse

¹¹⁷ Cfr. *ibidem*, p. 51, aunque cito por la versión de *Id.*, *Sociedad y sistema: la ambición de la teoría*, cit., p. 78 (que recoge el primer capítulo de *Sistemas sociales*).

¹¹⁸ *Id.*, *Sistemas sociales*, cit., pp. 51 y 52. Luhmann se refiere explícitamente a “puestos fronterizos”, es decir a puertas abiertas en el muro de la frontera, a una dinámica de “órganos fronterizos” que están en función de la comunicación (p. 52). El límite no está destinado a excluir sino a regular relaciones. Se pone para ser atravesado. Es también un dispositivo que regula la sensibilidad del sistema. Avanzamos así de un pensamiento de la divergencia (uno *frente* otro) hacia un pensamiento de la polaridad (uno *con* otro, en referencia recíproca y en tensión productiva). Habrá que ver en cada caso cuánta alteridad es capaz de incorporar y procesar un sistema. Sin duda mucha más de la que suponemos desde nuestro miedo al otro.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 116.

¹²⁰ *Ibidem*, p. 277.

a sí misma, sorprenderse a sí misma". Es preciso *exponerse al otro* para liberar una "capacidad interaccional" que pueda regularse a sí misma¹²¹. Si este proceso tiene éxito estamos ante un *sistema emergente*. Surgirá una realidad nueva, un nivel nuevo de complejidad que irá adquiriendo dinamismo propio. No es la suma de las complejidades de *ego* y *alter*. Ninguno de ellos se convierte en componente del sistema. Ambos interactúan a través de un sistema *diferenciado* en el que nunca se integran. Permanecen en el entorno.

El surgimiento de los sistemas se basa en el principio *order from noise* de Foerster: "los sistemas sociales surgen de los ruidos producidos por los sistemas psíquicos en su intento por comunicarse"¹²². El problema común sirve de estímulo, ejerce presión para introducir diferencias y poder hacer algo *diferente*¹²³. Se trata de un "problema que se vuelve productivo", que produce un "efecto autocatalizador"¹²⁴. No es una dinámica programada, ni impuesta desde fuera, sino un proceso de "autogénesis" a partir del problema¹²⁵.

Para ello se requiere una "*constitución múltiple*". Hace falta que haya, al menos, "dos complejos de perspectivas divergentes" en interacción, que se limiten a sí mismas y lo hagan recíprocamente¹²⁶. No funciona si se rechaza la relación, si se interrumpe o se deja a la deriva. Pero no es preciso que haya sintonía ni consenso como punto de partida. Basta con iniciar una dinámica capaz de integrar la complejidad del otro y su libertad de decisión. La complejidad se irá decantando en pasos que, aunque tengan un significado distinto para cada uno de los participantes, impulsan una dinámica convergente.

¿Cómo es posible una selectividad coordinada en circunstancias tan inciertas? El "teorema de la improbabilidad" expresa que precisamente allí

¹²¹ Ibidem, pp. 376 y 378.

¹²² Ibidem, p. 203. Cfr. también sobre autoorganización E. MORIN, *Sociología*, trad. J. Tortella, Madrid, 1995, pp. 88 y ss. Las perturbaciones son fuente de organización: "el desorden supone un dispositivo autogenerativo" (p. 101).

¹²³ Cfr. N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 97. Nos encontramos por tanto con un *pensamiento problemático*, con una especie de *tópica* en la que "el problema actúa siempre como guía" (T. VIEHWEG, *Tópica y jurisprudencia*, trad. de L. Díez-Picazo, Taurus, Madrid, 1986, p. 54). Desde el problema, desde la aporía, se buscan lugares para salir. Pero cuando no hay un repertorio de tópicos prefabricados hay que inventar el *lugar común*.

¹²⁴ N. LUHMANN, *Sistemas sociales*, cit., p. 128. Plantea que "los problemas son catalizadores realmente efectivos de la vida social". Recupera así "la idea básica procesada por la dialéctica (quizás un poco prematuramente)" (p. 129).

¹²⁵ Ibidem, p. 133.

¹²⁶ Ibidem, p. 59.

donde hay un problema se puede generar un sistema que “transforma lo improbable en probable”. En vez de un aumento de entropía se inicia “un proceso estrictamente autopoietico, que produce por sí mismo aquello que lo hace posible”¹²⁷.

En un primer momento es improbable que *ego* y *alter* encuentren puntos de contacto. Pero, al estar referidos el uno al otro en situación de doble contingencia, el ruido mutuo puede provocar un orden incipiente, aunque esté atravesado por conflictos. En un contexto autorreferencial, en el que “A es determinado por B y B por A”, encontraremos que “cualquier casualidad, impulso o error se vuelve productivo”. Se irá generando una “constelación contingente entre *ego* y *alter*”¹²⁸.

Cada *ego* es *alter* de su *alter ego* y lo tiene en cuenta¹²⁹. Cuando cada uno de ellos no sabe lo que hará, ni sabe lo que hará el otro, pero sabe que lo que haga el otro depende de lo que él hace, aparece la posibilidad de orientarse hacia el otro para determinar la propia conducta. A través de esta “duplicación de la improbabilidad” puede surgir un sistema. Pues “los sistemas sociales se generan porque (y sólo porque) *ambos* interlocutores experimentan la *doble* contingencia y porque la indefinibilidad de tal situación ofrece un significado estructurante para *ambos* participantes”¹³⁰.

Se pone en marcha un “círculo autorreferencial” en el que “yo hago lo que tú quieres si tú haces lo que yo quiero”. Este círculo constituye “una nueva unidad que no puede ser reducida a ninguno de los sistemas participantes”. Es el germen de un nuevo sistema que irá creando su propia realidad. Se puede plantear también como una “indefinición autocondicionante” pues “yo no me dejo condicionar por ti, si tú no te dejas condicionar por mí”¹³¹. Esta estructura cerrada es un “núcleo extremadamente inestable, que se desmorona de inmediato si no sucede nada más”. Pero si se evita el bloqueo y se va reaccionando surgirá una dinámica que es distinta de la de cada uno de los participantes por separado.

La situación abierta del inicio irá cristalizando en estructuras y los participantes se encontrarán en el entorno de un sistema emergente. Este nuevo escenario no pertenece a ninguno de ellos ni los engloba: es *otro* ámbito. Y desde su

¹²⁷ Ibidem, pp. 157 y 160.

¹²⁸ Ibidem, p. 124.

¹²⁹ Cfr. ibidem, p. 138.

¹³⁰ Ibidem, pp. 124 y 117.

¹³¹ Ibidem, pp. 124 y 125.

diferencia los sitúa de un modo nuevo. Es una construcción de realidad social que acaba redefiniendo a los individuos que intervienen. Tendrán que entenderse con una realidad que han fabricado, que tiene su propia consistencia y su propia lógica. Y *ego* podrá actuar sin saber de antemano lo que hará *alter*¹³².

Partimos de “la incomprendibilidad del otro”, de un interlocutor que es “inaccesible”, y “se excluye, debido a la complejidad de tales situaciones, que los participantes se comprendan entre sí totalmente”. El conocimiento mutuo no es un requisito sino una “variable” que se actualiza de distinta manera según los momentos y las situaciones¹³³.

Encontramos dos “*black boxes* (cajas negras)” que se relacionan. Entre ellas “no son transparentes ni calculables” y “el intento de calcular al otro tiene que fracasar necesariamente”. Pero al relacionarse pueden absorber incertidumbre y determinarse recíprocamente. Basándose en suposiciones pueden generar un esquema de orden. Aunque apenas se comprendan entre sí “de hecho las cajas negras generan blancura, o por lo menos suficiente transparencia para el trato mutuo, cuando se encuentran”. Pero la transparencia aparece en un nivel nuevo, en el sistema que surge de la interacción, dejando intacta la complejidad no transparente de los que intervienen. Por eso “lo que se comprende en conjunto puede significar algo muy diverso para los participantes”¹³⁴.

Finalmente hay que tener en cuenta que para que este proceso funcione hace falta confianza. Es necesario superar la desconfianza inicial y crear *confianza mutua*. Es confianza en la diferencia y en el poder de la diferencia. Claro está que no es confianza ciega, sino una oferta arriesgada que se pone a prueba, que hay que controlar ante la posibilidad de que sea defraudada o de un abuso de confianza. Se basa en premisas inciertas: no sabemos cómo actuará el otro, ni si será digno de confianza. No hay suficiente información y “la confianza se apoya en la ilusión”¹³⁵. Sin embargo se apuesta por la confianza debido a su poder para absorber incertidumbre. De otro modo apenas se podría desarrollar una dinámica de sistemas. La desconfianza es limitadora y sólo permite formas muy simples de cooperación, mientras que la confianza “es la estrategia con mayor alcance” y “quien la otorga amplía considerablemente su potencial de acción”¹³⁶.

¹³² Cfr. *ibidem*, pp. 135 y 136.

¹³³ *Ibidem*, pp. 116, 120 y 117.

¹³⁴ *Ibidem*, pp. 118 y 121.

¹³⁵ *Id.*, *Confianza*, trad. de A. Flores, Anthropos, Barcelona, 1996, p. 53.

¹³⁶ *Id.*, *Sistemas sociales*, cit., p. 133.

El punto de partida de la confianza es un compromiso unilateral puesto que “implica aceptar los compromisos consigo mismo que comprometen antes de que el otro se haya comprometido ya”. Pero para prosperar necesita reciprocidad. Entonces “la confianza del uno se puede sostener en la confianza del otro”. Poco a poco la confianza adquiere un “carácter *circular* que se presupone a sí mismo y se autoafirma”¹³⁷. La misma confianza genera más confianza y se puede llegar a producir “la confianza en la confianza”, dando por supuesto que “el individuo puede confiar en su propia confianza”¹³⁸. La confianza llega a presuponerse, se convierte incluso en ficción, al margen de que haya realmente razones para confiar, lo cual es muy arriesgado. Por eso no puede ser una confianza irresponsable.

La teoría de sistemas expresa el poder creador de las diferencias en interacción y enseña sobre el manejo inteligente de los límites. Muestra la capacidad que tienen los problemas de suscitar dinámicas creativas. La complejidad, la contingencia y la incertidumbre es la ocasión para evoluciones improbables y sorprendentes. Invita a un permanente descubrimiento de posibilidades.

Al final de este recorrido el inmigrante, visto desde una teoría de la autoorganización, aparece como un factor de innovación social. Habrá que ver hasta qué punto nuestra sociedad es capaz de aprovechar esta oportunidad para generar realidades emergentes.

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA
Universidad de Cantabria
Facultad de Derecho
Alda. de los Castros, s/n
39005 Santander
e-mail: martinig@unican.es

¹³⁷ Ibidem, p. 134.

¹³⁸ Id., *Confianza*, cit., pp. 113 y 120.

EL TRÁFICO MUNDIAL DE ÓRGANOS: COMERCIALIZAD DEL CUERPO HUMANO Y PRÁCTICAS DE DESIGUALDAD*

GLOBAL ORGAN TRAFFICKING:
COMMERCIALITY OF THE HUMAN BODY
AND INEQUALITY PRACTICES

VALERIA GIORDANO
Universidad de Salerno

Fecha de recepción: 12-6-17

Fecha de aceptación: 12-9-17

Resumen: *Sobre la base de un análisis sociológico, a escala global se destaca un número cada vez mayor de sujetos sometidos a dinámicas de explotación tan fuertes como para estar privados completamente del goce y del ejercicio de derechos fundamentales. En particular, respecto del tema del tráfico de órganos, se registran prácticas de desigualdad radicalizadas en las bolsas de pobreza generadas por los conflictos bélicos, por equilibrios políticos precarios y por legislaciones migratorias restrictivas. El ensayo analiza estas problemáticas partiendo del tema de la trata de seres humanos con la finalidad de trasplantar órganos, hasta llegar a la más amplia cuestión de la comercialidad del cuerpo humano y de la legalización del mercado.*

Abstract: *From a perspective of sociological analysis it is possible to highlight on a global scale the growing number of human beings subjected to dynamics of exploitation so severe that they are completely deprived of the enjoyment and exercise of their fundamental rights. Regarding the issue of organ trafficking in particular, there are radicalized inequality practices in the pockets of poverty generated by armed conflicts, by precarious political balances and by restrictive immigration laws. This essay deals with these problems that starting from the trafficking of human beings with the purpose of transplanting organs aims to analyze the broader issue of the commerciality of the human body and the legalization of the market.*

* Traducción del italiano de M. Colucciello.

Palabras clave: mercantilización, decisión, explotación, vulnerabilidad, derechos
Keywords: commodification, choice, exploitation, vulnerability, rights

1. DESIGUALDADES Y DELITOS INVISIBLES

Del análisis sociológico de Kevin Bales¹ emerge a escala global un número cada vez mayor de sujetos sometidos a dinámicas de explotación tan fuertes como para estar completamente privados del goce y del ejercicio de derechos fundamentales.

Respalda esta tendencia –cuyos datos son alarmantes– la afirmación de modalidades incontroladas de dominio y negocio del cuerpo humano que, por lo general, son “invisibles” desde un punto de vista externo, escondidas en las bolsas de desigualdad de las ricas capitales del Occidente democrático, así como en las rutas trazadas de la India a Pakistán, hasta Mauritania y Brasil.

El punto de partida para el análisis y la realización de estas nuevas formas de esclavitud es un representación del cuerpo como una mercancía de usar y tirar, a someter a abusos inhumanos. De hecho, si el proceso de civilización democrática empieza con el *habeas corpus* –el principio de la inviolabilidad personal contra el albedrío del poder– la situación de los órdenes globales destaca prácticas de sujeción y de dominio sobre el cuerpo del otro, subyugado con violencia y constricción, que abarca tanto la *explotación del trabajo infantil* y la *prostitución* como la *trata de seres humanos*.

Una visión continuista individua en el control total de una persona sobre otra con la finalidad de explotarla económicamente el elemento de enlace con la antigua esclavitud, poniendo el *discrimen* en la ausencia de la reivindicación del otro como pertenencia propia y en el debilitamiento de la diferenciación étnico-racial: en este caso, en lugar del ámbito de la discriminación racial, la alteridad parece jugarse en el terreno de una subordinación jerárquica² procedente de la miseria y de la pobreza extrema.

En la mayoría de los casos, se trata de fenómenos invisibles, poliformes, con perfiles borrosos, que convierten en muy problemática la posibilidad de

¹ K. BALES, *Disposable People. New Slavery in the Global Economy*, The Regents of the University of California, Oakland, 1999.

² Cfr. T. CASADEI, *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù*, DeriveApprodi, Roma, 2016.

su descripción sociológica, y también son difíciles de enmarcar en categorías de delitos por lo que al ámbito jurídico se refiere.

Es indudable que el eje de la pregunta teórica es el tema de la “commodification”, de la mercantilización del cuerpo que exige una problematización a la luz de las múltiples formas de radical explotación y control ejercidas sobre el cuerpo de los demás: inevitablemente, en la negación de la autonomía del otro y en su violabilidad, estas presentan unas modalidades “objetivantes”³.

De hecho, si integridad, inviolabilidad, indisponibilidad del cuerpo son principios que permiten no quitar a la persona el poder de gobernar libremente su propia vida, instrumentalidad y fungibilidad⁴ conllevan la reducción de persona a cosa, perjudicando la noción kantiana de dignidad humana, la idea de que el “reconocimiento del otro se fundamenta en el valor moral de la persona en sí misma”⁵.

En particular, el tema de los confines del cuerpo, de su intercambiabilidad y de la fungibilidad de algunas de sus partes, entendidas como piezas de recambio, adquiere una importancia particularmente dramática con referencia a la trata de seres humanos para trasplantar los órganos, respecto de la cual estamos frente a un delito “invisible”, por la ausencia de estadísticas oficiales a este respecto⁶. En efecto, si hasta hace algunas décadas ese comportamiento delictivo adquiría los rasgos de un mito, el reconocimiento oficial por parte de las Naciones Unidas –y del Consejo de Europa– de una relación entre trata de seres humanos y tráfico de órganos ha puesto de manifiesto la

³ El concepto de objetivación formulado por Kant en *Fundación de la Metafísica de las Costumbres* (1790) para indicar la reducción de un sujeto a un mero instrumento sexual se desarrolla desde el punto de vista feminista en C. MACKINNON, *Toward a Feminist Theory of the State*, Harvard University Press, Cambridge, Mass., 1989.

⁴ Para Martha Nussbaum, el concepto de objetivación incluye siete dimensiones: instrumentalidad, negación de la autonomía, inercia (el objeto es una entidad exenta de capacidad de acción y de dinamismo), fungibilidad, violabilidad, propiedad: M. NUSSBAUM, “Sex and Social Justice” en M. NUSSBAUM (ed.), *Objectification*, Oxford University Press, Oxford, 2000, pp. 213-239.

⁵ Cfr. P. BECCHI, “Dignità umana”, en U. POMARICI (ed.), *Atlante di filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2012, p. 145. El concepto de dignidad se desarrolla en I. KANT, *Fondazione della Metafisica dei Costumi* (1790), trad. it. Rusconi, Milano, 1994, sobre todo pp. 157 y ss. y en I. KANT, *Metafisica dei costumi*, trad. it, Laterza, Roma-Bari, 1999, sobre todo pp. 249 y ss.

⁶ Para un análisis de las asimetrías de los datos estadísticos se remite a A. MANZANO, M. MONAGHAN, B. POTRATA, M. CLAYTON, “The Invisible Issue of Organ Laundering”, *Transplantation*, núm. 98 vol. 6, 2014, pp. 600-603.

importancia de afrontar de forma no marginal la situación criminosa emergente, desembocando en la promulgación de una serie de documentos internacionales que reglamentan la acción de contraposición y que uniforman las discrepancias legislativas internas a cada ordenamiento estatal⁷.

Junto con estos casos de delitos que completan el comportamiento del *trafficking in human beings*, para evitar la impunidad de todos esos delitos relacionados con la actividad de trasplantes diferentes del tráfico y de la venta de seres humanos con la finalidad de sacarles los órganos, el Convenio del Consejo de Europa circunscribe rigurosamente la cuestión de las complejas dinámicas subyacentes al mercado clandestino de los órganos, ofreciendo desde un punto de vista jurídico una normativa diferenciada con relación a las responsabilidades de los sujetos comprometidos a nivel transnacional.

Así las cosas, el tema de los trasplantes clandestinos parece ser muy complejo y articulado y presenta diferentes tipificaciones jurídicas aunque, sin remitir a definiciones analíticas, en el ámbito factual se registran la dificultad de delimitar formalmente los comportamientos delictivos y, al mismo tiempo e inevitablemente, la ambigüedad semántica de las categorías jurídicas de referencia.

En particular, respecto del tema más general de los trasplantes de órganos, se asiste a un creciente aumento del léxico propietario que genera una constante ambivalencia entre prácticas de libertad y dinámicas de explotación. En efecto, la expansión difusiva del léxico propietario que remonta a John Locke⁸ y a la reivindicación de un derecho real de propiedad sobre su

⁷ A este respecto, véanse los documentos a continuación: *Protocol to Prevent, Suppress and Punish Trafficking in Persons, especially Women and Children*, que es uno de los tres protocolos adicionales a la llamada Convención de Palermo contra la Delincuencia Organizada Transnacional (*The United Nations Convention against Transnational Organized Crime*), adoptada en Nueva York el 15 de noviembre de 2000, y vigente a nivel internacional desde el 25 de diciembre de 2003; Convenio de Oviedo sobre Derechos Humanos y Biomedicina (*Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*) firmado el 4 de abril de 1997, vigente a partir del primero de diciembre de 1999 y adoptado por 29 países; Protocolo adicional al Convenio de Oviedo sobre el trasplante de órganos y de tejidos de origen humano firmado en Estrasburgo el 24 de enero de 2002 y vigente a nivel internacional a partir del primero de mayo de 2006; Consejo de Europa, Convención contra el tráfico de órganos humanos, STCE n. 216, Santiago de Compostela, 25 de marzo de 2015.

⁸ J. LOCKE, "Secondo trattato sul governo", en J. LOCKE, *Due trattati sul governo*, Utet, Torino, 1982, pág. 27.

propio cuerpo⁹, tiende a ampliar desmedidamente la esfera de la disponibilidad de los sujetos, pero nos proporciona –respecto del tema de la comercialidad del cuerpo humano– prácticas que perjudican la integridad personal y el derecho a la salud de cada individuo.

El ensayo profundiza en la explicación de las modalidades de explotación relacionadas con el tráfico ilegal de los órganos y parte de la premisa de que, desde el punto de vista político, se necesitaría desincentivar la petición clandestina que hace aumentar la oferta en los países más pobres, en los que las condiciones socio-económicas convierten a las personas en extremadamente vulnerables.

Hacer frente a la demanda y no sucumbir al autoengaño de una legalización del mercado a través de una extensión del estatuto propietario del cuerpo –hipótesis analizada en el texto desde el punto de vista teórico, pero éticamente discutible además de muy problemática desde aquel práctico-deliberativo– significaría influir en las prácticas de desigualdad que se radicalizan en las bolsas globales de pobreza generadas por conflictos bélicos, equilibrios políticos precarios y políticas migratorias restrictivas.

2. TRATA DE SERES HUMANOS E INMIGRACIÓN CLANDESTINA

Para la *Global Financial Integrity*¹⁰ –la fundación que se ocupa de analizar los flujos financieros ilícitos– el 10% de los 118.000 trasplantes realizados cada año en el mundo es ilegal: alrededor de 12.000 trasplantes rentan al mercado negro y a las organizaciones criminales hasta 1,4 billardos de dólares.

Se trata de estimaciones que hablan de un negocio internacional incesante, alimentado por pobreza y desesperación, y en el cual la geopolítica de los Estados parece condicionar mucho las rutas del tráfico de órganos. En efecto, si el primero y verdadero bazar de los órganos es la India –donde solo en Mumbai casi 8 millones de dólares habrían pasado de 1970 a 1980 de los clientes/pacientes a los intermediarios¹¹– historias de migrantes en la confluencia árabe de Egipto/Sudán/Emiratos Árabes cuentan el drama de cru-

⁹ Cfr. sobre este punto V. MARZOCCO, *Dominium sui: il corpo tra proprietà e personalità*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012.

¹⁰ Unhcr/GlobalFinancialIntegrity, 2017, consultable en el enlace:

http://www.gfintegrity.org/wp-content/uploads/2017/03/Transnational_Crime-final.pdf

¹¹ E. MO, "Presentazione" en F. PORCIANI, *Traffico d'organi. Nuovi cannibali, vecchie miserie*, Franco Angeli, Milano, 2012, p. 11.

ces de confines, caracterizados por el riesgo de convertirse en mercancía de intercambio para el tráfico de órganos, en ausencia del pago de un rescate.

Son historias inquietantes de coerción y violencia, que registran la existencia de organizaciones criminales que afectan al Occidente también, aunque muestren una estructura transnacional, en la que el *trafficking in human beings*¹² se inserta en la red ilegal de gestión del tránsito de los flujos migratorios:

“There are increasing numbers of migrants worldwide, many of whom are at risk of being trafficked and exploited. These growing “mixed-migration flows” are comprised of economic migrants, displaced persons, asylum-seekers and refugees, either on a voluntary or involuntary basis, and in both regular and irregular situations. Jobless and in desperation, they become easy targets for those who exploit and abuse them in this high profit low risk industry, operating where overly restrictive migration policies can create the perfect conditions for human trafficking and exploitative practices”¹³.

Precisamente estas últimas permiten diferenciar ese delito transnacional de aquel de “smuggling”, de inmigración clandestina, un crimen definido por el derecho internacional como “the procurement, in order to obtain, directly or

¹² La trata de personas se puede definir en varios modos. Según la definición del Protocolo de las Naciones Unidas en materia de trata de seres humanos –adoptada por los 160 Estados miembros de la ONU que ratificaron el protocolo 5– hay tres elementos “distintivos” de la trata de personas: el acto, los medios y la finalidad. Estos tres elementos deben coincidir para que se pueda hablar de tráfico de personas. Sin embargo, cada elemento presenta una serie de manifestaciones. El protocolo sobre la trata de personas especifica que el “acto” remite al reclutamiento, al transporte, al desplazamiento, al hospedaje y a la acogida de personas, por medio de la amenaza o del uso de la fuerza, del engaño, de la coerción, del secuestro, de la estafa, del abuso de poder, de una posición vulnerable o de concesión de beneficios (los llamados medios), para lograr el consenso de una persona que puede ejercer su autoridad sobre otra para explotarla. Cfr. el informe global sobre la trata de personas, 2014, UNODC. Sobre estos temas, cfr. S. TAHER, “Moral and Ethical Issues in Liver and Kidney Transplantation”, *Saudi Journal of Kidney Diseases and Transplantation*, vol. 16, núm. 3, 2005; N. LARSEN, R. SMANDYCH (eds.), *Global Criminology and Criminal Justice: Current Issues and Perspectives*, University of Toronto Press, Toronto, 2007. Cfr. sobre el tema por lo menos E. J. PÉREZ ALONSO (dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, además de E. J. PÉREZ ALONSO, *Tráfico de personas e inmigración clandestina. Un estudio sociológico, internacional y jurídico-penal*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2008; J. O’CONNELL DAVIDSON, *Modern Slavery. The Margins of Freedoms*, Palgrave MacMillan, Basingstoke-Nueva York, 2015.

¹³ Tal y como se destaca en los *Report of the Special Representative and Coordinator for Combating Trafficking in Human Beings*, Osce 2014-2015 y en *UN Office on Drugs and Crime’s* (UNODC), 2014, de cada tres víctimas, una es un niño.

indirectly, a financial or other material benefit, of the illegal entry of a person into a State of which the person is not a national or a permanent resident"¹⁴, y que hace desembocar su comportamiento delictivo en la organización del transporte, sin preveer otras ventajas en la inmigración clandestina del migrante. Así las cosas, un punto esencial en la diferenciación de los dos casos es el elemento del consenso y de la participación activa de sujetos: engaño, violencia y sometimiento forman parte integrante del delito de *trafficking in human beings*, en el cual la explotación del migrante adquiere diferentes modalidades, como prostitución, trabajo forzoso, tráfico de órganos, etc.

Si el *trafficking in human beings* representa un fenómeno global con diferentes facetas que van de la explotación del trabajo infantil a la inducción a la prostitución, hasta la verdadera trata dirigida al trasplante de órganos¹⁵, es evidente que nos hallamos frente a nuevas esclavitudes que albergan en las ramificaciones del mercado clandestino de migrantes, a menudo escondidas por las políticas restrictivas de los países de destino e igualadas por la mercantilización de la persona, privada de su propia dignidad humana y reducida a objeto de intercambio.

Se trata indudablemente de un sistema reticular muy amplio, que atestigua la existencia de un mercado global entregado a la mercantilización de la persona y que arroja luz sobre la muy estrecha relación entre pobreza y vulnerabilidad de los sujetos, entre demanda global y explotación de los cuerpos que cuentan historias dramáticas de subordinación: en su reciente libro sobre la explotación en las sociedades neoliberales avanzadas, Saskia Sassen afirma que las actuales "expulsions from home, land, and job have also had the effect of giving expanded operational space to criminal networks and to the trafficking of people"¹⁶. Más allá de la representación baumaniana de las *vidas desperdiciadas* o *excedentes*¹⁷, se trata de vidas que antes de ser dirigidas al *basural*, al *vertedero*, se introducen en un circuito de ulteriores y continuas formas de explotación, tal vez

¹⁴ Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air, supplementing the United Nations Convention against Transnational Organized Crime.1 United Nations, Treaty Series, vol. 2241, n. 39574.

¹⁵ El Protocolo sobre la trata de personas adoptado en Palermo en diciembre de 2000, considera como "explotación" integrante sobre todo: "the exploitation of the prostitution of others or other forms of sexual exploitation, forced labour or services, slavery or practices similar to slavery, servitude or the removal of organs".

¹⁶ S. SASSEN, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, The Belknap Press of Harvard University, Cambridge-London, 2014, p. 89.

¹⁷ Z. BAUMAN, *Wasted Lives. Modernity and its Outcasts*, Polity Press, Cambridge, 2003. A este tema está dedicado el ensayo de T. CASADEI, "Human Wastes'? Contemporary Forms

desplazadas del centro hacia la periferia; de hecho, asistimos al “material development of growing areas of the world into extreme zones for key economic operations. At one end this takes the shape of global outsourcing of manufacturing, services, clerical work, the harvesting of human organs, and the raising of industrial crops to low-cost areas with weak regulation”¹⁸.

Así pues si, por un lado, la lógica económica del mercado vuelve a trazar la relación entre migración y mercantilización del cuerpo, radicalizando los desequilibrios económico-sociales de sujetos extremadamente vulnerables, por otro lado, el mercado de los órganos como “turismo de los trasplantes” se practica en todo el mundo.

Como se destaca en el informe de la OMS, “the international organ trade links the incapacity of national health care systems to meet the needs of patients with the lack of appropriate regulatory frameworks or implementation elsewhere: It exploits these discrepancies and is based on global inequities”¹⁹.

Por lo tanto, la mercantilización de los cuerpos presenta aspectos extremadamente problemáticos tanto con referencia a la cuestión de los migrantes –los cuales, a la hora de cruzar los confines nacionales, llegan a ser objeto de transacción económica, atrapados por un mercado clandestino global– como con relación a las problemáticas relacionadas con el tráfico de órganos, cuya demanda en aumento está alimentando un mercado lozano que de la India llega hasta América Latina, de Nepal va hasta Filipinas, de Sudáfrica llega a Turquía, de la ex Unión Soviética va a China. A partir de 2000, en esas rutas del tráfico de órganos se van trazando verdaderos flujos que de Estados Unidos y Canadá se dirigen hacia América latina y Suráfrica, de Japón hacia Filipinas y China, mientras en Europa se persiguen las bolsas de miseria derivantes de conflictos bélicos, de choques étnicos y variables acontecimientos políticos²⁰.

Como ha puesto de manifiesto Nancy Scheper-Hughes, “the ideal condition of economic globalization have put into circulation mortally sick bodies travelling in one direction and healthy organs, encased in their human

of Slavery and New Abolitionism”, *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*, vol. 4, núm. 2, 2016, pp.109-124.

¹⁸ S. SASSEN, *Expulsions. Brutality and Complexity in the Global Economy*, cit., p. 9.

¹⁹ Y. SHIMAZONO, “The State of International Organ Trade: A Provisional Picture Based on Integration of Available Information”, *Bulletin of the World Health Organization*, núm. 85, 2007, p. 956.

²⁰ Un análisis detallado de estos flujos se halla en F. PORCIANI, *Traffico di organi*, cit., sobre todo pp. 31-39.

packages, in another, creating a bizarre kula ring of international trade in bodies²¹. In all these new transplant transaction are a blend of altruism and commerce, of consent and coercion, of gift and theft, of care and invisible sacrifice". Se ha intentado detener la difusión del mercado global de los órganos con la retórica sobre los conceptos de dignidad del cuerpo y de soberanía del Estado, pero los resultados no han sido satisfactorios. En Occidente, la cultura de los trasplantes de órganos parece ser acompañada por una gran cantidad de "inmunosupresores culturales" que convierten en aceptables y sostenibles ideológicamente las prácticas de trasplante²² y -añadimos- "normalizan" esas prácticas, también en las formas más extremas y radicales, con la consiguiente exigencia de redefinir el límite vida/muerte, enfermedad/salud.

3. MANIPULAR LA VIDA ENTRE LÓGICAS DE EMPOWERMENT Y EXPLOTACIÓN

Precisamente a partir del tema de los trasplantes de órganos, el razonamiento sobre el límite entre vida y muerte -y sobre el estatuto de la enfermedad- desde la segunda mitad del siglo pasado presenta un rasgo peculiar que ha llevado a una imprescindible reflexión sobre el carácter social y político del tema, en lugar del mero y exclusivo alcance biológico o filosófico²³. Una vez más, las palabras de Scheper Hughes pueden ayudarnos a entender mejor: "Death is, of course, another key word in transplantation. The possibility of extending life through transplantation was facilitated by medical definitions of irreversible coma (at the end of the 1950s) and brainstem death (at the end of the 1960s), when death became an epiphenomenon of transplantation. Here one sees the awesome power of the life sciences and

²¹ N. SCHEPER-HUGHES, "Keeping an Eye on the Global Traffic in Human Organs", *The Lancet*, vol. 361, 2010, 2003, p. 1645.

²² N. SCHEPER-HUGHES, "The Human Traffic in Human Organs", *The University of Chicago Press on Behalf of Wenner-Gren Foundation for Anthropological Research*, vol. 41, 2000, p. 194: "Cultural notions about the dignity of the body and of sovereign states pose some barriers to the global market in body parts, but these ideas have proven fragile".

²³ Sobre la transformación de la noción de muerte más allá de la identificación con un estado clínico de un determinado sujeto desde la óptica de noción cultural, véase F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Eutanasia", en M. LA TORRE, M. LALATTA COSTERBOSA, A. SCERBO (eds.), *Questioni di vita e di morte. Etica pratica, bioetica, filosofia del diritto*, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 191-227.

medical technology over modern state”²⁴. Llega a cumplirse aquel proceso que, gracias a los avances incesantes de las biotecnologías, tiende cada vez más a quitar a los individuos la disponibilidad de su propio cuerpo (enfermo o muerto), para entregarlo al “cuidado” de quien detenta el poder.

En otras palabras, se trata de aquel proceso que Nikolas Rose ha descrito muy bien por medio de la categoría de *Politics of Life Itself*²⁵, planteando un verdadero cambio de paradigma que sigue la transición gradual de técnicas de gobierno disciplinarias –que abjetivan los cuerpos y sus infinitas manifestaciones: cuerpos disciplinados, colocados espacialmente, útiles al poder, pues cuerpos dóciles²⁶– a técnicas de gobierno, dirigidas a la seguridad y al control, que se encargan de los cuerpos, los cuidan, los incrementan y los potencian²⁷.

En efecto, precisamente en el ámbito de la gestión de la salud, del empleo y de las prácticas médicas se afirma ampliamente la lógica del *homo*

²⁴ N. SCHEPER-HUGHES, “The Human Traffic in Human Organs”, cit., p. 200.

²⁵ N. ROSE, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2007, p. 3: “politics has long been concerned with the vital lives of those who are governed [...] the vital politics of the eighteenth and nineteenth centuries was a politics of health – of rates of birth and death, of diseases and epidemics, of the policing of water, sewage, foodstuffs, graveyards, and of the vitality of those agglomerated in towns and cities. Across the first half of the twentieth century this concern with the health of the population and its quality became infused with a particular understanding of the inheritance of a biological constitution and the consequences of differential reproduction of different subpopulations; this seemed to oblige politicians in so many countries to try to manage the quality of the population, often coercively and sometimes murderously, in the name of the future of the race. However, the vital politics of our own century looks rather different. It is neither delimited by the poles of illness and health, nor focused on eliminating pathology to protect the destiny of the nation. Rather, it is concerned with our growing capacities to control, manage, engineer, reshape, and modulate the very vital capacities of human beings as living creatures”.

²⁶ Cfr. M. FOUCAULT, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Editions Gallimard, Paris, 1975. En la reflexión foucaultiana sobre las sociedades disciplinarias, el poder actúa sobre cuerpos dóciles, pues cuerpos sobre los cuales ejerce una coerción constante, imponiéndoles un sometimiento continuo.

²⁷ En realidad, se trata de una persistencia del rasgo biológico como discriminante, como parte integrante de la actual política de la vida. Tal y como ha puesto de manifiesto A. TUCCI, “L’artificio razziale”, en A. CATANIA, F. MANCUSO (eds.), *Natura e artificio. Norme, corpi, soggetti tra diritto e politica*, Mimemis, Milano-Udine, 2011, p. 207, el discurso sobre las técnicas contemporáneas de gobierno, que atañen a la salud, la enfermedad, el cuerpo y definen ciudadanías a partir de la centralidad del factor biológico molecular –y por esto mismo intencionalmente pluralístico y diferencialista– no se zafa de la consecuencia biopolítica heterónoma, sobre la base de la cual se hacen elecciones y programas políticos.

oeconomicus, empresario de sí mismo²⁸, sujeto titular de intereses que en las sociedades liberales avanzadas está totalmente comprometido en la gestión de sus negocios, en el logro de sus objetivos específicos y de su propia seguridad. El individuo se confirma “productor” –y no solo destinatario– de las políticas y prácticas dirigidas a la seguridad y a la salud: pacientes cada vez más comprometidos, consumidores activos y responsables de los productos y de los servicios médicos²⁹.

Y esto, de alguna manera, es el resultado de lo que las ciencias sociales, sobre todo las de los últimos veinte años, han llamado *gestión y control del riesgo y de la seguridad*³⁰.

Cabe decir que se trata de una lógica del incremento y del *empowerment* que se caracteriza por otras modalidades respecto de la lógica de la autoconservación del sí mismo que, en la modernidad, habían impulsado los estudios médicos.

En realidad, la reflexión política y cultural sobre el comercio de órganos presenta toda la ambivalencia de prácticas que varían entre formas de explotación y dispositivos de *empowerment*, y ambos se colocan en una lógica más amplia que implica el control y la gestión de la vida de las personas, por medio de la *selección*, mejor dicho de la *evaluación selectiva de los cuerpos*. Son “cuerpos que importan”, retomando el título de un famoso libro de Judith Butler³¹, dependiendo de la función y de la importancia que se les atribuye, con pesadas secuelas sobre la medicina y el derecho, que cada vez debe ocuparse de casos concretos y específicos, difícilmente clasificables en estadísticas generales pero que, de todas formas, responden a una lógica de continua e incesante subsunción de lo biológico en el ámbito del derecho y consiguiente juridificación de los cuerpos³².

²⁸ M. FOUCAULT, *The Birth of Biopolitics, Lectures at the Collège de France*, Palgrave, MacMillan, New York, 2008, p. 226.

²⁹ “This complex of marketization, autonomization, and responsabilization gives a particular character to the contemporary politics of life in advanced liberal democracies”: N. ROSE, *The Politics of Life Itself. Biomedicine, Power and Subjectivity in the Twenty-First Century*, cit., p. 4.

³⁰ Véanse, entre otros, U. BECK, *La società del rischio. Verso una nuova modernità*, Carocci, Roma, 2000; Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, il Mulino, Bologna, 1999.

³¹ J. BUTLER, *Bodies that Matter: On the Discursive Limits of Sex*, Routledge, London, 1993.

³² Cfr. pár. 4.

Y precisamente el hecho de remitir el tema a lo jurídico presenta todas las dificultades de gestión y comprensión de un fenómeno complejo y contradictorio. De hecho, si la falta de reglas lleva inevitablemente a mecanismos de explotación y sometimiento a lógicas de mercado, a menudo despiadadas, manifestando una brecha espantosa entre “compradores” y “oferentes”, la tentativa de reglamentación reduce cada vez más el principio laico e ilustrado de la disponibilidad de su propio cuerpo que si, por un lado, responde a principios constitucionales imprescindibles, por otro lado, debilita la autonomía y la libertad de los sujetos, comprometiendo indudablemente la percepción de su propia identidad, relacionada imprescindiblemente –en la reflexión antropológica y política– con el tema de la integridad de su propio cuerpo³³.

Para concluir este punto, podemos decir que estamos completamente hundidos en la lógica del mercado que actúa mediante la atribución de valor a los cuerpos, íntegros o divididos en trozos: por un lado, hay *cuerpos* que valen demasiado, por otro lado, hay *vidas* que no valen para nada o muy poco, pues víctimas de explotación racial, de género y económica.

4. COMERCIALIZIDAD DEL CUERPO HUMANO ENTRE ELECCIONES, DINÁMICAS DE EXPLOTACIÓN Y PRÁCTICAS DE DESIGUALDAD

En una famosa conferencia de la *American Society of Transplants Surgeons*, organizada en Boston en 2004, la cuestión de la comercialidad del cuerpo humano se halla dramáticamente en el centro de la reflexión bioética. La hipótesis de una carta de los derechos del donante de órganos contra reembolso que se delineó en aquella ocasión y que tuvo un gran eco en todo el mundo, representa indudablemente una prueba tangible de un cambio de paradigma en una parte de la comunidad científica. Si ya hace algunos años antes

³³ En el citado “The Global Traffick in Human Organs”, refiriendo experiencias concretas, Scheper Hughes muestra que la integridad del cuerpo es central en las cuestiones relativas a los trasplantes, como en el caso del contador jubilado brasileño el cual, frente a la ley sobre el consenso supuesto, afirma: “Does this law mean that when I die they can take my body, cut it up, take what they wish, even if my family does not agree? [...] Stamp it very large on my identity card: “Fagundes will not donate anything!” (p. 210), o bien la madre que en una pequeña ciudad de Sudáfrica, frente al cuerpo del hijo al cual habían sido trasplantados los ojos sin el preventivo consenso de los padres, afirma: “Although my son is buried, is it good that his flesh is here, there, and everywhere, that part and parcel of his body are still floating around? [...] Must we be stripped of every comfort as well as our dignity? [...] How could the medical doctor decide or know what was a priority for us?” (p. 206).

un famoso nefrólogo israelí³⁴ había puesto de manifiesto la relación entre el tráfico de órganos y la participación y cooperación de algunos gobiernos en términos de reembolsos económicos y sanitarios a los pacientes/donantes, la idea de una mediación y de un control público de las transacciones económicas relativas a la enajenación de un órgano se prevé para poner atajo a los “poderes salvajes” del mercado³⁵.

Es indudable que falta el núcleo simbólico del *don* que representa el elemento constitutivo de la disciplina jurídica de los trasplantes hacia una reglamentación basada en el contrato y en la elección ética individual. De hecho, si el modelo altruista y solidario no parece saber garantizar el goce del derecho a la salud de cada individuo al no tener un alcance incrementativo³⁶, la posibilidad de tomar recursos del esquema contractual dentro de nuevos confines trazados por el derecho permitiría reducir la brecha entre demanda y oferta y repensar en nuevas formas de mercado, no necesariamente remitibles a modalidades de explotación³⁷.

La exclusión de formas privadas ilegales de intermediación permitiría aumentar la recompensa económica del donante, anulando el provecho de las agencias internacionales, llegando a imaginar que todos los bienes son conmensurables y reducibles a una unidad de medida susceptible de transacción económica.

Si la mercantilización representa una amenaza para la dignidad de la persona, transformada en una reserva de piezas de recambio, cabe afirmar que, desde otro punto de vista, privatizar el cuerpo, construyendo derechos de propiedad sobre los órganos, representaría una esperanza de aumento de los recursos, sobre la base de la cual incremento y enajenación se armonizan

³⁴ Nos estamos refiriendo a Michael Friedlaender.

³⁵ Esos poderes, sin límites ni controles, tienden a concentrarse y acumularse en formas absolutas, convirtiéndose en poderes salvajes frente a la ausencia de reglas: L. FERRAJOLI, *Poteri selvaggi. La crisi della democrazia italiana*, Laterza, Roma-Bari, 2011.

³⁶ Para una idea incremental de los recursos, no basada en la comercialidad del cuerpo sino en un derecho de opción por parte de quien haya prestado el consenso al trasplante de órganos post-mortem, cfr. P. BECCHI, “Il problema dell’allocazione degli organi. Plaidoyer per una terza via tra il ‘puro’ dono e il ‘libero’ mercato”, en *Filosofia e realtà del diritto. Studi in onore di Silvana Castignone*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 233-247.

³⁷ Hay muchos estudios sobre la posibilidad de que el mercado no implique necesariamente explotación. En Italia, entre otros, véase P. SOMMAGGIO, *Filosofia del biodiritto. Una proposta socratica per società post-umane*, Giappichelli, Torino, 2006, p. 9.

de forma objetiva, presentándose como poder de gobierno del propio cuerpo ejercido sobre un específico objeto corpóreo³⁸.

Desde esta óptica, el concepto de “choice” permitiría discriminar entre *commodification* y *exercise of self-ownership*³⁹, un dualismo necesario para justificar la posibilidad de disponer de su propio cuerpo, mejor dicho de partes de este, desde el aspecto neoliberal de un creciente reconocimiento de la libertad y de la autonomía de cada sujeto.

El mismo Gary Becker, premio Nobel de la economía, en un artículo de hace algunos años⁴⁰, igualó la donación de órganos en vida con la enajenación de los óvulos en la maternidad subrogada, algo que hasta hace algunos años se consideraba antijurídico, además de éticamente discutible.

Se trata de analogías que, inevitablemente, se basan en el gobierno del cuerpo entendido como parte del sí mismo, porción separada a descomponer y aislar en función incrementativa: en esta, las dinámicas de inclusión y exclusión del yo del propio cuerpo, a través de las cuales se estructuran procesos de identificación y desidentificación, presentan confines lábiles y formas diferenciadas de objetivación.

En este sentido, la categoría del derecho subjetivo, entendido como *facultas agendi* sobre su propio cuerpo ha convertido en más problemática la identificación entre sujeto y cuerpo y ha producido confusión entre propiedad y pertenencia. De hecho, si la pertenencia se configura a través de lo que se mueve en el ámbito del sujeto, delimitando el confín de lo que es extraño, la relación entre corporeidad-subjetividad destaca que el cuerpo no es solo el lugar del intercambio simbólico, sino sobre todo de identidad subjetiva irreducible a categorías “objetivantes”.

¿Hasta dónde el poder sobre su propio cuerpo se puede invocar contra las libertades fundamentales de los individuos en una imagen metafísica y autoreglativa del mercado? Aceptar la idea de una transformación del cuerpo en una mercancía, en enajenable y comercializable, ¿no significaría

³⁸ Sobre la distinción entre cuerpo objeto y cuerpo sujeto, cfr. M.C. TALLACCHINI, “Habeas Corpus? Il corpo umano tra non commerciabilità e brevettabilità”, *Bioetica. Rivista interdisciplinare*, vol. VI, núm. 4, 1998, p. 531.

³⁹ A este propósito, véase el ensayo de P. HALEWOOD, “On Commodification and Self-Ownership”, *Yale Journal of Law & the Humanities*, vol. 20, 2008, pp. 131 y ss.

⁴⁰ J.J. BECKER, J.J. ELÍAS, “Introducing Incentives in the Market for Live and Cadaveric Live and Cadaveric Organ Donations”, *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, núm. 3, 2007, p. 21.

deber necesariamente afrontar una deshumanización del concepto de persona, despojándola de su calificación moral⁴¹?

5. "COMMODIFICATION" Y FUNGIBILIDAD DE LOS CUERPOS

Hablamos de piezas fungibles, intercambiables, que sirven para arreglar un cuerpo en sus funciones perdidas, incluso pagadas al precio de una disminución permanente de otro cuerpo, piezas de cuerpos fragmentados, violados, que restituyen toda la carga de ambivalencia de la relación corporeidad-subjetividad; una relación, pues, que –como hemos visto– tradicionalmente se fundamenta en un "ius in se ipsum" de matriz lockiana que considera al sujeto titular de derechos sobre su propio cuerpo como realidad biológica peculiar, pero propietaria.

Desde este punto de vista, se trataría de volver a interpretar de forma débil la noción de "commodification", atribuyéndole un significado parcial e incompleto⁴²: mercantilización de partes del cuerpo, que cada 'propietario' puede evaluar plenamente en términos de costes/beneficios y que se basa en la prioridad absoluta de las libertades negativas y del autogobierno.

Desde esta perspectiva cabe interpretar todas las contingencias que contestan la ecuación mercantilización-explotación y que reconsideran la noción kantiana de dignidad como si se refiriera solo al cuerpo pensado de forma unitaria, como totalidad.

En efecto, si gran parte de la bioética justifica este proceso de mercantilización en el que se legitiman éticamente la adquisición, la venta, el alquiler y el préstamo del cuerpo humano, que corre el riesgo de convertirse en la mercancía final con el consenso de la profesión médica, con la autorización de la ley, con la aprobación de la filosofía⁴³, está claro que transformar el cuerpo humano en una reserva de piezas de recambio a entregar a la contingencia desordena el concepto de persona, entregándolo a los recovecos de un mercado omnívoro.

⁴¹ Sobre qué es la persona, cfr. el fundamental ensayo de L. FERRAJOLI, "La questione dell'embrione fra diritto e morale", *Notizie di Politeia*, núm. 65, 2002, pp. 151-166.

⁴² Cfr. M. J. RADIN, "Market- Inalienability", *Harvard Law Review*, núm. 100, 1987, pp. 1849-1937.

⁴³ G. BERLINGUER, F. RUFO, "Mercato e non mercato nel biodiritto", en C. CANESTRARI, G. FERRANDO, C. M. MAZZONI, S. RODOTÀ, P. ZATTI (eds.), *Trattato di biodiritto*, T. 1, Giuffrè, Milano, 2011, p. 1011.

¿Hasta qué punto se puede juridificar el cuerpo? ¿Hasta dónde puede llegar el derecho a la hora de reglamentar las modalidades a través de las cuales se puede disponer del propio cuerpo para sacar provecho de este, y cuál es el límite de un sometimiento del derecho mismo a una lógica puramente económica?

Es indudable que resaltar el alcance incrementativo del contrato respecto de aquel del don conllevaría una total funcionalización de los derechos a los objetivos políticos preestablecidos, sacrificando de forma radical el valor de la dignidad humana a la asignación de recursos procedentes sobre todo de las bolsas de la pobreza global, lo cual lleva a una reproducción exponencial de desigualdades y asimetrías. En efecto, detrás de la transacción económica, en lugar de un gesto solidario remitible al núcleo de los afectos del destinatario, se esconde la desesperación de una supervivencia difícil, incluso negada.

Son cuerpos domesticados, dóciles, manipulables, cuerpos-envases que entregan porciones de sí a la contingencia, cuerpos desordenados, *bodies of law*⁴⁴, cuerpos que cuentan el exceso de vida respecto de las reglas y que entran en una relación asimétrica con otros cuerpos de los cuales marcan inevitablemente el destino. Así las cosas, el cuerpo se convierte en el lugar visible de la desigualdad⁴⁵.

Y el cuerpo mismo, que entra en la dimensión jurídica de forma dramática dado que su juridificación cuenta historias de castigo y de discriminación, obliga al filósofo del derecho a interrogarse sobre cuáles son los confines y los límites relacionados con la exigencia de control y contención de los riesgos derivados de la apertura de un mercado de órganos.

En efecto, la reglamentación del mercado a través del papel de intermediación del Estado⁴⁶ representaría una importante modalidad de control y gestión del riesgo, garantizando la exclusión de lógicas de abuso económico, una garantía de distribución de los recursos a través de modalidades ecuánimes e igual tratamiento, gobernada por los criterios de responsabilidad y necesidad.

Tal y como intentaremos poner de manifiesto en el próximo apartado, entregarse al principio de utilidad social y a evaluaciones de tipo consecuen-

⁴⁴ Cfr. A. HIDE, *Bodies of Law*, Princeton University Press, Princeton, 1997.

⁴⁵ S. RODOTÀ, "Il corpo giuridificato", en *Trattato di biodiritto*, vol. I, cit., p. 51.

⁴⁶ Esta hipótesis se teoriza en C. A. ERIN, J. HARRIS, "An Ethical Market in Human Organs", *Journal of Medical Ethics*, num. 29, 2003, pp. 137-138 y en C. A. ERIN, J. HARRIS, "An Ethically Defensible Market in Organs: A Single Buyer like the National Health Service is an Ansie", *Br. Med. J.*, vol. 325, núm. 7356, 2002, pp. 114-115.

cialista⁴⁷ lleva al mismo tiempo a una completa funcionalización de los derechos a objetivos políticos y a una continua reproducción de prácticas que perjudican la dignidad humana.

Esa forma de negocio planetario de los órganos acabaría radicalizando inevitablemente dinámicas de desigualdad y exclusión del goce de los derechos fundamentales.

6. CONSECUENCIALISMO Y OTRAS ELECCIONES PLAUSIBLES

El debate bioético empieza a pensar en la hipótesis de una legalización del mercado que, a su vez, incluya el pleno involucramiento del Estado como sujeto que avale una redistribución ecuánime y paritaria de los órganos, capaz de neutralizar la configurabilidad de una asignación clandestina de los recursos a través de la maximización de la utilidad general.

Esta hipótesis, presente en el llamado “mercado monopsonístico”⁴⁸, individúa en el Estado el único comprador de los órganos que se redistribuirían por medio de algoritmos, asegurando una gestión sanitaria que respete la necesidad de cada miembro de la comunidad representada.

Así que, por un lado, el Estado debería comprar los recursos a redistribuir por parte de la comunidad evitando –con la individuación de un precio fijo– la explotación en prevalencia provocada por el mundo occidental hacia países con rentas muy bajas; por otro lado, la juridificación del mercado estaría dirigida a desempeñar papeles éticos, de salvaguardia y cuidado de vidas

⁴⁷ Sobre la distinción entre utilitarismo como método de deliberación y utilitarismo como sistema ético, cfr. G. PONTARA, “Utilitarismo”, en N. BOBBIO, N. MATTEUCCI, G. PASQUINO, *Il Dizionario di Politica*, Utet, Torino, 2004, pp. 1019 y 1024. Esta distinción se basa en la individuación de las probables secuelas del procedimiento decisonal o en la individuación preliminar de principios y criterios valederos de la acción moralmente justificada.

La distinción se sobrepone –pero no la elimina– a aquella entre utilitarismo de la regla y utilitarismo de la acción que, desde el punto de vista de la definición, se puede remitir a R.B. BRANDT, *Ethical Theory. The Problems of Normative and Critical Ethics*, Prentice Hall, Englewood Cliffs (N.J.), 1959. Sobre este punto, cfr. por lo menos A.C. EWING, “What Would Happen If Everyone Acted Like Me?”, *Philosophy*, vol. 28, núm. 104, 1953, pp. 16-29 y A.K. STOUTS, “But Suppose Everybody Did the Same?”, *Australasian Journal of Philosophy*, vol. 32, núm. 1, 1954, pp. 1-29.

⁴⁸ La propuesta ha sido presentada por J. HARRIS, “Un mercato monopsonistico per gli organi umani”, *Notizie di Politeia*, vol. VIII, núm. 28, 1992, pp. 3-9.

humanas, encontrando en el principio de utilidad social y en la evaluación de los efectos que de este derivan una justificación consecuencialista⁴⁹.

Con el término “consecuencialismo” nos referimos a aquella orientación de las éticas teológicas que evalúan y prescriben las acciones dependiendo de sus efectos, porque se considera que son moralmente buenos los comportamientos con mejores consecuencias.

Como es notorio, este tipo de justificación relaciona la moralidad de un comportamiento con la previsión de todos los efectos que podrían derivar de una elección ética a través de la individuación de condiciones ideales y necesidades primarias abstractamente perseguibles, mostrando inevitablemente –en la deliberación práctica– la problematicidad de un equilibrio entre intereses contrapuestos, a su vez exento de evaluaciones morales a menudo contrastantes.

Si, en un caso ideal, todas las consecuencias se identifican y sopesan a través de la previsión de un agente moral imparcial, en la realidad, cuando se trata de tomar decisiones concretas y justificar moralmente una decisión sobre la base de los probables efectos, la justificación consecuencialista no logra garantizar de forma unívoca la integridad ética de una decisión sobre la base de los principios convertidos en criterios universales de elección práctica. Ese aspecto deriva inevitablemente de la dificultad de basar la objetividad de los juicios morales en criterios universales considerados razones definitivas de orientación práctica. En efecto, estos siempre resultan reproducir un horizonte ético presupuesto como compartido pero, en realidad, coincidente con el ámbito factual contingentemente producido a través de la prueba de abstracción/generalización.

Esa prueba se llevaría a través de la maximización de la utilidad social, es decir, por medio de la estimación de las utilidades esperadas a partir de un suceso o una decisión, realizada gracias a la asignación de precisos valores numéricos: se trataría de un método deliberativo extremadamente complejo, en el cual cabe definir las utilidades previstas en función del valor de las consecuencias, multiplicado por la probabilidad de que estas se realicen.

Por lo tanto, este procedimiento decisional queda tan abstracto e ideal, que difícilmente sería capaz de orientar concretamente las elecciones prácticas y de justificarlas desde el punto de vista ético-político. Además, deter-

⁴⁹ Sobre la posibilidad de un verdadero derecho sobre el cuerpo de los demás, sobre el trasplante de órganos de cadáveres y sobre una previsión de los efectos en el mercado legalizado, cfr. C. FABRE, *Whose Body is it Anyway? Justice and Integrity of the Person*, Oxford Univ. Press, Oxford, 2006, p. 181.

mina un peligroso aplastamiento del ámbito ético y jurídico sobre el político, que corre el riesgo de eliminar la posibilidad de crítica de los contenidos cada vez incorporados en el derecho, justificando moralmente los resultados contingentemente producidos por los procesos decisionales.

Con relación a este aspecto, la prevalencia de criterios funcionales, traídos a colación por la prueba de utilidad social, respecto del derecho de igualdad jurídica de cada miembro de la comunidad, no lograría descartar el argumento particularista⁵⁰, entregándose –en la deliberación práctica– a criterios que dependen del contexto y no de razones morales universales y definitivas.

Con esta expresión queremos referirnos a la imposibilidad de neutralizar el dilema práctico a través de mecanismos formales de composición, confiados a pruebas de abstracción y generalización: partiendo de argumentos consecuencialistas, estas aparecen en realidad reproducir elecciones morales, siempre contingentes y subjetivas.

El caso concreto, con todas sus excepciones respecto de la serie ideal y abstracta de condiciones ideales previstas, acabaría debilitando inevitablemente la instancia universalizante, entregándose a formas particulares, contingentes y de deliberación moral.

Además, relacionar la justificación de una decisión moral con la posibilidad de volverla a llevar a un esquema coherente de principios considerados convenientes al bienestar colectivo de sus miembros significaría ofrecer la última justificación a una elección individual basada en razones prudenciales, es decir, un análisis costes/beneficios legitimado por un objetivo políticamente perseguido por el Estado y transformado en las formas de la mediación jurídica.

Para concluir este aspecto, podríamos afirmar que la mediación del Estado en el mercado de los órganos no solo no podría ser sostenible desde el punto de vista ético –porque significaría subordinar el plan de los derechos de todos los sujetos comprometidos a objetivos institucionales– sino también desde aquel en sentido amplio “político” sería una estrategia ineficaz para el arreglo del conflicto: se expondría, por un lado, al riesgo de legitimar en un plan ético los resultados cada vez producidos por un cálculo prudencial y, por otro lado, de abrir de par en par la puerta a otras formas mercantiles de negociación de “derechos”, no controladas ni legalizadas.

⁵⁰ Para una lectura más específica, véase J. DANCY, “Defending Particularism”, *Methaphilosophy*, núm. 30, 1999, pp. 25-32.

7. ¿ES NECESARIO UN “CONTENIDO MÍNIMO DEL DERECHO NATURAL”?

Radicalizar las exigencias de seguridad y de control del riesgo a través de la legalización del mercado significaría reproducir formas de discriminaciones, prácticas de desigualdades y lesiones de los derechos fundamentales, renunciando a *un contenido mínimo de derecho natural* expresado en el derecho mismo, pues aquel contenido mínimo de derecho natural del cual habla Hart en *The Concept of Law*⁵¹, dirigido a garantizar la supervivencia de los seres humanos frente a axiomas, verdades obvias, típicas de la naturaleza humana, dentro de las cuales se halla la vulnerabilidad humana, la igualdad aproximativa, el altruismo limitado, los recursos limitados, la comprensión y la fuerza de voluntad limitadas, poniendo de manifiesto la necesidad de que derecho y moral garanticen una especie de núcleo duro.

Si los hombres están expuestos en ocasiones a ataques corporales y, por lo general, pueden quedar afectados por estos –más o menos iguales, ni ángeles ni demonios, sino limitadamente altruistas– las tendencias a las agresiones son tan frecuentes como para perjudicar la vida social si no hay control. Ese control, que consiste en un sistema de recíprocas omisiones formuladas de manera negativa en el derecho y en la moral como prohibiciones, está dirigido a garantizar la mínima finalidad de la vida común: la supervivencia de los individuos.

Precisamente a partir del reconocimiento de la vulnerabilidad humana y de la desigualdad de los individuos, es posible objetar la hipótesis de una juridificación del mercado de órganos. En efecto, si estas sencillas y obvias verdades llevan al sentido común contenido en la doctrina jusnaturalista, considerado el conjunto de hechos naturales y finalidades mínimas, la presencia de sanciones en un ordenamiento tiende a representar una “necesidad natural”⁵² para la protección y los beneficios derivantes del sistema de recíprocas abstenciones de la violencia.

De ahí que no se pueda sino objetar a quien maximice la exigencia de control del riesgo del mercado clandestino de los trasplantes a través de la prueba de utilidad social, a la que se añaden evaluaciones consecuencialistas, que es precisamente el reconocimiento de la vulnerabilidad y de las des-

⁵¹ H.L. HART, *The Concept of Law* (1961), trad. it. *Il Concetto di diritto*, Einaudi, Torino, 2002, pp. 225-232.

⁵² *Ivi*, p. 232.

igualdades de los individuos, su diferencia por lo que a la fuerza física, agilidad y capacidad intelectual se refiere, la *razón* para la existencia de reglas y, esto es, de la misma normatividad jurídica, entendida como instrumento de garantía de cada individuo. Si los hombres no fueran vulnerables y desiguales no se necesitaría de un sistema de recíprocas abstenciones de la violencia y de los ataques corporales, puesto que la ausencia de esas características de nuestra naturaleza convertiría el derecho en inútil, o bien en inevitablemente ineficaz.

El concepto de vulnerabilidad –a través del cual Hart pone de manifiesto los aspectos de la especie humana– tiende a adquirir hoy, además de un alcance específicamente antropológico, que lo enlaza con los rasgos esenciales de la especie humana, también una dimensión cada vez más político-social, en la que proliferan situaciones de desventaja económica y condiciones de marginación social. Este aspecto, que camina al mismo paso que los efectos de los cambios que, durante las últimas décadas, han erosionado los equilibrios tradicionales de los Estados sociales y las bolsas de miseria emergentes de los inestables equilibrios políticos, cruza los horizontes de las vidas contemporáneas⁵³, basadas en una cotidianidad “normalmente insegura” y en riesgos de pobreza extrema.

Lo que convierte a la vulnerabilidad en una categoría ya no solo antropológica –como en la concepción de Hart, para el cual la exposición a ataques corporales origina de la limitación constitutiva de la naturaleza humana– sino en una problemática social muy relevante para la teoría del derecho es la contracción de las capacidades individuales y colectivas de los sujetos, que queda amenazada cada vez a menudo por una inserción inestable en los principales sistemas de integración social y de distribución de los recursos⁵⁴.

En este caso, entendemos la palabra ‘vulnerabilidad’ en dos sentidos: por un lado, como fragilidad y finitud de la existencia humana, naturalmente expuesta a daños permanentes; por otro lado, como peculiar condición social y cultural, en la cual el riesgo de una lesión a la digni-

⁵³ Sobre este aspecto se fundamentan los estudios de N. NEGRI, “La vulnerabilità sociale. I fragili orizzonti delle vite contemporanee”, *Animazione sociale*, vol. XXXVI num. 205, 2006, pp. 14-19, y de N. NEGRI, C. SARACENO (eds.), *Povertà e vulnerabilità sociale in aree sviluppate*, Carocci, Roma, 2003.

⁵⁴ Para más saber, cfr. C. RANCI, *Le nuove disuguaglianze sociali in Italia*, Il Mulino, Bologna, 2002.

dad y a la integridad de las personas adquiere rasgos alarmantes, exigiendo la protección de los ordenamientos jurídicos y de las instituciones internacionales.

El reconocimiento de la vulnerabilidad de la persona, tanto desde el punto de vista universal y antropológico como en su alcance social, representa indudablemente un pasaje fundamental en el debate filosófico-bioético, en el cual llega a ser –junto con la dignidad y la autonomía de los sujetos– principio fundamental⁵⁵, concretizándose más específicamente en un derecho a la asistencia de los sujetos considerados débiles y en la tutela de la integridad y autonomía sobre la base de las cuales se fundamenta el principio solidario y aquel de no discriminación.

Respecto de esto, cabe observar que la llamada “donación samaritana”, puesta en práctica en Gran Bretaña, Suiza, Holanda, Noruega, Suecia, Israel, América del Norte, Canadá, Japón, Corea e Italia (donde se está experimentando) –que permite el trasplante del riñón entre personas que no tienen relaciones de parentesco o afectivas, por medio de la donación de un órgano a centros de trasplante, institutos universitarios y hospitales, manteniendo el anonimato entre donante y receptor– corre el riesgo de transformarse en un instrumento de enajenación disimulada, por la dificultad de objetivar los criterios de la gratuidad, no futilidad y gratuidad del gesto⁵⁶.

Una vez más remitimos a Hart, por recordarnos de una característica ulterior del género humano, que fundamenta el contenido mínimo del derecho natural: *el altruismo limitado*. Este axioma, basado en la limitación cooperativa de los hombres, en su debilidad estructural, que permite solo parcialmente elecciones solidarias, representa el cimiento mismo de la disciplina de los trasplantes, relacionada, como es notorio, con el discurso biológico o afectivo en sentido estrecho.

Se trata de una estrategia que, indudablemente, aumenta e incrementa con un acto-súper-distributivo la asignación de los órganos, preservando formalmente el elemento simbólico del don, pero que no se escapa totalmente de los riesgos de comercialidad, la cual podría adquirir diferentes modalidades y formas de beneficio económico en sentido amplio, pero que correría

⁵⁵ En particular, el reconocimiento se da con la Declaración de Barcelona de 1998.

⁵⁶ Cfr. F. D'AGOSTINO, “Postilla” en *La donazione da vivo del rene a persone sconosciute* (c.d. “donazione samaritana”), Comité Nacional para la Bioética, 23 de abril de 2010, consultable en el enlace: http://www.trapianti.salute.gov.it/imgs/C_17_normativa_3_allegato.pdf

el riesgo de transformar a las personas y a sus cuerpos de categoría humana a objetos del deseo económico⁵⁷.

Nosotros opinamos que *commodification* no se puede traducir en dinámicas aumentativas que perjudican los derechos fundamentales de los individuos, cuya vulnerabilidad los convierte en extremadamente chantajeables, dóciles y dominables.

Este es el sentido de la importancia de asegurar al derecho un contenido mínimo de derecho natural que tome en serio vulnerabilidad, desigualdad, altruismo limitado de los seres humanos, su comprensión y fuerza de voluntad limitadas y la presencia misma, en la sociedad, de recursos limitados para preservar sus necesidades primarias.

Si este es el sentido del derecho, seguramente podemos afirmar que la hipótesis de una *legal commodification*, basada en la fragmentación de los cuerpos, acaba inevitablemente comprometiendo en términos morales el tema tanto candente como urgente de la definición de 'naturaleza humana', implicando el riesgo de privar el derecho de la función primaria, que estabiliza exigencias sociales y de justicia.

VALERIA GIORDANO
Dipartimento di Scienze Giuridiche
Università di Salerno
via Giovanni Paolo II, 132
84084, Fisciano, Salerno Italia
e-mail: vgiordano@unisa.it

⁵⁷ L. A. SHARP, "The Commodification of the Body and Its Parts", *Annu. Rev. Anthropol.*, núm. 29, 2000, p. 293.

LOS DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO: LAS RELACIONES DE LOS AGRESORES CON SUS HIJOS*

THE RIGHTS OF VICTIMS OF GENDER VIOLENCE: THE AGGRESSOR'S RELATIONSHIPS WITH THEIR CHILDREN

TERESA PICONTÓ NOVALES
Universidad de Zaragoza

Fecha de recepción: 7-9-17

Fecha de aceptación: 15-2-18

Resumen: *En España, se está avanzando en restringir el contacto y comunicación a los padres en los supuestos en los que hay violencia de género pero todavía se siguen concediendo visitas y comunicación e incluso custodia compartida en los casos de divorcio o ruptura con respecto a los hijos a pesar de estar prohibido desde 2005 por el art. 92.7 del Código Civil español. A partir de las reformas legales de 2015, los menores son considerados víctimas directas de la violencia de género y su protección se ha convertido en un principio de actuación de los poderes públicos con medidas como, la suspensión de la responsabilidad parental, la custodia, el régimen de visitas, estancia y/o comunicación.*

Abstract: *In Spain, progress is being made to restrict contact between aggressors and their children in cases of gender violence. However, visits and communication, even shared custody, are still granted by judges despite shared custody being prohibited in such cases by law since 2005. Under recent legal reforms, children are now considered victims of gender-based violence and their protection has become a principle of primary action by the public authorities in relation with measures such as the suspension of parental responsibility or custody or visits.*

* Este trabajo se ha realizado dentro del marco del Proyecto DER2014-55400-R (“El Tratamiento de la Violencia de Género en la Administración de Justicia. Implementación y eficacia de la LO 1/2004”).

Palabras clave: violencia de género, custodia compartida, superior interés del menor, derechos de la infancia

Keywords: gender violence, shared custody, the best interest of the child, children's rights

1. INTRODUCCIÓN

Algunos casos recientes han puesto sobre la mesa la trascendencia y la necesidad de reflexionar sobre el conflicto de los derechos de paternidad con los derechos de las víctimas de violencia de género¹. Ciertamente, todos los derechos son atendibles y, por supuesto, que en el camino hacia una sociedad más igualitaria los derechos de paternidad son especialmente relevantes. Ahora bien, en contextos de violencia de género los derechos de paternidad pueden enmascarar la violación de los derechos de las víctimas –de las mujeres y de sus hijos e hijas. En este artículo vamos a tratar de dar claridad a la interpretación de las normas jurídicas respecto de estos casos, prestando especial atención a las decisiones judiciales y a la jurisprudencia; así como subrayar que cuando hablamos de los derechos de la mujer y de sus hijas e hijos a una vida libre de violencia de género estamos hablando de derechos². Como así lo ha reconocido recientemente el Convenio de Estambul al señalar que “las Partes tomarán las medidas legislativas u otras necesarias para que el ejercicio de ningún derecho de visita o custodia ponga en peligro los derechos y la seguridad de la víctima y de los niños”³.

¹ Uno de esos casos, de gran relevancia por su trascendencia mediática, es el caso de “Juana Rivas”. En realidad estamos ante un caso que además de otras cuestiones de gran complejidad, también pone sobre la mesa el conflicto entre los derechos de las víctimas de violencia de género –incluidos los hijos y las hijas– y los agresores. Pero hay muchos otros, más dramáticos incluso, como el alto número de niños y niñas muertos o que sufren agresiones graves a manos de sus padres. Los agresores de la violencia de género han matado a 44 niños y niñas desde la entrada en vigor de la L.O. 1/2004 hasta finales de 2014. En 23 casos lo han hecho durante la visita o como consecuencia de un régimen de custodia compartida [<http://www.elmundo.es/espana/2015/08/02/55bd3087e2704eae318b4597.html>].

² Sobre la importancia y la adecuación de abordar la violencia de género desde la perspectiva de los derechos humanos y fundar así las obligaciones del Estado para atacar sus causas y prevenirlas, puede verse, entre otros: M. J. AÑÓN ROIG, “Violencia de género. A propósito del concepto y de la violencia contra las mujeres”, *CEFD*, num. 33, 2016.

³ Art. 31.2 del *Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica* (Estambul, 11 de mayo de 2011). En el BOE de 6 de junio de 2014, se publicaba la ratificación del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica (que entraba en vigor el 1 de agosto de 2014).

A pesar de los avances que se han producido en los últimos años, lo cierto es que sigue siendo muy difícil suministrar un ámbito seguro a las mujeres y a los hijos que se encuentran en un contexto de violencia de género. Más aún, la realidad social de estos últimos años nos muestra una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no sólo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino también contra los hijos de éstas que en algunos casos son utilizados como un mero instrumento de dominación y castigo contra las mujeres. Por ello, además de las medidas de protección de la mujer como víctima directa de la violencia de género, deben existir instrumentos que permitan proteger a los hijos que viven con ella. Hasta las últimas reformas legales de 2015, la violencia de género no ha sido un factor determinante a la hora de conceder o denegar un régimen de visitas y comunicación con entregas y recogidas de los hijos por parte del progenitor agresor. E incluso y a pesar de la prohibición del art. 92.7 del Código Civil, se han concedido custodias compartidas de los hijos al padre agresor en casos de violencia de género⁴.

Más específicamente, para una buena parte de la doctrina española una orden de alejamiento no implica automáticamente la prohibición del régimen de visitas. Incluso, aunque a tenor del artículo 92.7 del Código Civil no se conceda la custodia compartida, se suele atribuir un régimen de vistas a los agresores. De la misma manera, no son pocas las decisiones judiciales que defienden el derecho de los hijos e hijas a mantener relaciones personales y contacto directo con sus padres incluso en supuestos de violencia de género. Y ello, incluso, aunque medie una decisión judicial que establezca la orden de alejamiento o condena penal⁵. Pero hay una cara de la realidad que no se

⁴ En este sentido, Encarna Bodelón considera alarmante que la jurisprudencia “sostenga la interpretación del art. 92.7 del Cód. Civil, según la cual la custodia compartida (...) deba considerarse lo más normal en estos casos de violencia y estar fundada en el interés de los menores. (...) Esta interpretación no tiene en cuenta los esfuerzos que ha realizado nuestro ordenamiento jurídico por conectar los efectos de la violencia de género con la protección de los derechos de las personas menores”; vid. E. Bodelón, “La custodia compartida desde un análisis de género: Estrategias machistas para invisibilizar la violencia en las rupturas familiares”, en T. PICONTO NOVALES (ed.), *La custodia compartida a debate*, Dykinson/Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de Las Casas. Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 2012, p. 138-139.

⁵ De hecho, como veremos con más detalle más adelante, según cifras del CGPJ, un promedio del 95% de los hombres con orden de alejamiento obtiene el régimen de visitas de sus hijos. Y también son muchos los casos (por encima del 90%) en los que se concede custodia compartida a pesar de que exista condena penal o indicios fehacientes de haberse cometido un delito de violencia de género. A nuestro entender es una cifra excesiva que procede del automatismo a la hora de aplicar consideraciones sobre los beneficios para las niñas y los niños del “contacto” con ambos progenitores con el fin, se dice, de “garantizar el mejor desarrollo personal y afectivo del menor”.

puede eludir: muchas de las muertes de hijos e hijas menores (más del 50 por ciento) se producen cuando estaban a solas con el agresor durante la visita o como consecuencia de un régimen de custodia compartida⁶. Este dato nos pone sobre la pista de que las decisiones judiciales no debieran ser sólo una cuestión de interpretación formal, dogmática. En ese sentido, cabe preguntarse por qué si el artículo 92.7 del Cód. Civil lo prohíbe expresamente se siguen concediendo custodias compartidas cuando hay condenas por violencia de género, forzando la interpretación de la legislación en vigor. Y en segundo lugar, por qué no se entiende, como lo hace un sector de la doctrina y la práctica judicial, que este artículo 92.7 del Código Civil debería interpretarse para ampliar la prohibición a la exclusión del régimen de comunicación y visitas cuando existan indicios fundados de violencia de género y, sobre todo, condenas por violencia de género.

En los últimos años, como hemos comentado, se han producido avances tanto en lo que respecta a la protección y mejora de la información a las víctimas en el ámbito procesal como en lo que se refiere a la protección de los menores. Han sido, sobre todo, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, las que han supuesto un avance considerable en la cuestión que aquí tratamos⁷.

Ahora bien, pese a esos cambios legislativos, los menores siguen siendo los grandes olvidados de la violencia de género. Y ello a pesar de que en 4 años, desde 2013 a 2016, 160 menores de edad han perdido a su madre como consecuencia de un crimen de violencia de género⁸. Y muchísimos más han presenciado actos de violencia de género hacia sus madres, siendo por lo tanto víctimas de una violencia terrible y de indudables consecuencias en su desarrollo.

⁶ Vid. *supra* nota 1.

⁷ Es significativa en este sentido la Exposición de Motivos (VI), de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, al señalar que si bien “cualquier forma de violencia ejercida sobre un menor es injustificable. Entre ellas, es singularmente atroz la violencia que sufren quienes viven y crecen en un entorno familiar donde está presente la violencia de género”. Concretamente, continúa el legislador, “esta forma de violencia afecta a los menores de muchas formas, (...) condicionando su bienestar y su desarrollo; (...) causándoles serios problemas de salud; (...), convirtiéndolos en instrumento para ejercer violencia y dominio sobre la mujer. Y, finalmente, favoreciendo la transmisión intergeneracional de estas conductas violentas sobre la mujer por parte de sus parejas o ex parejas. La exposición de los menores a esta forma de violencia, los convierte también en víctimas de la misma”.

⁸ I Informe anual del fondo de becas “Fiscal Soledad Cazorla Prieto”. Año 2017, pag. 9 ss. [http://www.fundacionmujeres.es/becassoledadcazorla/wp-content/uploads/Informe_V_Jornada.pdf].

Todo ello obliga a reflexionar sobre la praxis judicial e institucional en relación con la custodia compartida y el mantenimiento del régimen de comunicación y visitas en contextos de violencia de género. Más concretamente, en este trabajo se van a analizar los argumentos sobre los que descansan las sentencias judiciales, las cuales de alguna manera “ignoran” la violencia de género cuando establecen las comunicaciones y visitas de los hijos e hijas con los padres que judicialmente ya han sido condenados por delitos de violencia de género o respecto de los cuales existirían indicios fundados de violencia. Además prescinden de los cambios jurisprudenciales y legislativos que se han ido produciendo al respecto. En relación con estos temas habría muchas otras cuestiones a las que apenas se hará una breve alusión y que exigen quizá un abordaje específico que desbordaría los límites de este trabajo. Cuestiones como, por ejemplo, el funcionamiento de los Puntos de Encuentro Familiar o la necesidad de seguir perfeccionando los protocolos para la detección del riesgo tanto en los ámbitos policiales como forenses.

2. LA VIOLENCIA DE GÉNERO COMO CAUSA DE EXCLUSIÓN DE LA CUSTODIA COMPARTIDA

En España, estamos avanzando en restringir el “contacto” y comunicación a los padres en los supuestos en los que hay violencia de género pero todavía se sigue concediendo un régimen de visitas y comunicación e, incluso, custodia compartida con respecto a los hijos e hijas en casos de divorcio o ruptura en contextos de violencia de género o cuando el agresor tenga una condena al respecto. La custodia compartida está prohibida desde 2005 por el Código Civil español en supuestos de violencia de género⁹.

En la práctica judicial nos encontramos con que hasta hace poco tiempo el Tribunal Supremo al recoger en sus sentencias las causas para acordar o no la custodia compartida no se ha referido expresamente a la violencia de género como causa de exclusión de la medida de custodia compartida a

⁹ Una prohibición similar ha sido recogida con mayor o menor amplitud en las distintas leyes autonómicas. Así, en el art. 80.6 del Código del Derecho Foral Aragonés, en el artículo 233-11.3 de la Ley 25/2010, de 29 de julio, *del Libro Segundo del Código Civil de Cataluña*, en el art. 3.8 de la Ley Foral de Navarra 3/2011, del 17 de marzo, *sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres*, en el art. 5.6 de la Ley Valenciana 5/2011, de 1 de abril, *de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven*, en el art. 11.3 de Ley Vasca 7/2015, de 30 de junio, *de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores*.

pesar del tenor del artículo 92.7 del Código Civil¹⁰. Más específicamente, el artículo 92 del Código Civil, en su apartado 7 establece que:

“No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica [o de género, tras la reforma de 2004]”.

Según este artículo, queda claro que en el derecho español es causa legal de exclusión de la custodia compartida “que cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal por atentar contra la vida, la integridad física o moral, la libertad e indemnidad sexual del otro progenitor o de los hijos que convivan con ambos”. Concretamente, el art. 92.7 Cód. Civil se refiere a los delitos de los arts. 138 y ss., 147 y ss., 163 y ss., 173 y ss., y otros delitos leves del Cód. Penal, pudiendo ser sujetos pasivos tanto el cónyuge como los hijos que convivan con ambos.

“Estar incurso” era equivalente a estar “imputado” o, después de las últimas reformas procesales de 2015, tener la condición de “investigado” o “encausado”¹¹. En este sentido, desde 2005 son muchas las decisiones de la práctica judicial en las que aparecer en un proceso como “imputado” tras la presentación de denuncia o querrela y posterior incoación del correspondiente procedimiento penal, mediante resolución judicial (Providencia o Auto), sería suficiente para rechazar la medida de custodia compartida por los jueces de familia¹². En esta línea, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) de Asturias 4ª, de 15 de febrero de 2013, ha establecido que:

“el artículo 92 del Código Civil prevé expresamente que no procederá la guarda conjunta cuando el juez advierta la existencia de indicios fundados de violencia de género. Exigencia lógica pues la interrelación que requiere entre

¹⁰ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, Dykinson, Madrid, 2016, p. 164.

¹¹ Artículo único, apartado 21, de la Ley Orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

¹² Así, entre otras, cabe mencionar las sentencias (SAP Barcelona 12ª, de 24 de mayo de 2007; Las Palmas 3ª, de 27 de noviembre de 2007; SAP Badajoz 2ª, de 17 de abril de 2013; SAP Murcia 5ª, de 29 de junio de 2006; SAP Barcelona 12ª, de 9 de marzo de 2007, SAP Toledo 2ª, de 22 de diciembre de 2006, SAP Baleares 3ª, de 13 de junio de 2008).

ambos padres el desarrollo en la práctica de una guarda y custodia compartida difícilmente podría llevarse a cabo, sin perjudicar al menor cuyo interés es prioritario, en casos como el presente de continua y acusada conflictividad entre litigantes" (FJ2º).

Esta corriente jurisprudencial es la mayoritaria¹³ y, como se ha visto, entiende que la violencia de género es circunstancia determinante para rechazar la guarda compartida. Sin embargo, se han dado también otras interpretaciones en sentido contrario del art. 92.7 CC en la práctica judicial.

Así, se ha considerado no ser suficiente para rechazar la medida de la custodia compartida que el padre esté incurso (o incluso haya sido condenado) en un procedimiento de violencia de género a no ser que dicha conducta penalmente perseguible "comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor". En este sentido, la SAP Castellón 2ª, de 24 de octubre de 2014 argumenta:

"No basta con el hecho de que esté abierto un procedimiento por presuntas amenazas y maltrato psicológico, promovido por la madre del menor contra el padre de éste. (...) para que se pueda excluir a uno de los progenitores de la convivencia con el menor, que se haya dictado resolución judicial motivada en la que se constaten indicios fundados y racionales de criminalidad, y que a tenor de dichos indicios, la aplicación del régimen de convivencia pudiera suponer un riesgo objetivo para los hijos e hijas o para el otro progenitor. Nada se ha acreditado ni razonado sobre que concurra dicho riesgo en el caso que nos ocupa" (FJ 3º).

Con la misma orientación, la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer (SJM) nº1 de Denia, de 13 de diciembre de 2012 establece:

"en el presente caso, si bien es cierto que el padre ha sido condenado por un delito de violencia de género, este Tribunal estima que, de las pruebas practicadas, no se ha acreditado que exista un riesgo objetivo para el menor ni para la actora que aconseje la exclusión de la atribución compartida del régimen de convivencia. A juicio de este Tribunal, no basta con que un progenitor esté incurso en un proceso penal por violencia doméstica o de género para que se le prive de la posibilidad de obtener un régimen individual o compartido de convivencia con sus hijos, sino que es necesario, además, que su conducta pe-

¹³ Vid. C. PINTO, *La custodia compartida en la práctica judicial. ¿Qué valoran los jueces para atribuir la custodia compartida?*, 1ª ed., diciembre de 2014 (edición por el propio autor), p. 36.

nalmente relevante comporte un riesgo para los hijos o para el otro progenitor, pues debe siempre tenerse presente el principio superior de protección del interés del menor ya que, en caso contrario, el castigo al progenitor derivaría en un perjuicio para los hijos que se verían privados de una relación normalizada con uno de sus progenitores sin causa objetiva para ello". (FJ 2º).

Posteriormente, la SAP de Alicante 4ª, de 15 de octubre de 2013, confirmó la sentencia antes citada del Juzgado de Violencia de Género de Denia que establecía el sistema de guarda compartida con alternancia semanal a pesar de que el padre era "autor penalmente responsable de un delito de lesiones leves en el ámbito de violencia de género". Y, como éstas, muchas otras: SAP de Granada 5ª, de 5 de diciembre de 2014; SAP de Barcelona 12ª, de 25 de julio de 2014.

También es reseñable, por último, el argumento de la SAP de La Coruña 3ª, de 27 de mayo de 2015, que confirma la resolución de instancia en la que se otorga la custodia compartida, a pesar de haberse acreditado que el padre estaba incurso en un proceso penal por delito contra la madre y las nefastas relaciones entre ellos. Esta sentencia establece en su FJ 3º:

"En el caso presente los hechos podrían tener encaje en la prohibición del nº 7 del art. 92 del Código Civil –pues el padre en el trámite del proceso de divorcio ha quedado incurso en un proceso penal por delito contra la libertad de la madre, coacciones–, siendo preciso recordar ... que las malas relaciones existentes entre los padres no pueden ser determinantes para la no concesión de la guarda y custodia compartida, pues si bien es cierto que el padre mantiene con la madre una relación de falta total de respeto, incluso abusiva y dominante, ello no es relevante para determinar la guarda y custodia compartida (sic, énfasis añadido)".

Es decir, aun reconociéndose que, en este caso, los hechos podrían encajar en el art. 92.7 del Cód. Civil no se aplica la prohibición que el mismo establece¹⁴. En el fondo, estas decisiones, aunque se basan en un pretendido "interés del menor", están reproduciendo un cliché muy extendido en la sociedad española: los niños y las niñas "necesitan un papá y una mamá". Una mentalidad muy arraigada que es exponente de una concepción tradicional de la

¹⁴ Un análisis exhaustivo de esta jurisprudencia puede verse en R. M. ÁGUEDA RODRÍGUEZ, *La guarda compartida y el interés superior del menor. Supuestos de exclusión*, Hispalex, Sevilla, 2016, p. 305 ss.

familia y que lo mismo sirve para ir contra las adopciones por familias homosexuales como para justificar que un maltratador puede ser un buen padre¹⁵.

También en el ámbito anglosajón, algunas investigaciones señalan como los juzgados de familia tienden a dar una mínima relevancia a la violencia de género y/o doméstica a la hora de dictar medidas con respecto de los hijos y como ésta es eclipsada por los discursos hegemónicos “sobre la presunción del “contacto” y del enfoque futuro de las relaciones de los hijos con respecto a su padre”¹⁶. En el mismo sentido, cuestionan la presión judicial para llegar a acuerdos sobre los hijos que, en muchos casos, sufren las mujeres en contextos de violencia. Todo lo cual tiene como efecto, entre otros, el de ocultar o, al menos, minimizar la naturaleza del abuso o de la violencia¹⁷.

Volviendo a nuestros tribunales, poco a poco se va imponiendo un criterio tendente a destacar que el verdadero interés del menor sería el que debe primar en última instancia. Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, Sección 2, de 30 de marzo de 2016, rectifica la Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer de Santander (de 19 de octubre de 2015) que atribuía inicialmente la guarda y custodia compartida a ambos progenitores. Esta sentencia, argumentando con base en el art. 92.7, recuerda que

“una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. En consecuencia y pese al informe psicosocial procede atribuir la guarda y custodia sobre los hijos menores a la madre” (FJº 2).

¹⁵ J. GRACIA Y D. JIMÉNEZ (coords.) *Tristes tópicos. Representaciones Sociales desenfocadas*, Laboratorio de Sociología Jurídica-Universidad de Zaragoza, Zaragoza, 2016, pp. 173-192. [versión electrónica: <http://sociologiajuridica.unizar.es/publicaciones>]

¹⁶ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, *British Journal of Social Work*, núm. 41, 2011, p. 848; también L. TRINDER, A. FIRTH AND C. JENKS, “‘So presumably things have moved on since then?’ The management of risk allegations in child contact dispute resolution”, *International Journal of Law, Policy and the Family*, núm. 24 vol. 1, 2010, p. 32.

¹⁷ M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 849-850.

Por tanto, para proteger el interés del menor se debiera valorar, en primer lugar, la seguridad física y emocional del menor en contextos o circunstancias de violencia de género e incluir también la seguridad, bienestar y capacidad de protección del cuidador principal, en este tipo de casos la madre, por encima de establecer a cualquier precio el “contacto” con el progenitor agresor (visitas, comunicación, guarda y custodia compartida)¹⁸. Lo que significa que las medidas que se tomen en relación con los menores no pueden suponer en ningún caso que éstos vayan a estar expuestos a una violencia continua, abuso u otra forma de inseguridad.

Además de todo lo apuntado, de la lectura atenta del art. 92.7, *in fine*, del Cód. Civil también se infiere que será causa legal de exclusión de la custodia compartida el hecho de que “el juez civil advierta que existen indicios fundados de violencia de doméstica [o de género tras la reforma de 2004]. Es decir, aunque no exista un proceso penal abierto, el juez civil que tramita la separación, divorcio o medidas paterno-filiales, a la vista de las alegaciones y pruebas practicadas en dicho proceso, puede constatar indicios de violencia. Advertido de ellos, el juez civil está obligado a deducir testimonio para su remisión al Juzgado de Instrucción de Guardia. Por otro lado, si esta violencia que advierte es de género, el juez no solamente no debe adoptar la custodia compartida sino que debe inhibirse a favor del Juzgado de Violencia contra la Mujer, remitiéndole los autos en el estado en que se hallen si ya se ha iniciado el proceso penal por tales hechos (art. 49 bis 1 LEC.). Si no se ha iniciado proceso alguno en el Juzgado de Violencia contra la Mujer por los citados hechos, ha de citar a comparecencia al Fiscal y a las partes y continuar tramitando el proceso civil hasta recibir la respuesta a su solicitud de inhibición del Juzgado de Violencia contra la Mujer (art. 49 bis 2 LEC).

3. COMUNICACIÓN Y VISITAS EN CONTEXTOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La mayoría de los conflictos que llegan a los tribunales españoles respecto a las medidas civiles en circunstancias de violencia de género se refieren precisamente al régimen de comunicación, relación y visitas. En este sentido, es preciso señalar que en estos supuestos la violencia de género no resulta un factor determinante a la hora de conceder o denegar el régimen de visitas

¹⁸ Vid. A. BARLOW, R. HUNTER, J. SMITHSON, J. EWING, *Mapping Paths to Family Justice. Resolving family disputes in neoliberal times*, 1ª ed., Palgrave, London, 2017. p. 10.

y comunicación al agresor en los juzgados de primera instancia, salvo que se trate de agresiones directamente cometidas sobre los hijos. Si bien, es un factor que en algunos supuestos es tenido en consideración para limitar esta medida y adecuarla a la evolución de la relación paterno-filial¹⁹. En este sentido, los tribunales españoles han sido reacios a no conceder el derecho de comunicación y visitas a los padres agresores. Así, el denominado *régimen progresivo de comunicación y estancia con el progenitor no custodio* en la práctica judicial se valora como el más recomendable de cara a la normalización de las relaciones parentales bajo supervisión de especialistas y del propio juez, al permitir fijar un régimen más o menos amplio o incluso su suspensión. Normalmente, como se analizará críticamente más adelante, las visitas supervisadas en los denominados Puntos de Encuentro constituyen la primera fase de este régimen progresivo. De forma que no es infrecuente encontrarlos con sentencias tanto de los Juzgados de Violencia de Género como de los Juzgados de Familia que establecen un régimen de visitas y comunicación a favor del padre agresor. Así, por ejemplo, resulta de especial interés la STS 319, Sala 1ª, de 13 de mayo de 2016 (JUR 2016m 117485), en la que el TS considera adecuados tanto la suspensión de la patria potestad como el régimen de relación establecido por la Audiencia Provincial de Madrid que, revocando en este punto a la sentencia de la primera instancia, había decidido un régimen de visitas restringido entre el padre, condenado por un delito de maltrato habitual y en prisión, y sus hijos, debiendo ir los menores acompañados por una tercera persona al centro penitenciario²⁰. El TS considera que una vez que el padre agresor consiga el tercer grado o la libertad condicional podrá instar la modificación del régimen de visitas y comunicación.

En su interesante estudio de sentencias del TS y de las Audiencias Provinciales sobre el ejercicio de la patria potestad en supuestos de violencia de género, P. Reyes Cano²¹ observa que se atribuye el ejercicio exclusivo de

¹⁹ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p.183.

²⁰ La Ley 26/2015, de modificación del sistema de protección de la infancia y de la adolescencia ha dado una nueva redacción al artículo 160.1 del Cód. Civil: "En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés del menor recomiende visitas a aquéllos, la administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor para dicha visita. Asimismo, la visita a centro penitenciario se deberá de realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor".

²¹ Vid. P. REYES CANO, "La patria potestad a examen ante la violencia de género", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 51, 2017, p. 348.

la patria potestad a la madre en muy pocas ocasiones, siendo una de ellas precisamente la de que el padre se encuentra privado de la libertad por delitos de violencia de género, como la aquí comentada. No obstante, según esta investigadora, tampoco éste es un criterio unánime en la jurisprudencia, en la cual a pesar de esta grave circunstancia se concede el ejercicio compartido de la patria potestad. Así, por ejemplo, la STS 680/2015, Sala de lo Civil, de 26 de noviembre²², confirma la atribución del ejercicio conjunto de la patria potestad y suspende el régimen de comunicación y visitas al progenitor ingresado en prisión por delitos de violencia de género.

Más recientemente, las SSTIS 118/2017, de 23 de febrero, y 477/2017, de 26 de junio, (Sala 2ª), privan del ejercicio de la patria potestad al padre agresor con respecto a su hija menor respectivamente por haber presenciado los episodios de violencia de género contra la madre. En la Sentencia 118/2017, el TS recuerda que

“los deberes y obligaciones que implica el ejercicio de la patria potestad ... difícilmente es compatible que la persona que ha intentado acabar con la vida de la madre de su hija pueda ser apto para educar y procurar una formación integral a la menor ... En este caso, repugna legal y moralmente mantener al padre en la titularidad de unas funciones que resultan absolutamente incompatibles en quien, de forma alevosa, ha intentado matar a la madre de la menor... daño irreparable en la integridad moral y desarrollo de la personalidad de la menor” (FJº 6º).

Siguiendo la jurisprudencia de la sentencia antes citada (STS 118/2017, de 23 de febrero) y de la STS 1083/2010, de 15 de diciembre, el TS en la Sentencia 477/2017, de 26 de junio, recuerda que

“la finalidad que debe prevalecer para determinar la aplicación de esta inhabilitación especial es la protección del bien superior del menor, ... En el caso, resulta que el recurrente ejecutó los actos de agresión a la madre de la menor en presencia de ésta... habiendo sufrido lesiones causadas por el trauma psíquico que le provocaron No consta ningún dato que aconseje mantener la relación entre el recurrente y la menor dentro de los términos propios de la relación característica de la patria potestad. ... La privación de la patria potestad se acomoda a la protección más correcta de los intereses de la menor” (FJº 9).

Profundizando un poco más podríamos decir que, en cuanto a la concesión del régimen de visitas y comunicación entre padres e hijos, aunque las

²² Esta STS 680/2015, de 26 de noviembre, de la Sala 1ª, se va analizar en profundidad más adelante (vid. *infra* 10).

cosas van cambiando poco a poco, hay un sentir general en el ámbito judicial según el cual a pesar de que exista violencia de género no por ello debe suprimirse el régimen de visitas y comunicación entre padres e hijos²³. En relación con ello, críticamente consideramos que el artículo 92.7 del Código civil puede y debe interpretarse en determinados supuestos para ampliar la exclusión a la comunicación y visitas e incluso llevar a la suspensión de las mismas con respecto al progenitor incurso en el proceso penal o en el caso de que hubiera contra él indicios fundados de violencia doméstica o de género; máxime teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 94 del Código Civil. En este artículo, al tiempo que se establece el derecho de visitas del progenitor que no tenga consigo a los hijos e hijas menores, se señala también que el Juez “podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen” el referido derecho de visitas.

Los tribunales españoles han sido reacios a no conceder el derecho de comunicación y visitas a los padres agresores. Las medidas cautelares de tipo civil impuestas dentro del marco de protección de las víctimas de violencia de género afectan por regla general a la atribución de vivienda y a la prestación de alimentos, pero suelen mantener la custodia compartida y el régimen de visitas.

Como se puede observar en las estadísticas facilitadas por el Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial²⁴, si atendemos a los datos sobre las medidas civiles derivadas de las órdenes de protección y de otras medidas cautelares entre los años 2006 y 2016, es cierto que en unos pocos casos se suspende la guarda y custodia (entre el 7,2% y el 11,3%), en muchos menos el régimen de visitas (ente el 6,3% y el 3,9%, según los años) y en muy pocos se suspende la patria potestad²⁵

²³ Vid. V. MÚRTULA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p. 190.

²⁴ Datos estadísticos del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

²⁵ Concretamente Paula Reyes Cano en su estudio de sentencias del TS y de A.Provinciales (85) provenientes de recursos interpuestos ante decisiones de los Juzgados de Violencia de Género señala que se atribuye el ejercicio exclusivo de la patria potestad en reducidas ocasiones, entre otras, al estar el padre privado de libertad por delitos de violencia de género (pero no es un criterio unánime); en los supuestos en los que la prohibición de aproximación y comunicación (medida de alejamiento) se extendía también a los hijos; y la ausencia del padre en la vida de los hijos/hijas: Vid. P. REYES CANO, “La patria potestad a examen ante la violencia de género”, cit., p. 348-353.

(entre el 0,7% y el 0,4%, según los años). Dicho de otra manera, en apenas un 5% (como promedio, sobre el total de medidas impuestas) de las órdenes de protección u otras medidas cautelares civiles impuestas de oficio se suspenden el derecho de visitas de los agresores²⁶.

Los datos anteriores ponen de manifiesto la escasa aplicación del artículo 94 del CC en relación con el 92.7 del CC a la hora de suspender el régimen de visitas en contextos de violencia de género en los que existe una orden de protección e incluso condenas. Esta situación ya fue denunciada por la ONG *Save The Children* en su *Informe de 2011 sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas en España*²⁷.

En este *Informe* se señalaba que “la violencia de género no resulta un factor determinante en las sentencias de los juzgados de instancia sobre régimen de visitas”. Esto es, la violencia de género no es determinante en la concesión o denegación de régimen de visitas, sigue diciendo. Y subraya que en las decisiones de suspender el régimen de visitas, por parte de los jueces españoles, tienen más peso las adiciones y conductas desordenadas del padre que la violencia de género –salvo que se trate de agresiones directamente cometidas contra hijos e hijas–. Así, por ejemplo, la sentencia 321/2015, de la Audiencia Provincial de Alicante, Sección 9ª, de 18 de septiembre (Rec. 266/2015), que confirma la suspensión de las visitas del padre con respecto a su hijo por los problemas de alcoholismo y drogadicción que tiene el progenitor.

Establecer a cualquier precio un régimen de comunicación y visitas de los hijos con el padre agresor para Marianne Hester²⁸ tiene que ver, entre otras cosas, con que en el ámbito de los juzgados de familia y de los juzgados de violencia doméstica la preocupación fundamental de los tribunales es lograr que las mujeres, en circunstancias de violencia, se centren en superar sus miedos al abuso de sus ex-parejas. Además, señala esta investigadora, hay una brecha conceptual a la hora de contemplar la persona del agresor en el contexto institucional. Concretamente, el mismo agresor en unos ámbitos

²⁶ Más adelante re-analizaremos estos datos para reparar en la inflexión que se ha producido a raíz de los cambios legislativos operados en 2015 (vid *infra* 4).

²⁷ *Save The Children. Informe de 2011 sobre decisiones judiciales en materia de guarda y custodia y régimen de visitas*. Versión electrónica: http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/eu/profesionalesInvestigacion/juridico/estudios/pdf/Decision_Judicial_Guarda_Custodia.pdf

²⁸ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 849.

es visto como “el hombre violento” y, en otros, es contemplado principalmente como el padre.

A las mujeres, se les está exigiendo que permitan la relación, contacto y comunicación de sus hijos con su ex-pareja violenta. Esto no sólo las confunde y desconcierta sino que lo que es peor, son ellas las que tienen que manejarse con la violencia de su ex-pareja y la falta de seguridad de sus hijos. Para poder dar una respuesta integrada a la seguridad tanto de las madres como a los hijos hay que dejar de considerar a las mujeres, opina Marianne Hester, como “víctimas culpables”.

Tal y como hemos visto, nos encontramos con una mayor parte de resoluciones judiciales que han adoptado el régimen de custodia compartida o comunicación y visitas con los hijos, incluso a pesar de existir sentencia condenatoria del padre por delitos de violencia de género. En estos casos, se justifica dicha decisión en el forzado y artificial argumento de que el menor no ha sido víctima de la violencia al no alcanzarle los efectos del trauma causado a la madre.

Un caso paradigmático, en este sentido, es el referido en una importante Sentencia del Tribunal Supremo, la Sentencia de la Sala Primera de 26 noviembre 2015. Un padre agresor, condenado por la Sentencia de 2 de diciembre de 2011 del Juzgado de lo Penal nº 4 de Algeciras, por un delito de malos tratos habituales contra su ex-esposa, dos delitos de malos tratos respecto de su hija mayor y un delito de amenazas a las penas de dos años y ocho meses, seis meses y seis meses de prisión y accesorias. Existiendo, además, una orden de alejamiento provisional respecto a su ex-esposa y la hija mayor, Elisabeth.

En un momento determinado, el agresor solicita mediante demanda que respecto de la otra hija, la de menor de edad, Sofía, se fije un régimen de visitas. La madre se opuso a la demanda:

“solicitando la desestimación de cualquier medida que pudiera suponer un régimen de visitas del progenitor con su hija. Apoya tal petición en que debido a la situación de maltrato que ella y su hija Elisabeth han sufrido el demandante no es una persona apta para atender y cuidar a su hija, existiendo el riesgo de que el actor pueda ocasionarle algún daño a una niña de tan solo tres años de edad.”

La sentencia de primera instancia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 1 de Algeciras estimó parcialmente la demanda, atribuyendo la guarda

y custodia de la menor, Sofía, a la madre. En cuanto al régimen de visitas opta por el establecimiento del mismo en favor del padre. Advirtiendo que

“aun cuando es cierto que existe una desvinculación total entre padre e hija, también lo es que ninguna condena entre el padre y Sofía existe, no siendo razonable prolongar de forma indefinida esa falta de contacto respecto de la menor. Ahora bien, en atención a las circunstancias concurrentes dicho régimen de visitas deberá tener un carácter restrictivo, a saber, un día a la semana, durante dos horas, de 17,00 a 19,00 horas, a desarrollar en el Punto de Encuentro Familiar de Algeciras de forma tutelada.”

Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la madre, dictándose sentencia de segunda instancia por la Sección 5ª de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 18 de septiembre de 2014, la cual desestimó el recurso interpuesto, confirmando lo dispuesto por la Sentencia de primera instancia.

Esta sentencia de la Audiencia provincial fue recurrida ante el Tribunal Supremo, que rectifica contundentemente esa línea argumental:

“Esta Sala ha de declarar que en la sentencia recurrida no se respeta el interés de la menor ... por lo que de acuerdo con el art. 94 del C. Civil y art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004 no ha lugar a fijar régimen de visitas del demandante con su hija Sofía”.

El TS entiende que

“A la vista de las normativa y doctrina jurisprudencial expuesta debemos declarar que los contactos de un padre con su hija, cuando aquel previamente ha sido condenado por malos tratos a otra de sus hijas, deben ser sumamente restrictivos y debe predominar la cautela del tribunal a la hora de fijarlos, pues el factor de riesgo es más que evidente, en relación con un menor con escasas posibilidades de defensa”.

Esta sentencia del TS se produce en 2015, cuando el panorama legislativo ha cambiado sustancialmente con las reformas legales que analizaremos en el apartado siguiente –aunque la normativa que tiene en cuenta el TS es la que estaba en vigor en el momento de producirse los hechos y entablarse la demanda–. Quizá estamos ante un caso límite, pero que un Juzgado de Violencia sobre la Mujer atribuya un derecho de visitas, aunque sea limitado, al agresor de la madre y de una de las dos hijas y que trate de enmascararse tras el interés de la menor y el mantenimiento de los lazos familiares, cuando

menos llama la atención. Más específicamente, el TS en esta misma sentencia entiende que “el concepto del interés del menor ha sido desarrollado en la L.O. 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que ‘se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares’, se protegerá ‘la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará ‘el irreversible efecto del transcurso del tiempo en desarrollo’, ‘la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...’ y que ‘la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara” (FJ 2º).

Además, que dicha decisión fuese ratificada por una Audiencia provincial pone en evidencia que en la sociedad española no se visibilizaba plenamente la incidencia de la violencia de género en la infancia y adolescencia²⁹. Ni tampoco los riesgos que el régimen de visitas puede implicar para los hijos e hijas menores y para sus madres víctimas de violencia de género.

En el caso del Estado español, esta realidad ya fue denunciada por el Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en su sesión nº 61³⁰. En este Informe, el Comité manifestó su preocupación por el número de casos de niños y niñas asesinados por “padres violentos durante el ejercicio de su derecho de visita”. Una preocupación agravada por el injustificado incumplimiento por parte del Estado español de la decisión de la CEDAW de 16 de julio de 2014, en la que se condenaba al Estado por no proteger a Ángela González y su hija, a la que el maltratador asesinó en 2003 en una de las visitas establecidas. A pesar de las denuncias de la víctima a su ex-marido en 30 ocasiones por amenazas y agresiones, las visitas y comunicación con la hija por parte de su agresor no se habían interrumpido (CEDAW/C/58/D/47/2012, Comunicación nº 47/2012). Más concretamente, durante el tiempo que se aplicó el régimen de visitas establecido judicialmente las autori-

²⁹ La L.O.1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género inicialmente no contemplaba a los menores como víctimas de la violencia de género, los consideraba como “meros testigos”; vid. L. GÓMEZ PARDOS, *Menores víctimas y testigos de violencia familiar*, Zaragoza, PUZ, 2011, ISBN: 978-84-694-7166-1 [publicación electrónica: <https://zaguan.unizar.es/record/6208/files/TESIS-2011-051.pdf>]. Como mucho se hablaba de víctimas indirectas. Tras la reforma de la L.O. operada en 2015, ya son consideradas víctimas directas.

³⁰ Sobre la lucha por el reconocimiento del derecho de las mujeres a una vida libre de violencia de género, puede verse M. CALVO GARCÍA, “The Role of Social Movements in the Recognition of Gender Violence as a Violation of Human Rights: From Legal Reform to the Language of Rights”, *The Age of Human Rights Journal*, num. 6, 2016, pp. 60-82. [<http://dx.doi.org/10.17561/tahrj.v0i6.2930>].

dades tanto judiciales como los servicios sociales y lo expertos (psicólogos) tuvieron como principal objetivo normalizar las relaciones entre el padre e hija, a pesar de las reservas emitidas por estos dos servicios sobre el comportamiento del padre (...) Todos estos elementos reflejan un patrón de actuación que obedece a una concepción estereotipada del derecho de visita, que en el presente caso otorgó claras ventajas al padre a pesar de su conducta abusiva y minimizó la situación de madre e hija como víctimas de violencia, colocándolas en una situación de vulnerabilidad (apartado 9.4). Asimismo el Comité formuló al Estado Español varias recomendaciones generales como la de tomar las medidas adecuadas y efectivas para que los antecedentes de violencia doméstica sean tenidos en cuenta en el momento de estipular los derechos de custodia y visitas relativos a los hijos para que su ejercicio no ponga en peligro la seguridad de las víctimas de la violencia, incluidos los hijos (apartado 11).

Desgraciadamente éste no ha sido el único caso conocido, hay otros casos de niños y niñas asesinados en similares circunstancias en España. Así, el caso de Leonor de 6 años, que fue asesinada por su padre, condenado por violencia de género justo el día que tenía que devolver a la niña a su madre, de la que estaba separándose. O el de los hermanos Ruth y José Breton; hechos a los que habría que añadir otros muchos casos de niños y niñas anónimos también asesinados por sus padres, cuando su madre decidió separarse del agresor o mientras disfrutaban del régimen de visitas. Sobre este tema, se ha apuntado³¹ en algunos de los informes (*Informes del Fiscal General del Estado y Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad*), que en los años 2013, 2014 y 2015 fueron asesinados 6 niños, 4 niños y 4 niños respectivamente. Según los datos de la Delegación del Gobierno para la violencia de género³², han sido 8 el número de menores asesinados por violencia de género en 2017. Ahora bien, conviene apuntar que sólo desde fechas muy recientes se están recogiendo estos datos y pensamos que no son fidedignos precisamente por la propia invisibilidad del maltrato de los menores en contextos de violencia de género.

Es difícil saber cuántos niños y niñas están realmente afectados por la violencia contra sus madres, tampoco conocemos datos sobre las consecuen-

³¹ V. MÚRTULLA LAFUENTE, *El interés superior del menor y las medidas civiles a adoptar en supuestos de violencia de género*, cit., p. 17-18.

³² http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamenores/docs/VM_Menores_2016_Anuar2.pdf; http://www.violenciagenero.msssi.gob.es/violenciaEnCifras/victimasmortales/fichamenores/docs/Vmenores_2017_11_14.pdf.

cias que las decisiones judiciales de los procesos en los que se han visto inmersos han tenido en ellos. También nos preocupa la situación de los niños y niñas que se quedan sin madres por causa de la violencia de género³³. O quienes tienen que vivir en un ambiente de conflictividad y tensión permanente, donde hacen de correa de transmisión de la violencia hacia sus madres³⁴ y son muchas veces instrumentalizados por el agresor como forma de maltrato a ésta, hasta llegar incluso a perder la vida a manos de sus padres para hacer daño a sus madres, “donde más les duele”³⁵.

Por tanto, es crucial dar visibilidad a las violencias a las que los hijos e hijas han estado y están expuestos en los contextos de violencia de género vividos por sus madres³⁶. De esta forma se podrá conocer el impacto tan negativo que estas vivencias de violencia suponen en el bienestar y desarrollo de los niños y las niñas; e igualmente facilitará un cambio en las sensibilidades sociales y, a la larga, permitirá obtener respuestas desde las políticas públicas, la administración y la justicia. En este sentido, la investigadora P. Reyes

³³ Como ya apuntábamos en la presentación, en 4 años desde 2013 a 2016, 160 menores de edad han perdido a su madre como consecuencia de un crimen de violencia de género. Vid. Fundación Mujeres, *I Informe anual del fondo de becas “Fiscal Soledad Cazorla Prieto”*. Año 2017, pag. 9 ss. [http://www.fundacionmujeres.es/becassoledadcazorla/wp-content/uploads/Informe_V_Jornada.pdf].

³⁴ Algunas de las investigaciones en U.K apuntan que en un 60% de los casos en los que el hombre comete violencia contra la mujer comete además violencia contra los niños; vid. K. RUMMERY, “Partnership Working and Tackling Violence Against Women”, en N. LOMBARD y L. MCMILLAN (eds.), *Violence Against Women. Current Theory and Practice in Domestic Abuse, Sexual Violence and Exploitation*, Jessica Kingsley Publishers, London, 2013, p. 225-227.

³⁵ El Mundo 03/02/2017: “Un padre con antecedentes policiales por violencia machista ha matado a su hija de un año al lanzarse al vacío con ella desde un cuarto piso en el madrileño hospital de La Paz. ... La madre y el padre habían discutido en la habitación. Entonces, el hombre, de 27 años, le ha espetado a la mujer: ‘Te voy a dar donde más te duele’. Después, ha cogido a la niña, ha abierto la ventana de la habitación y se ha lanzado al vacío a una altura de cuatro pisos (unos 12 metros de altura), según aseguraron a EL MUNDO fuentes policiales.” <http://www.elmundo.es/madrid/2017/02/03/5894454a268e3ee7348b4730.html>.- Reflexionando sobre este caso, Miguel Lorente, médico forense, experto en violencia de género, añade: “el maltratador utiliza a los hijos e hijas para conseguir su objetivo de controlar y dominar a la mujer sin necesidad de agredirla físicamente. Los agresores saben que es lo que más les duele y lo usan de manera egoísta para sus intereses. Por eso, a pesar del intento de muchos de separar el ejercicio de la paternidad de la violencia, un maltratador siempre es un mal padre, porque utiliza la violencia en contra de la mujer y contra sus hijos e hijas para causar dolor y daño más allá de los golpes”. http://elpais.com/elpais/2017/02/04/mujeres/1486201498_722077.html.

³⁶ Vid. P. REYES CANO, “Menores y Violencia de Género”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez* núm. 49, 2015, p. 184.

Cano subraya con acierto que “se trata de una ‘violencia extendida’ y que los que siempre acaban sufriendo de esa extensión de la violencia son los hijos e hijas, que viven bajo el mismo estado de tensión y de alerta que su madre”³⁷.

4. AVANCES LEGISLATIVOS EN LA PROTECCIÓN DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO Y SUS HIJAS E HIJOS

En los últimos años se han producido en nuestro país avances tanto en lo que respecta a la protección y mejora de la información a las víctimas en el ámbito procesal como en lo que se refiere a la protección de los menores.

Una de estas respuestas legislativas ha sido sin duda la Ley 4/2015, de 27 de abril, *reguladora del Estatuto de la víctima* (que entró en vigor el 28 de octubre de 2015)³⁸. Concretamente, el Estatuto de las víctimas del delito garantiza derechos procesales y extra-procesales de las víctimas, incluyendo algunas disposiciones específicas que afectan a las víctimas de violencia de género.

Pero han sido, sobre todo, la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, *de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, las que han supuesto un avance considerable en la cuestión que aquí tratamos.

La modificación más importante operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, ha consistido en considerar víctimas de la violencia de género a los hijos y a los menores sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas y ya no meramente testigos de la violencia de género, como eran considerados antes. Por tanto, se podrán adoptar por parte del juez civil o penal medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor.

Más específicamente, dentro del concepto de “víctima” se encuadran los y las menores que viven en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo. A

³⁷ *Ibidem.*, p. 182. Puede consultarse también: *Informe del Grupo de Trabajo de Investigación sobre la infancia víctima de la violencia de género*, aprobado por el Observatorio Estatal de Violencia sobre la Mujer (8 de noviembre de 2011).

³⁸ Ley que se adapta al *Convenio de Estambul* de 15 de mayo de 2011 del Consejo de Europa sobre *Prevención y Lucha contra la Violencia contra las Mujeres y la Violencia Doméstica* y también traspone las directivas de la Unión Europea sobre esta materia. En particular, la Directiva 2012/29/UE, de 25 de octubre -DOUE-L-2012-82192.

pesar de esta indudable mejora, hubiera sido muy clarificador que la Ley 4/2015 hubiera establecido una distinción conceptual entre, por un lado, los menores víctimas de violencia doméstica y, por otro, los menores víctimas de violencia de género³⁹. Y ello porque, como es sabido, constituyen realidades muy distintas, con causas y consecuencias también diferentes.

De entrada, la Disposición Final 3ª.1 de la L.O. 8/2015, *de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, cambió el art. 1.2 de la L.O.1/2004, donde se fija el objeto de la misma:

“Por esta ley se establecen medidas de protección integral cuya finalidad es prevenir, sancionar y erradicar esta violencia y prestar asistencia a las mujeres, a sus hijos menores y a los menores sujetos a tutela, o guarda y custodia, víctimas de esta violencia”.

Esta nueva disposición acaba con todas las elucubraciones existentes en la doctrina y la praxis judicial. Los menores pasan a tener la consideración de *víctimas directas* de la violencia de género ejercida contra ellos mismos y contra sus madres y no meras víctimas indirectas o testigos de la violencia sufrida por sus madres.

Volviendo al tema que nos ocupa, el artículo 7 de la Ley 26/2015 modifica el art.12 de la L.O. 1/1996 y establece que

“cuando los menores se encuentren bajo la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento de una víctima de violencia de género o doméstica, las actuaciones de los poderes públicos estarán encaminadas a garantizar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores, con independencia de su edad, con aquélla, así como su protección, atención especializada y recuperación”.

En este sentido, es importante la modificación que la referida D.F. 3ª de la L.O. 8/2015, ha hecho de los artículos 65 y 66 de la L.O.1/2004. Así, en el caso de que el juez no adopte alguna de las medidas de suspensión de la patria potestad, custodia, régimen de visitas, estancia, relación o comunicación con los menores, deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en las que se ejercerá, adoptando las medidas necesarias para garantizar la seguridad, integridad y recuperación de los menores y de la mujer y teniendo que realizar un seguimiento periódico de su evolución. Si bien esta modificación no constituye una protección extra⁴⁰, al menos se está obligando en todos los ca-

³⁹ Vid. REYES CANO, “Menores y Violencia de Género”, cit., p. 196.

⁴⁰ *Ibidem.*, p. 197.

sos a los jueces a analizar la situación del menor víctima y a estudiar cómo se van a ejercer las funciones de la patria potestad por el inculpado de violencia de género, admitiendo la posibilidad de llevar a cabo un seguimiento sobre su evolución. Por último, la consideración de los menores como víctimas directas de la violencia de género propiciará la asunción por parte de los juzgados de violencia sobre la mujer de “competencias directas” con respecto a los hijos que vivan en circunstancias de violencia de género.

En definitiva, con estas reformas legales de 2015 se ha entendido que efectivamente los menores que viven y crecen en un entorno donde está presente la violencia de género resultan afectados de muchas maneras⁴¹: en su bienestar, desarrollo, problemas de salud, etc. Además de facilitar la transmisión intergeneracional de las conductas violentas.

En los supuestos en los que la acción agresora no va dirigida al menor sino a la mujer, normalmente hacia su madre, también en este caso, son merecedores de una especial protección por el ordenamiento jurídico. En otros supuestos, el menor puede ser víctima directa de la agresión, si bien preferentemente hace referencia a los supuestos en los que el menor se interpone o se halla en el lugar en el que el agresor está atentando contra la mujer, esto es, se encuentra en el propio contexto de los episodios de la violencia.

Por ello, el actual artículo 1 de la Ley de protección integral contra la violencia de género ya no sólo tiene por objeto la protección directa a las mujeres víctimas de la misma, sino que extiende su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas. Con ello además de dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia se permite adoptar medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos del agresor. En este sentido, el artículo 65 de la L.O. 1/2004 (también reformado por la L.O. 8/2015) tiene por finalidad ampliar las situaciones objeto de protección en las que los menores pueden encontrarse a cargo de la mujer víctima de la violencia de género. Así, las medidas de protección son aplicables a aquellos menores a cargo de la mujer que no se hallen asimismo a cargo del agresor.

Por su parte, los artículos 61.2 y 55 de la L.O. 1/2004, reformados también por la L.O. 8/2015, reconocen la posibilidad de pedir medidas cautela-

⁴¹ En este sentido, puede consultarse, entre otros: L. RADFORD y M. HESTER, “More than a Mirage? Safe contact for Children and Young People Who have been exposed to Domestic Violence”, en N. STANLEY y C. HUMPHREYS (eds.), *Domestic Violence and Protecting Children. New Thinking Approaches*, London, Jessica Kingsley Publishers, 1ª ed., 2015, p. 123-124.

res de protección a las víctimas menores de violencia de género, directas o indirectas, incluso pedidas por las Administraciones públicas que los puedan acoger; así como, la posibilidad de suspender la responsabilidad parental o la custodia de los menores para el progenitor, custodio o tutor de los mismos en el caso en que éste se halle inculcado en un procedimiento de violencia doméstica. Por otro lado, que la medida se refiera al inculcado determina que puede adoptarse simplemente como medida cautelar, antes de existir una condena firme por un acto de violencia de género, sin perjuicio de las penas que pudieran finalmente recaer o las decisiones que se tomen finalmente en el procedimiento civil que regule la responsabilidad parental o guarda y custodia del menor⁴².

5. REPERCUSIONES DEL CAMBIO LEGISLATIVO EN LA PRAXIS JUDICIAL E INSTITUCIONAL

Estas reformas legales han tenido una repercusión importante en la praxis judicial sobre las medidas relacionadas con la custodia compartida y el derecho de comunicación y visitas en contextos de violencia de género. Como se ha comentado más arriba, ya existía en el ordenamiento jurídico español la posibilidad de suspender el régimen de visitas, estancia o relación y comunicación con los menores al sujeto agresor. Pero a partir de las reformas legales de 2015, el juez que adopte una de estas medidas debe realizar un seguimiento periódico de la evolución de las medidas adoptadas en protección de las mujeres y de los menores a su cargo.

También cobra relevancia, en la nueva regulación jurídica, la posibilidad de adoptar estas medidas en aquellos casos en los que existiendo una ruptura de la relación de pareja y medidas de protección respecto de la mujer, puedan adoptarse también medidas con respecto a los hijos, aunque hasta el momento no se haya producido ningún episodio violento hacia ellos, siempre y cuando existan indicios que hagan sospechar que el imputado pudiera actuar de algún modo contra estos menores como represalia. Es decir, aunque el agresor sólo esté inculcado por actuar contra la mujer, si existe una duda fundada de que pueda continuar o ampliar su acción lesiva contra su ex-pareja a través de los/las hijos, como una forma de perpetuar su conducta dañosa hacia ella, a la que ya no puede controlar o simplemente a la que desea infligir un mayor dolor.

⁴² Vid. REYES CANO, "Menores y Violencia de Género", cit., p. 218.

Por tanto, el juez puede acordar medidas de alejamiento y comunicación no sólo con respecto a la mujer sino también con respecto a los hijos, aunque no se realicen actos directamente violentos contra ellos y sólo se enjuicie el maltrato hacia la mujer. Por otra parte, las leyes de las Comunidades Autónomas garantizan que el menor que se ve afectado por un cambio de lugar de residencia como consecuencia de una situación de violencia de género/doméstica sea escolarizado de manera inmediata en otro centro educativo, respetando la confidencialidad de dicha situación. Igualmente, las situaciones de violencia de género también son tenidas en cuenta a la hora de facilitar ayudas escolares y acceso a la vivienda de las mujeres y sus hijos.

Como se ha apuntado, las reformas legales a las que nos hemos referido en el apartado anterior están teniendo un claro impacto en la praxis judicial. Ya han sido varias las sentencias judiciales del Tribunal Supremo que han decidido en las nuevas sendas marcadas por las reformas de 2015. Este sentido, la STS de 26 de noviembre de 2015, a la que nos hemos referido más arriba, avanzaba tajantemente un *nuevo criterio jurisprudencial* al establecer que

“el juez o tribunal podrá suspender el régimen de visitas del menor con el progenitor condenado por delito de maltrato con su cónyuge o pareja y/o por delito de maltrato con el menor con otros de los hijos, valorando los factores de riesgo existentes” (F. 2º).

La medida a adoptar en interés del menor –sea la custodia compartida o el régimen de visitas– nunca podrá restringir o limitar más derechos de los que ampara. En cualquier caso, nunca podrá obviarse la valoración de los factores de riesgo existentes.

Por su parte, la importante STS de 4 de febrero de 2016 (JUR 2016 30008), establece:

“Es doctrina de esta Sala que (SSTS 29 de abril de 2013; 16 de febrero y 21 de octubre 2015), la custodia compartida conlleva como premisa la necesidad de que entre los padres exista una relación de mutuo respeto en sus relaciones personales que permita la adopción de actitudes y conductas que beneficien al menor, que no perturben su desarrollo emocional y que pese a la ruptura afectiva de los progenitores se mantenga un marco familiar de referencia que sustente un crecimiento armónico de su personalidad. Y es que una cosa es la lógica conflictividad que puede existir entre los progenitores como consecuencia de la ruptura, y otra distinta que ese marco de relaciones se vea tachado por una injustificable condena por un delito de violencia de género que aparta al padre del entorno familiar y de la comunicación con la madre, lo que va a imposibilitar el ejercicio

compartido de la función parental adecuado al interés de sus dos hijos. El art. 2 de la Ley 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, exige que la vida y desarrollo del menor se desarrolle en un entorno 'libre de violencia' y que 'en caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir'; criterios que aun expresados en una ley posterior a la demanda, incorpora los que esta Sala ha tenido reiteradamente en cuenta a la hora de integrar el interés del menor. Corolario lógico es lo dispuesto en el artículo 92.7 del Código Civil ..." (F. Jº 2º).

En el mismo sentido, el TS en la sentencia antes referida (sentencia 680/2015 de 26 de noviembre), entiende que "el concepto del interés del menor ha sido desarrollado en la L.O. 8/2015 de 22 de julio, no aplicable por su fecha a los presentes hechos, pero si extrapolable como canon hermenéutico, en el sentido de que 'se preservará el mantenimiento de sus relaciones familiares', se protegerá 'la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, física y educativas como emocionales y afectivas; se ponderará 'el irreversible efecto del transcurso del tiempo en desarrollo', 'la necesidad de estabilidad de las soluciones que se adopten...' y que 'la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos de los que ampara" (FJ 2º).

Por tanto, a partir de las reformas legales de 2015, y auspiciado por el giro jurisprudencial establecido el Tribunal Supremo, se está produciendo un cambio a favor de la protección del superior interés del menor por parte de jueces y tribunales, con medidas como las de no conceder la custodia compartida, limitar o suspender el régimen de visitas, estancia y comunicación de los hijos con el progenitor agresor tras el divorcio de sus padres.

Esta tendencia coincide con la reivindicación de numerosas instituciones. Así, por ejemplo, la STS de 26 de noviembre de 2015 fue acogida expresamente "con satisfacción" por el Defensor del Pueblo en un comunicado de 11/12/2015, en el que recuerda que esta Institución ya "recomendó en noviembre de 2014 procurar la supresión de visitas y comunicaciones de imputados por malos tratos con sus hijos a fin de prevenir riesgos". Los argumentos de la sentencia coincidirían con el criterio del Defensor del Pueblo, que ha recomendado que se garantice por ley "un examen individualizado del régimen de visitas de cada menor afectado por una situación familiar de violencia de género."⁴³

⁴³ <https://www.defensordelpueblo.es/noticias/satisfaccion-por-la-sentencia-del-supremo-que-restringe-el-regimen-de-visitas-de-los-maltratadores-a-sus-hijos/>

Por su parte, el Pleno del Congreso de los Diputados el 28 de septiembre de 2017 aprobó el llamado *Pacto de Estado contra la Violencia de Género*⁴⁴ que supone un compromiso importante ya que ha sido aprobado por todos los partidos políticos. Concretamente, el Pacto de Estado parte de la consideración de los menores como víctimas de la violencia de género y dentro de sus 231 medidas y propuestas, algunas son de especial relevancia para los asuntos que se tratan en este artículo. Más específicamente, se propone que se adopten las medidas necesarias para que la custodia compartida no se conceda en casos de violencia de género y que tampoco se adopte la custodia compartida provisionalmente si está en curso un procedimiento por violencia de género y orden de protección (Propuesta 144). Asimismo, se deberá suspender el régimen de visitas en todos los casos en que el menor hubiera presenciado, sufrido o convivido con manifestaciones de violencia (Propuesta 145). Por otro lado, propone que se deben poner en marcha Puntos de Encuentro Familiar exclusivos y especializados para los casos en que hay violencia de género (Propuesta 151).

A pesar del acierto de estas propuestas del Pacto contra la violencia de género, es preciso señalar que el despliegue de su eficacia está siendo ampliamente cuestionado por muchos de los profesionales que trabajan en este ámbito de la violencia de género (jueces y magistrados, fiscales, trabajadores sociales, psicólogos, etc.). Asimismo el movimiento feminista ha alertado en numerosas ocasiones de que el Pacto contra la violencia de género no tiene la suficiente concreción para ser efectivo y que se ha llevado a cabo sin haber contado con los colectivos feministas y de mujeres. Por otro lado, críticamente se ha señalado que si no se logra un acuerdo político y una dotación presupuestaria real para llevarlo a efecto se va a quedar en un catálogo de buenas intenciones.

Como se ha comentado, en los últimos años en nuestro país nos estamos encontrando cada vez con más supuestos en los que los menores se convierten en objetos de la violencia instrumentalizada hacia sus madres por parte de los agresores. Así, han pasado a ser primera página de los medios de comunicación algunos actos terribles de violencia contra la vida de los

⁴⁴ Vid. *Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados*, Serie D, núm 225, de 9 de octubre de 2017, pp. 96 y ss.: "Aprobación por el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión del día 28 de septiembre de 2017, con modificaciones respecto del Acuerdo de la Comisión de Igualdad, relativo al Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de Violencia de Género".

menores por parte de su padre con el claro propósito de dañar a la madre, especialmente en casos de separación y divorcio, y precisamente aprovechando el régimen de visitas del padre establecido por sentencia judicial. Hechos todos ellos que han generado una gran alarma social y que han desencadenado las reformas legales antes reseñadas. En este sentido, todo ello está determinando el auge de una nueva sensibilidad de la sociedad española, que como hemos visto empieza a tener reflejo en la praxis de la Administración de Justicia y en la reacción de las Instituciones.

Esta nueva sensibilidad se estaría proyectando tímidamente sobre la praxis judicial. Desde un punto de vista jurisprudencial, la posición del Tribunal Supremo español al respecto es clara. Pero desde el punto de vista de las órdenes de protección, a pesar de lo que afirman los titulares de prensa⁴⁵, se avanza muy lentamente. Si ampliamos la perspectiva cronológica y atendemos a las suspensiones de la patria potestad, guarda y custodia y régimen de visitas en decisiones de los juzgados de violencia sobre la mujer entre los años 2006 y 2016, el análisis de las medidas cautelares civiles impuestas por los Juzgados de Violencia sobre la Mujer permite apreciar que, por lo que se refiere a la suspensión de la custodia compartida, falta mucho todavía para alcanzar el número de casos, bajo si tenemos en cuenta el número de órdenes de protección dictadas. En el año 2008 se llegó a 2514 casos, mientras que en 2016 a pesar del ligero aumento se alcanzó la cifra de 1496⁴⁶. Donde sí se aprecia un pequeño repunte es en relación a las medidas de suspensión de la patria potestad y, más claramente, en lo que se refiere al régimen de comunicación y vistas de hijos e hijas con los padres incurso en un procedimiento penal de agresión⁴⁷. En cualquier caso, se ha constatado que a lo largo de los años las medidas suspensión de la custodia compartida y el régimen

⁴⁵ Los titulares de prensa hablan por sí solos. Así, en el diario *El País* se puede leer: "Las medidas de protección a los hijos de víctimas de violencia machista se multiplican con la nueva ley" [http://politica.elpais.com/politica/2016/06/29/actualidad/1467192817_223020.html]. Y en *El Mundo*: "El Supremo restringe aún más el régimen de visitas de los padres maltratadores" [<http://www.elmundo.es/sociedad/2015/12/07/56657a0922601d9c248b45ac.html>] Por su parte en el diario de difusión gratuita *20 Minutos* se recogía: "Los jueces suspenden más visitas de maltratadores a sus hijos con el fin de protegerlos". [<http://www.20minutos.es/noticia/2682650/0/vistias-maltratadores/menores-victimas/violencia-machista/#xtor=AD-15&xts=467263>].

⁴⁶ Datos estadísticos. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

⁴⁷ Vid. *Memoria del Fiscal General del Estado de 2017*, Vol. I, Cap. III, p. 478-479; <https://www.fiscal.es/memorias/memoria2017/Inicio.html>

de visitas habían ido descendiendo; siendo significativo el aumento de estas medidas en 2016 con respecto a las de 2014. En cuanto a las medidas que suspenden la patria potestad pasan de 62 a 121; las medidas de suspensión del régimen de custodia compartida se incrementan de 1133 a 1496; y las suspensiones del régimen de visitas, donde se produce el incremento más significativo, pasando de 623 a 1035⁴⁸.

Ahora bien, si comparamos estos datos con los de la totalidad de las medidas adoptadas por estos órganos judiciales, podemos comprobar como la medida de suspensión de la patria potestad apenas si pasa del 0,4% en 2014 al 0,7% en 2016; por lo que se refiere a la medida de suspensión de la custodia compartida, el porcentaje sobre el total de medidas solo se incrementa del 7,8%, en 2014, al 9,1% en 2016; y en el caso de las medidas de suspensión del régimen de comunicaciones y visitas, el aumento es del 4,3 en 2014 al 6,3 en 2016⁴⁹.

Una interpretación fácil de estos datos consistiría simplemente en achacar la lentitud en el cambio a la mentalidad de los jueces⁵⁰, que según algunas opiniones sigue anquilosada en estereotipos tradicionales. Ciertamente, algo de eso puede haber, pero también es cierto es que decidir sobre el “riesgo” implica una gran complejidad. Tanto si hay que decidir, en general, sobre el riesgo que el contexto de violencia de género conlleva para los hijos y las hijas; como, en particular, sobre el “riesgo” de que los hijos e hijas sean “instrumentalizados” por parte del agresor como una forma de agredir a las madres. Esta complejidad determina la necesidad de que cuenten con el auxilio de mecanismos adecuados⁵¹.

En este sentido, hay que reseñar que la nueva edición de la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, aprobada por el grupo de expertas y expertos en violencia doméstica y de género del CGPJ, en la reunión celebrada el día 13

⁴⁸ Datos estadísticos. Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Datos-estadisticos/>

⁴⁹ *Ibidem*.

⁵⁰ Sobre la resistencia al cambio y el reto que ello supone para los jueces en el ámbito de Reino Unido, puede consultarse: L. RADFORD, “Domestic Violence, Safety and Child Contact in England. Hiding Violent Men in the Shadows of Parenting”, en N. LOMBARD y L. MCMILLAN (eds.), *Violence Against Women. Current Theory and Practice in Domestic Abuse, Sexual Violence and Exploitation*, Jessica Kingsley Publishers, Londres, 2013, p. 64-65.

⁵¹ Vid STS de 26 de noviembre de 2015, ya citada.

de octubre de 2016, empieza a prestar atención a una problemática que sólo era contemplada de una forma muy somera en la primera edición de esta guía en 2005.

“En todo caso la fijación de regímenes de visitas, estancia y de comunicación a favor del progenitor no custodio ha de preservar y garantizar la integridad física y psíquica del menor. ... Estos presupuestos y perspectiva justifican, en los casos en los que existen indicios de la comisión de hechos encuadrables en el concepto de violencia de género o, incluso una condena, la solicitud de informe pericial sobre la idoneidad, en el caso concreto, del establecimiento de régimen de visitas con el progenitor sobre el que recaigan los referidos indicios de criminalidad o la condena siendo determinante, como se ha dicho, el interés superior, no de los progenitores sino del niño/a⁵².

Por tanto, es fundamental contar con mecanismos de apoyo en la evaluación del riesgo en el momento de tomar cualquier decisión. Este es otro de los puntos en los que han incidido las reformas legislativas de 2015 y las nuevas tendencias jurisprudenciales. Más específicamente, hay que mejorar mucho en relación con la valoración policial del riesgo para las madres, pero también para los hijos y las hijas que han de ser contemplados como víctimas directas en los contextos de violencia de género⁵³.

Por otra parte, la *Instrucción 7/2016*, de la Secretaría de Estado de Seguridad, por la que se establece un nuevo protocolo para la valoración policial del nivel de riesgo de violencia de género (*Ley Orgánica 1/2004*) y de gestión de la seguridad de las víctimas⁵⁴, avanza en la protección de los hijos y de las hijas en contextos de violencia de género pero quedaría por concretar cómo se va a evaluar el riesgo para estos menores y si los nuevos indicadores van a ser operativos en este sentido. Al respecto, en la presentación de este nuevo

⁵² CGPJ, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género*, Madrid, CGPJ, 2016 [versión electrónica: <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Actividad-del-Observatorio/Guias-practicas/>]. La edición de 2005 de la *Guía*, también se puede consultar en la página anterior.

⁵³ A partir del 22 de julio de 2016 comenzaron a aplicarse los nuevos VPR y VPER para medir el riesgo aprobados por la *Instrucción 7/2016*, de la Secretaría de Estado de Seguridad. Una revisión necesaria, solicitado desde numerosas asociaciones y por personas expertas en el tema y cuya aplicación deberá ser evaluada cuidadosamente.

⁵⁴ Vid. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Violencia-domestica-y-de-genero/Guias-y-Protocolos-de-actuacion/Protocolos/Instruccion-7-2016-de-la-Secretaria-de-Estado-de-Seguridad--por-la-que-se-establece-un-nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policial-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero--Ley-Organica-1-2004--y-de-gestion-de-la-seguridad-de-las-victimas>

protocolo, el secretario de Estado de Seguridad ya destacaba “el complejo abordaje de la seguridad de los menores de edad a cargo de las víctimas”⁵⁵. Hay que proteger la seguridad de los menores que son víctimas directas o indirectas de violencia de género porque así lo determina la ley. Pero además hay que tener en cuenta en la valoración de riesgos la utilización instrumental de los hijos e hijas para hacer daño a sus madres o, directamente, para saltarse las barreras preventivas y consumir las agresiones contra las mismas.

Además, la nueva edición de la *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* del Observatorio contra la Violencia Doméstica y de Género del Consejo General del Poder Judicial destaca la necesidad de contar con los Puntos de Encuentro de cara a la protección de las víctimas. En este sentido se señala que:

*“La creación de puntos neutrales y transitorios para el desarrollo de las visitas es el recurso que se viene implantando a fin de dar cumplimiento a las resoluciones judiciales que afectan a la comunicación de los menores con el progenitor no custodio en casos de relaciones familiares en crisis y, desde luego, en los supuestos de que existan indicios de violencia de género en el ámbito de la pareja o ex pareja.”*⁵⁶

Ahora bien, hay que preguntarse hasta dónde los Puntos de Encuentro constituyen la solución o el problema. De entrada, estos instrumentos fueron creados con otras finalidades y desde luego no con la finalidad específica de la protección de las víctimas de violencia de género; además han estado muy afectados por los recortes económicos. Por ello, presentan carencias importantes en la formación específica en violencia de género, lo cual provoca un estrés añadido en las víctimas y puede redundar en nuevos riesgos.

A tenor de todo lo anterior, consideramos que las decisiones que, a pesar de lo establecido en la legislación y en la jurisprudencia, optan por conceder o, en su caso, mantener la custodia compartida y el régimen de vistas de los agresores con sus hijas e hijos, limitándose a solucionar el problema de

⁵⁵ El Secretario de Estado de Seguridad ha destacado que, los nuevos formularios (VPR) y (VPER) han sido diseñados teniendo en cuenta también los cambios que se han producido desde que se elaboró el primero en 2007, contemplando nuevos indicadores. En la presentación de este nuevo protocolo destacaba el complejo abordaje de la seguridad de los menores de edad a cargo de las víctimas. La nota de prensa se puede ver en <http://www.interior.gob.es/web/servicios-al-ciudadano/violencia-contra-la-mujer/noticias-y-eventos/2016/nuevo-protocolo-para-la-valoracion-policia-del-nivel-de-riesgo-de-violencia-de-genero>

⁵⁶ CGPJ, *Guía práctica de la Ley Orgánica 1/2004*, cit., p. 279.

las órdenes de alejamiento y/o la seguridad de las víctimas con establecer que los contactos entre el agresor y los hijos tengan lugar en los Puntos de Encuentro Familiares, no son las adecuadas para estos casos. Así, la supervisión y la prevención de los riesgos para los menores y la madre debería conllevar medidas específicas para su protección. Lo mejor sería evitar los riesgos que siempre existen en contextos de violencia de género⁵⁷; pero si en las decisiones judiciales sigue teniendo un peso relevante el mantenimiento de los lazos familiares de las hijas e hijos menores con el agresor, probablemente no sea suficiente con recurrir a los Puntos de Encuentro. Por lo menos, mientras el funcionamiento de estos no cambie significativamente en relación con los casos de violencia de género.

En realidad aquí la problemática tiene un alcance más amplio y toma pie en el hecho que no se ha captado suficientemente la complejidad del problema y la necesidad de coordinar ámbitos muy diversos, pero imprescindibles para asegurar la protección de las víctimas de violencia de género y sus hijas e hijos.

En otros países, desde hace unos años se viene insistiendo en la necesidad de que exista auténtica coordinación y “cohesión” –tanto en el abordaje como en el diagnóstico a la hora de detectar los posibles riesgos de violencia en los que se encuentran tanto la mujer como sobre todo los hijos– y ello porque en la práctica siguen funcionando como “tres planetas separados”⁵⁸: la esfera de la violencia de género –el *Domestic Violence Planet*–; la de protección de los menores –el *Children Protection Planet*–; y el ámbito de la justicia civil relacionado con el “contacto” de los menores con sus progenitores –el *Child Contact*–. Lo cual puede dar lugar a todo tipo de problemas como la falta de coordinación en la información y en las evidencias entre el sistema de justicia penal y el sistema de justicia civil y de éstos con los servicios de protección de menores. Así, por ejemplo, la madre puede haber tratado de frenar la conducta violenta de su pareja llamando a la policía y apoyando que sea detenido y procesado. E, incluso, puede darse el caso de que la madre puede haber dejado a su marido violento por indicación de los servicios de menores para así proteger a sus hijos. Sin embargo, en el ámbito de justicia civil –de familia– se le va a exigir que permita “el contacto” y comunicación de sus hijos

⁵⁷ Acerca de los riesgos y posibles beneficios para los hijos de mantener el contacto con sus padres agresores de violencia doméstica, puede verse: L. RADFORD, “Domestic Violence, Safety and Child Contact in England. Hiding Violent Men in the Shadows of Parenting”, cit., p. 52 ss.

⁵⁸ Vid. M. HESTER, “The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children’s Safety in Contexts of Domestic Violence”, cit., p. 837.

con su ex marido violento. Dejando a la madre, en consecuencia, desconcertada, confundida y sola para manejarse con la violencia de su ex pareja y de nuevo asustada por la falta de seguridad de ella misma y de sus hijos⁵⁹.

Más específicamente, en el ámbito anglosajón, se ha extendido entre los investigadores la denominación *The Three Planet Model*⁶⁰, acuñada por Marianne Hester, para referirse a los juzgados e instituciones que tienen que coordinarse para hacer frente a la violencia doméstica y ya la propia terminología pone en evidencia la dificultades de este empeño. En el caso de Reino Unido⁶¹, por ejemplo, son tres las principales áreas de trabajo con las familias que sufren violencia doméstica. El *Domestic Violence Planet*, en el que se trabaja e interviene fundamentalmente con los adultos: con la víctima/superviviente, por un lado, y con el agresor, respecto de los que son competentes la justicia penal y civil y los juzgados de violencia doméstica, como tribunal especializado -Ley inglesa de 2004 de *Violencia Doméstica, Delitos y Víctimas*. El *Child Protection Planet* que centra sus actuaciones en la protección de los menores, no en los adultos, desde la perspectiva de “su mejor interés” con el objetivo de salvaguardar y proteger a los niños en circunstancias de violencia doméstica, cuyo ámbito de actuación es civil antes que penal. En ambos el objetivo es el de intervenir frente a los riesgos que puedan existir de más violencia o daño tanto para los hijos -*Child Protection Planet*- como para los adultos -*Domestic Violence Planet*-. Y, por último, el *Child Contact Planet* cuando se dan circunstancias de violencia doméstica, en contextos de divorcio o ruptura, que es competencia de los juzgados de familia, en el que rige el principio de las familias deben seguir siendo familias a pesar del divorcio o ruptura y en consecuencia, se centra en los padres y en sus acuerdos de guarda y/o régimen de comunicación y visitas con los hijos.

Efectivamente, entre los diversos ámbitos, instituciones y agentes desde los que se trabaja con la violencia de género (juzgados de violencia de géne-

⁵⁹ *Ibidem.*, p. 849-850.

⁶⁰ *Ibidem.*, p. 837-853.

⁶¹ Por razones obvias no puede abordarse más en profundidad el funcionamiento de estos “tres planetas” en los casos de violencia doméstica en el Reino Unido y en otros países del ámbito anglosajón que siguen este mismo sistema. En este sentido pueden consultarse, entre otros: K. MACKAY, “A Plea from Scotland: preserving access to courts in private law child contact disputes”, *Child and Family Law Quarterly*, núm. 25 vol. 3, 2013, p. 294-314 (Reino Unido); S. HOLT, “Post-separation Fathering and Domestic Abuse: Challenges and Contradictions”, *Child Abuse Review*, num. 24, vol. 3, 2015, p. 210-222 (Irlanda); D. G. SAUNDERS, *et al.*, “Custody Evaluators’ Beliefs About Domestic Abuse in Relation to Custody Outcomes”, National Institute of Justice, 2011 (Canada).

ro, juzgados de familia, juzgados de lo penal, la policía, puntos de encuentro, etc.) nos podemos encontrar con que los discursos y las prácticas de unos y otros grupos de profesionales pueden ser divergentes o simplemente ignorados. Por lo que resulta imprescindible una cohesión y una coordinación entre todos ellos a la hora de clarificar y abordar todas las problemáticas que desencadena la violencia de género. Lo que permitirá proteger con una mayor eficacia los derechos de las víctimas.

6. CONCLUSIONES

Como hemos podido comprobar en los apartados anteriores, en España se está avanzando en restringir el “contacto” y comunicación de los padres con sus hijos en los supuestos en los que hay violencia de género; pero todavía se siguen concediendo tanto visitas y comunicación, como, incluso, custodias compartidas en los casos de divorcio o ruptura. Y ello a pesar de que la custodia compartida está expresamente prohibida desde 2005 por el art. 92.7 del Código Civil español y lo mismo podría interpretarse en relación con el régimen de visitas y comunicación. Sin embargo, los jueces españoles hasta las últimas reformas legales de 2015 lo que han hecho ha sido permitir el contacto y la comunicación de los hijos con el padre agresor y, en muchos casos, conceder una custodia compartida, dando prioridad a los derechos del padre frente a la protección de la seguridad física y mental de los hijos y a su derecho a llevar una vida libre de violencia.

Cuando el agresor tiene una medida penal de alejamiento no puede haber comunicación directa, por eso los jueces en estos casos suelen decidir que la comunicación del padre agresor con sus hijos se facilite a través de los abuelos o en los denominados “Puntos de Encuentro Familiar”. Pero, como se ha subrayado en este artículo, estas prácticas han dado lugar a muchos problemas y en algunos casos han supuesto un claro riesgo añadido para las víctimas o han dado lugar a nuevas formas de victimización.

La realidad social de los últimos años nos ha mostrado una escalada en las acciones violentas dirigidas ya no solo contra las mujeres parejas o ex-parejas, sino contra los hijos de éstas que han sido victimizados directamente o utilizados como un instrumento para hacer daño a sus madres. Como consecuencia, se debe tener claro que, además de las medidas de protección dirigidas a la madre, deben existir instrumentos de protección de los hijos de ésta.

A partir de la entrada en vigor en 2015 de dos leyes, la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica 8/2015, *de protección de la infancia y adolescencia*, la protección

de los niños y niñas víctimas de violencia de género se ha convertido en un principio directo de actuación de los poderes públicos que incluye medidas como, entre otras, la suspensión de la responsabilidad parental, de la custodia, del régimen de visitas, estancia y/o comunicación y otras medidas que garanticen su seguridad, integración y recuperación tanto de los hijos como de la mujer, con la obligación por parte de los jueces de tener que realizar un seguimiento periódico de su evolución.

Como consecuencia, a partir de la entrada en vigor de esas dos últimas reformas legales de 2015, la aplicación de estas medidas por jueces y magistrados empieza a dejar de ser excepcional. Concretamente, los jueces y magistrados tienen que valorar su posible aplicación en todos los casos a enjuiciar, aun cuando los menores sólo hayan sido víctimas indirectas de la violencia y especialmente en aquellos casos en los que quepa sospechar que el menor pueda ser utilizado por el agresor como un instrumento para causar daño a su madre. Pero la modificación más importante, operada por la L.O. 8/2015, de 22 de julio, es que considera víctimas de violencia de género a los hijos y a los menores sujetos a la guarda y custodia de las mujeres maltratadas. Estos menores ya no son considerados meramente como testigos de la violencia de género, como ocurría con anterioridad. Por tanto, se podrán adoptar, por parte del juez civil o penal, medidas judiciales que conlleven la prohibición de aproximación y de comunicación del agresor con el menor.

En definitiva, se encuadra a los menores dentro del concepto de “víctima” por el mero hecho de vivir en entornos de violencia de género, por todas las alteraciones que la exposición a la violencia supone para su desarrollo y afirmando su derecho a una vida libre de violencia. Como consecuencia, en su redacción actual el artículo 1 de la Ley de protección integral contra la violencia de género ya no sólo tiene por objeto la protección directa a las mujeres víctimas de la misma, sino que extiende su protección especial a los hijos y a los menores sujetos a tutela, guarda o custodia de las víctimas. Con ello además de dar visibilidad a la magnitud familiar del problema de la violencia se permite adoptar medidas de protección integral a cualquier menor, sean o no hijos del agresor. También pueden adoptarse medidas respecto de dichos menores aunque no se haya producido ningún episodio agresivo hacia ellos hasta ese momento, siempre y cuando existan indicios que hagan sospechar que el imputado pudiera actuar de algún modo contra estos menores como represalia. Por tanto, el juez puede acordar medidas de alejamiento y prohibición de comunicaciones no sólo con respecto a la mujer sino

también con respecto a los hijos, aunque no se realicen actos directamente violentos contra ellos y sólo se enjuicie el maltrato hacia la mujer.

Como se ha apuntado, las reformas legales a las que nos hemos referido en el apartado anterior están teniendo un claro impacto en la praxis judicial. En este sentido, la STS de 26 de noviembre de 2015 ha supuesto, sin duda, un gran avance al establecer la “necesidad de valorar los factores de riesgo existentes” para proteger el superior interés del menor, de forma que una medida como la custodia compartida o el régimen de visitas no puede en ningún caso restringir o limitar los derechos del menor. Por tanto, no podrá obviarse en ningún caso la valoración real de los factores de riesgos existentes.

Concretamente, se ha constatado que tanto las medidas de suspensión de la custodia compartida como las referidas al régimen de visitas han ido descendiendo; siendo significativo el aumento de estas medidas en 2016 con respecto a las de 2014. Ahora bien, si comparamos estos datos con los de la totalidad de las medidas adoptadas por estos órganos judiciales podemos comprobar como la medida de suspensión de la patria potestad apenas si pasa del 0,4% en 2014 al 0,7% en 2016; por lo que se refiere a la medida de suspensión de la custodia compartida, el porcentaje sobre el total de medidas solo se incrementa del 7,8%, en 2014, al 9,1% en 2016; y en el caso de las medidas de suspensión del régimen de comunicaciones y visitas, el aumento es del 4,3 en 2014 al 6,3 en 2016.

La lentitud en el cambio no se puede achacar únicamente a la mentalidad de los jueces o a las tradicionales resistencias al cambio por parte de los operadores jurídicos. Lo cierto es que, como se ha apuntado, decidir sobre los riesgos para los hijos e hijas o para sus madres como consecuencia de que acaben siendo “instrumentalizados” por el agresor para causarles daño a éstas, es una tarea que requiere contar con mecanismos y apoyos profesionales adecuados que permitan valorar la complejidad de los mismos.

En este sentido, es fundamental contar con mecanismos de apoyo en la evaluación del riesgo en el momento de tomar cualquier decisión. Este es otro de los puntos en los que han incidido las reformas legislativas de 2015 y las nuevas tendencias jurisprudenciales. Pero queda mucho por hacer. Más específicamente, hay que mejorar mucho en lo relativo a la valoración policial del riesgo para las madres, pero también para los hijos y las hijas que han de ser contemplados como víctimas directas en los contextos de violencia de género. De entrada, muchos de los protocolos existentes y los profesionales encargados de su implementación carecen de la formación y la necesaria perspectiva de género.

Por lo demás, es indispensable darse cuenta de que los Puntos de Encuentro Familiar, tal y como han sido diseñados y utilizados, constituyen más un problema que una solución. En este sentido, estos instrumentos fueron creados con otras finalidades y desde luego no con la finalidad específica de la protección de las víctimas de violencia de género. En definitiva, presentan carencias importantes en la formación específica en violencia de género, lo cual provoca un estrés añadido en las víctimas y puede redundar en nuevos riesgos.

Por tanto, las decisiones judiciales que (a pesar de existir una orden de alejamiento o una condena por violencia de género) optan por conceder o, en su caso, mantener la custodia compartida y el régimen de visitas de los agresores con sus hijas e hijos, pueden suponer un riesgo para la mujer y sus hijos. Por regla general, estas decisiones se limitan a solucionar el problema de las órdenes de alejamiento estableciendo que los contactos entre el agresor y los hijos tengan lugar en los Puntos de Encuentro Familiares; pero estas medidas dada la situación actual de estas instituciones no evitan los riesgos para la víctima y los menores. Los derechos de las madres y sus hijos e hijas exigen evitar estas situaciones de riesgo o, en caso contrario, desarrollar medidas específicas para su protección, algo que por el momento no se da y que obligaría a la coordinación de los diversos ámbitos de protección de las víctimas haciendo que el *three planet model* del que se habla en algunos sistemas⁶² dejen de ser tres ámbitos separados con sus propios discursos y prácticas y lo hagan de una forma coordinada y coherente. En definitiva, que el sistema de protección de los derechos a las víctimas de violencia de género se torne operativo en la práctica.

TERESA PICONTO NOVALES

*Departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho e Historia del Derecho,
Facultad de Derecho
Universidad de Zaragoza
C. Pedro Cerbuna, 12
50009 Zaragoza
e-mail: tpiconto@unizar.es*

⁶² Vid. M. HESTER, "The Three Planet Model: Towards an Understanding of Contradictions in Approaches to Women and Children's Safety in Contexts of Domestic Violence", cit., pp. 837-853.

**EL REALISMO JURÍDICO AMERICANO.
PERSPECTIVAS DE RECONSTRUCCIÓN
Y NUEVAS TRAYECTORIAS INTERPRETATIVAS**

AMERICAN LEGAL REALISM.
NEW PERSPECTIVES AND INTERPRETATIONS

VALERIA MARZOCCO
Università di Napoles - Federico II

Fecha de recepción: 7-5-17

Fecha de aceptación: 7-7-17

Resumen: *Este artículo tiene como objetivo proporcionar una aproximación al Realismo Jurídico Norteamericano desde su exigencia de una jurisprudencia empírica. En el marco de la “revuelta contra el formalismo” que caracteriza la postura teórica de la ciencia social del periodo en la cultura estadounidense, juega un papel central la influencia de las ciencias psicológicas. Sin embargo, desde la interpretación de Lon Fuller, el behaviorismo psicológico parece ser, para los realistas, más una herramienta lingüística que una teoría, desde la perspectiva de la relación entre orden jurídico y orden social. Recientemente, Brian Leiter se ha centrado en este tema, argumentando que la “Core Claim” del Realismo se basa en una jurisprudencia naturalizada. Estas interpretaciones ayudan a considerar la contribución que el Realismo Jurídico Norteamericano ha ofrecido a la teoría jurídica.*

Abstract: *This paper aims to provide an approach to American Legal Realism under the lens of its empirical claim for jurisprudence. In the framework of the “revolt against formalism” that characterizes the theoretical attitude of social science of that period in American culture, the influence of psychological sciences plays a central role. Nevertheless, since Lon Fuller’s earl interpretation, psychological behaviourism seems to be for realists more a linguistic tool than a theory, in the perspective of the relationship between legal and social order. Recently, Brian Leiter has turned to focus on this topic, arguing that the ‘Core Claim’ of the Realism relies in a naturalized jurisprudence. These interpretations help to consider the contribute that American Legal Realism has offered to legal theory.*

Palabras clave: realismo jurídico norteamericano, teorías psicológicas, naturalismo, ley
Keywords: American legal realism, psychological theories, naturalism, law

1. EL REALISMO JURÍDICO NORTEAMERICANO Y SUS "REPRESENTACIONES"

En un reciente trabajo, Brian Leiter ha reabierto el debate sobre el realismo jurídico norteamericano emancipándolo de una larga marginación¹. A pesar de las numerosas referencias², la *jurisprudence* anglo-norteamericana ha mostrado durante mucho tiempo un escaso interés por el iusrealismo, justificado bien por la idea de que no era necesario volver sobre un momento absolutamente contextual a su época, bien por la constatación, quizá demasiado obvia, de que "hoy todos somos realistas"³, que absorbía en gran parte en la cultura jurídica contemporánea muchas de las cuestiones que para aquellos estudiosos parecían no estar resueltas⁴.

A partir de los años ochenta, esta tendencia a historizar el realismo se ha confirmado en el marco de aquellos estudios que han vuelto sobre su recons-

¹ B. LEITER, *Naturalizing Jurisprudence. Essays on American Legal Realism and Naturalism in Legal Philosophy*, Oxford University Press, Oxford-Nueva York, 2007.

² Sobre esta cuestión, para una mirada global a las herencias del realismo jurídico norteamericano que considera la influencia sobre algunos de los movimientos de la teoría crítica del derecho del siglo XX, cfr. C. FARALLI, "Le eredità del realismo giuridico americano", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 1, 2006, pp. 119-126. Para una lectura de las interpretaciones del realismo ofrecidas por los *Critical Legal Studies*, cfr. I. PUPOLIZIO, "Più realisti del re? Il realismo giuridico americano nella prospettiva dei "Critical Legal Studies", *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 1, 2010, pp. 73-104.

³ Esta fórmula ("We are all legal realists now") abría, desde la provocación, la larga recensión que William Joseph Singer dedicó al trabajo de Laura Kalmann sobre el realismo en Yale en 1986: cfr. W. J. SINGER, "Legal Realism Now", *California Law Review*, vol. 76, núm 2, 1988, pp. 465-544.

⁴ En cambio, sobre este último punto, como señala hábilmente en un reciente trabajo Mauro Barberis, es oportuno distinguir entre una consideración del realismo absorbida por la teoría del derecho contemporánea y que se refiere a la jurisprudencia como fuente de producción del derecho -"Today, there is no theory of law that does not recognise the judicial production of law, especially in the form of interpretation, often regarded as judicial legislation" (p. 9)- y una consideración que el realismo jurídico ofrece como teoría general del derecho que subraya la función preeminente de la jurisprudencia sobre la legislación, en la forma que el proceso de producción del derecho asume en los ordenamientos contemporáneos: cfr. M. BARBERIS, "For a Truly Realistic Theory of Law", *Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*, núm 29, 2016, pp. 7-14.

trucción a partir del contexto académico⁵ y político-cultural⁶ en el que se asentó. Aunque desde un punto de vista externo al campo concreto de la teoría del derecho, los trabajos sobre la cultura jurídica estadounidense en el siglo XX han servido de pretexto para reabrir el debate, que se ha retomado desde el punto máximo de incertidumbre en la literatura, el de su ‘representación’.

En efecto, reconstruir el realismo jurídico norteamericano es una operación compleja porque sobre ella han incidido siempre, al menos, dos puntos de vista: el interno *de los realistas* y el externo *sobre el realismo*. Es bien sabido que, desde el primer ángulo de observación, el problema que debe definirse a partir de la atribución *realista* de la propia *jurisprudence* aparece solo a partir de 1930, con el célebre trabajo de Llewellyn⁷ y el debate posterior⁸. Sin embargo, con anterioridad, el término se había utilizado para sintetizar la postura de aquellos estudiosos que, a principios del siglo pasado, habían interpretado la aspiración reformista de la jurisprudencia estadounidense en la línea de las enseñanzas de Oliver Wendell Holmes y el movimiento de la jurisprudencia sociológica⁹.

⁵ En el campo de las investigaciones historiográficas sobre el realismo en el contexto académico, cfr. J. H. SCHLEGEL, “Between the Harvard Founders and the American Legal Realists: The Professionalization of the American Law Professor”, *Journal of Legal Education*, núm 35, 1985, pp. 311-325; y cfr. L. KALMAN, *Legal Realism at Yale, 1927-1960*, University of California Press-American Society for Legal History, Chapel Hill- Londres, 1986.

⁶ Sobre esta cuestión, además del clásico estudio de Morton White sobre el clima intelectual y filosófico de principios del siglo XX en Estados Unidos (“The Revolt Against Formalism in American Social Thought of the Twentieth Century”, *Journal of the History of Ideas*, vol. 8, núm 2, 1947, pp. 131-152), es oportuno señalar el trabajo de John Henry Schlegel (*American Legal Realism and Empirical Social Science*, University of North Carolina Press-American Society for Legal History, Chapel Hill-Londres, 1995).

⁷ K. LLEWELLYN, “A Realistic Jurisprudence – The Next step”, *Columbia Law Review*, vol. 30, núm 4, 1930, pp. 431-465.

⁸ Para Horwitz (M. J. HORWITZ, *The Transformation of American Law 1870-1960. The Crisis of Legal Orthodoxy*, Oxford University Press, Nueva York, 1992 [trad. it.: *La trasformazione del diritto americano 1870-1960*, Il Mulino, Bologna, 2004, pp. 303 y ss.]), sería la intervención de Roscoe Pound en 1931, en la época en que era Decano de la Escuela de Derecho de Harvard (R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm 5, 1931, pp. 697-711), en respuesta a Llewellyn, la que daría impulso al movimiento. Cfr. K. LLEWELLYN, “Some Realism about Realism: responding to Dean Pound”, *Harvard Law Review*, vol. 44, núm 8, 1931, pp. 1222-1264. Además, sobre la reconstrucción de este controvertido aspecto de la ‘geografía’ realista, véase G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, Giuffré, Milano, 1962, pp. 2 y ss.

⁹ “The fiction that judges do not legislate has long since been abandoned by all who care for a conscious and realistic jurisprudence”: H. J. LASKI, “Judicial Review of social policy in England”, *Harvard Law Review*, vol. 39, núm 7, 1926, p. 832.

Las consideraciones de Giovanni Tarello sobre lo que ocurre con “una locución tomada del lenguaje ordinario”, que describe un uso lingüístico de sentido común del término aludiendo a una posición definida en términos de teoría del derecho que “implica que se considere correcto someter a prueba o a comprobación empírica una serie de formulaciones expresadas en el lenguaje prescriptivo”¹⁰, son útiles, y a ellas es oportuno referirse en este momento. Teniendo en cuenta las dificultades del realismo *de los* realistas, en el laberinto de las distinciones y las rivalidades internas, y aunque no pudiera afirmarse ninguna razón para apoyar la existencia de una “escuela” del realismo, se haría necesario asumir seriamente esa locución, con el significado técnico que adquiere a partir de 1930, y con el objeto de indagar el núcleo de los problemas que constituyen la base común de reflexión de ese movimiento, pero también de considerar las premisas metodológicas que comparten y los enunciados teóricos normativos que componen su contribución. La tesis de Tarello sobre el realismo como “movimiento” y, recientemente, la de Frederick Schauer, que señala con mayor decisión que el realismo jurídico norteamericano es una “escuela”¹¹, contrastan con una parte importante de las representaciones sobre el periodo, justamente en el ámbito de la reconstrucción histórica del pensamiento jurídico estadounidense¹². Esa parte ha privilegiado tanto un *cliché* construido sobre algunas de sus formulaciones más célebres¹³, como los caracteres históricos y de contexto en los que se ha desarrollado el movimiento. A estas perspectivas se les ha sumado un tema

¹⁰ G. TARELLO, *Il realismo giuridico americano*, cit. pp. 2-3.

¹¹ La de Frederick Schauer es, sin duda, una de las lecturas que, en los últimos años, ha pretendido recuperar el carácter teórico –y no solo histórico o ideológico– del iusrealismo norteamericano. Sobre el razonamiento jurídico (F. SCHAUER, *Thinking like a Lawyer. An Introduction to Legal Reasoning*, Harvard University Press, Cambridge [Mass] y en términos teórico-generales, cfr. F. SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, *Texas Law Review*, núm 91, 2012/2013, pp. 749-780.

¹² Sobre la representación del realismo como “carácter” o “clima” intelectual, cfr., respectivamente, N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, Clarendon Press, Oxford, 1995, p. 3; y M. J. HORWITZ, *Le trasformazioni del diritto americano*, cit., p. 303. Considerablemente más definida es la posición de Brian Tamanaha, que se inclina por la oportunidad de desmitificar tanto el realismo como a su antagonista teórico, el formalismo jurídico, ambos representaciones ‘míticas’ producidas por el clima de la época. Cfr. B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide. The Role of Politics in Judging*, Princeton University Press, Princeton-Oxford, 2009.

¹³ En la perspectiva de discutir críticamente la representación del carácter radical de la jurisprudencia de Jerome Frank, cfr. W. E. VOLKOMER, *The Passionate Liberal. The Political and Legal Ideas of Jerome Frank*, Martinus Nijhoff, The Hague, 1970.

posterior, el de las *herencias* del iusrealismo, que se ha vuelto complejo por los itinerarios heterogéneos que han caracterizado su recepción.

En el clima particular que envuelve la “revuelta contra el formalismo”, que sacude la reflexión interna de las ciencias sociales a principios de siglo en Estados Unidos¹⁴, el realismo fue interpretado como un laboratorio capaz de anticipar –por poner el acento en la no neutralidad de las concepciones del derecho y proyectarse a la sociedad, ambas cuestiones reveladas a través del análisis de los propósitos de la *policy* en la actividad de los jueces y funcionarios– muchas de las teorías críticas del siglo XX¹⁵. A menudo, esta última lectura, aunque se centra de manera oportuna en las trayectorias de intersección entre saberes que se impulsaban en aquel periodo¹⁶, no ha considerado de forma adecuada las premisas, marcadas profundamente por las corrientes filosóficas y epistemológicas del momento. Con la afirmación del carácter empírico de la ciencia del derecho, el realismo no se limitaba solo a reivindicar una continuidad con el pensamiento de principios de siglo que, haciendo propia la enseñanza de Oliver Wendell Holmes, había puesto las bases para una ampliación de la mirada del jurista más allá de la tiranía de los conceptos y de las formas asumidas por el *case law method* de Langdell¹⁷. Se trataba más bien de un enfoque epistemológico que, partiendo justamente

¹⁴ Sobre esta cuestión, es importante considerar también, además de la representación ‘continuista’ ofrecida por Morton Horwitz (*Le trasformazioni del diritto americano*, cit.), los argumentos de Robert Summers, que considera preferible una lectura unitaria –que se obtiene bajo la definición de “instrumentalismo pragmático”– de la línea de pensamiento filosófico y jurídico que va de John Dewey a los exponentes de la jurisprudencia sociológica (de Oliver Wendell Holmes a Roscoe Pound y Benjamin Cardozo), hasta incluir el movimiento realista. Cfr. R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, Cornell University Press, Ithaca, 1982.

¹⁵ Partiendo del enfoque pragmático que caracteriza al realismo, muchas son las lecturas que subrayan una descendencia directa del pragmatismo jurídico de los realistas con las teorías críticas posmodernas, marcando el carácter reformista que pertenece al realismo. Sobre esta cuestión, en términos generales y refiriéndose particularmente a los *Critical Legal Studies*, cfr. B. Z. TAMANAHA, *Beyond the Formalist-Realist Divide*, cit.

¹⁶ Esta lectura que plantea a los realistas como predecesores de un enfoque descriptivo, sociológico jurídico, se encuentra a menudo conectada con la misma interpretación del término ‘realismo’ –“for most realists social science was realism” (N. DUXBURY, *Patterns of American Jurisprudence*, cit., p. 97)– también en la interpretación de sus herencias, como para Singer, según el cual el descendiente más directo del realismo jurídico sería justamente el enfoque propio de los estudios de *Law and Society*. Cfr. W. J. SINGER, “Legal Realism Now”, cit., p. 505, nota 129.

¹⁷ Subraya la discontinuidad del realismo norteamericano respecto a la jurisprudencia sociológica, G. E. WHITE, “From Sociological Jurisprudence to Realism. Jurisprudence and

del fracaso sustancial de ese programa¹⁸, definía la vocación empírica del conocimiento jurídico delineando los rasgos de su científicidad en una compleja red de influencias que garantizaban la auténtica aspiración: la descripción del derecho como *experiencia* observable, según un lenguaje de la causalidad, y su definición normativa, como regla en función de los objetivos que surgen de la red de regularidades de las que está entretejida la sociedad.

En el marco de las representaciones que pueden extraerse de la literatura, este trabajo pretende adoptar un particular punto de vista sobre el realismo jurídico norteamericano. En primer lugar, al definirlo como un “movimiento” de la teoría del derecho (considerando que no se pueden mantener las otras dos principales representaciones que se han discutido en la literatura, la de “escuela” y la de “carácter” o “clima” intelectual); y, en segundo lugar, al entenderlo como una contribución de la teoría general de la que el realismo, orientando gran parte de su propia atención a la teoría de la interpretación y la argumentación jurisprudencial, muestra un núcleo conceptual fuerte, tanto en el plano epistemológico –o sea, de las condiciones en las que es posible o se ha dado el conocimiento de la ciencia jurídica y del estatuto teórico de esta última–, como en el plano definitorio del derecho.

2. EL CARÁCTER EMPÍRICO DE LA CIENCIA JURÍDICA REALISTA Y LA RELACIÓN CON LAS TEORÍAS PSICOLÓGICAS DE SU TIEMPO

Al hacer su relectura del realismo norteamericano, Leiter parte de una tesis específica dentro de la teoría del derecho: el realismo está escasamente interesado en constituirse como un análisis de tipo conceptual sobre el dere-

Social Change in Early Twentieth-Century America”, *Virginia Law Review*, vol. 58, núm 6, 1972, pp. 999-1028.

¹⁸ Sobre este punto, que se refiere a la representación corriente del nacimiento del realismo jurídico en la polémica de Llewellyn con la jurisprudencia sociológica de Pound, ha arrojado luz la investigación de archivo de Natalie Hull. Este trabajo se basa en el estudio de la correspondencia entre los dos teóricos y muestra aspectos interesantes de su relación, a la vez que reflexiona sobre el asunto de la diferente posición asumida por cada uno de ellos en relación al proceso de los anarquistas Sacco y Vanzetti, en 1925: cfr. N. E. H. HULL, “Reconstructing the Origins of Realistic Jurisprudence: A Prequel to the Llewellyn-Pound Exchange over Legal Realism”, *Duke Law Journal*, vol. 1989, núm 5, 1989, pp. 1302-1334; y cfr. N. E. H. HULL, *Roscoe Pound & Karl Llewellyn. Searching for an American Jurisprudence*, The University of Chicago Press, Chicago-London, 1997.

cho, y todos los intentos de discutirlo en ese sentido, de Hart en adelante¹⁹, han malinterpretado el movimiento. Cuando reflexiona sobre el carácter naturalista de la *jurisprudence* realista, Leiter considera, en base a los dos puntos sobre los que se articula su tesis principal –“the Core Claim”–, las influencias del lenguaje de la psicología y, concretamente, del behaviorismo.

Con la psicología behaviorista, esta interpretación vuelve a poner el acento en un rastro que, desde los años treinta, había captado la atención del debate contemporáneo sobre el realismo, desde Lon Fuller (que lo discute especialmente con respecto a Carl Llewellyn y Underhill Moore), hasta los indiscriminados ataques dirigidos al movimiento, a lo largo de los años cuarenta, por parte de las escuelas iusnaturalistas de matriz tomista. Además, la influencia del behaviorismo sobre los autores realistas, como teoría psicológica representada por la postura de Watson, ha sido puesta en tela de juicio repetidamente, y quizás de manera crítica, por movimientos que han mirado el realismo con un interés particularmente dirigido a aceptar el mandato, como en el caso del movimiento *Law and Economics*²⁰ y, en años más recientes, del *New Legal Realism*²¹. A diferencia de estas perspectivas, según Leiter, el behaviorismo es útil para los realistas en la medida que confirma

¹⁹ La referencia se encuentra en H. L. A. HART, *The Concept of Law*, Oxford University Press, London, 1961 [trad. it.: *Il concetto di diritto*. Nueva edición con una posdata del autor, a cargo de Mario A. Cattaneo, Einaudi, Torino, 1991, pp. 146 y ss]. Definiendo la posición del realismo jurídico norteamericano, como expresión de un “escepticismo sobre las normas” –que implica “ignorar lo que realmente son las normas en cualquier esfera de la vida social”– Hart, como es sabido, adopta en esta postura teórica la pretensión típica de “un absolutista desilusionado”. Cfr. H. L. A. HART, *Il concetto di diritto*, cit., esp. pp. 163 y ss. (pero sobre esta cuestión, profundizando el análisis sobre la *jurisprudence* norteamericana, y en parte volviendo sobre posturas del trabajo de 1961, cfr. también H. L. HART, “American Jurisprudence through English Eyes: The Nightmare and The Noble Dream”, *Georgia Law Review*, vol. 11, núm 5, 1977, pp. 969-989).

²⁰ Particularmente indicativa a este respecto es la posición de Richard Posner que, al relanzar el programa empirista en el campo de la ciencia del derecho, imputa al realismo un fracaso sustancial del programa, por falta de una base teórica suficiente (el behaviorismo watsoniano) sobre la que pudiera fundarse: “The empirical projects of the legal realists, which not only failed but in failing gave empirical research rather a bad name, illustrate the futility of empirical investigation severed from a theoretical framework” (R. POSNER, *The Problems of Jurisprudence*, Harvard University Press, Cambridge, 1990, pp. 393-394. Sobre Richard Posner, cfr. P. CHIASSONI, “Richard Posner: pragmatismo e analisi economica del diritto”, en G. ZANETTI (coord.), *Filosofi del diritto contemporanei*, Cortina, Milano, 1999, pp. 183-220).

²¹ Sobre el *New Legal Realism*, debatido respecto a la relación entre derecho y ciencias sociales, cfr. M. RAITERI, “Il posto delle scienze sociali nel neo-realismo giuridico Americano”, *Materiali per una storia della cultura giuridica*, núm 2, 2008, pp. 377-392.

una lectura, según la ley de la causalidad, del proceso decisional, con la finalidad de investigar los *social determinants* de las sentencias. Centrándose en las razones no jurídicas (*non-legal reasons*) que caracterizan el proceso a través del cual el juez llega a formular su decisión, el behaviorismo constituiría, de este modo, una llave de acceso solo de tipo retórico, porque la psicología behaviorista (convertida en excepción únicamente por Underhill Moore y otros pocos exponentes del movimiento)²², más que ser defendida como un aparato teórico, sería instrumentalizada por su capacidad para traducir el comportamiento de los jueces y funcionarios en el esquema de la causalidad, cubriendo el déficit explicativo de la norma formalmente entendida.

Interpretado en estos términos, el núcleo teórico de las tesis realistas se centraría, para Leiter, en una tesis descriptiva que se refiere a la teoría de la decisión judicial: la decisión del juez es fundamentalmente una respuesta al estímulo de los hechos. De este modo, poner el acento en la que, según Leiter, constituye la cuestión teórica de fondo de la *jurisprudence* realista, implica, en primer lugar, la tesis de la indeterminación explicativa o causal de la norma que explica la decisión (entendiéndose por norma el campo en el que pueden identificarse las razones jurídicas formales del razonamiento del juez –en las fuentes de los *statutes*, del precedente a partir del cual construye sus inferencias). Y, en segundo lugar, implica también la centralidad funcional, en términos normativos, del esquema causal ofrecido por el lenguaje del behaviorismo, como teoría psicológica que se centra en el comportamiento humano como hecho objetivamente describible en términos de reacción a los estímulos que provienen del entorno²³.

²² Underhill Moore es, entre los realistas, aquel que rechaza con mayor convicción las demandas del behaviorismo psicológico en conjunción con un enfoque económico de tipo institucionalista (U. MOORE, "Rational Basis of Legal Institutions", *Columbia Law Review*, vol. 23, núm 7, 1923, pp. 609-61; y cfr. U. MOORE y Th. HOPE, "An Institutional Approach to the Law of Commercial Banking", *The Yale Law Journal*, núm 38, 1929, pp. 703-719). Para un debate sobre Moore, cuidadoso con ambos perfiles, cfr. L. FULLER, "American Legal Realism", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 82, núm 5, 1934, pp. 429-462; y cfr. otrosí, F. S. C. NORTHROP, "Underhill Moore's Legal Science: Its Nature and Significance", *The Yale Law Journal*, vol. 59, núm 2, 1950, pp. 196-213.

²³ Sobre esta cuestión, no sería insignificante la tendencia de los realistas a recuperar los modelos decisorios generalizables de la decisión, sobre todo en el campo del derecho de los particulares y, en concreto, derecho comercial, omitiendo en cambio el campo del derecho constitucional (compartiendo un particular enfoque normativo respecto al *rule of law*, entendido como una "concepción vinculada a una particular condición histórica, destinada a ser superada con la decadencia de la economía del *laissez faire*" (A. GIULIANI, "Dal positivismo 'benthamiano' al realismo giuridico", en F. ROSSI-LANDI (coord.), *Il pensiero americano con-*

El behaviorismo es la teoría psicológica en auge a principios de siglo en Estados Unidos. Sin embargo, debe señalarse que si, evidentemente, la relación entre behaviorismo psicológico y teoría jurídica realista no se basa en los hechos (porque los estudiosos del movimiento se refieren explícitamente a Watson y a otros exponentes del conductismo solo en algunos casos²⁴, mientras que está más difundida una postura de desconfianza, caracterizada por la necesidad de tomar distancias²⁵), supone un planteamiento reduccionista entender su influencia sobre los movimientos intelectuales estadounidenses de aquellos años, y concretamente sobre el realismo jurídico, limitándola a la versión del mecanicismo watsoniano.

El debate de la relación entre behaviorismo psicológico y *jurisprudence* realista, al que Leiter ha vuelto recientemente, marca, como se ha dicho, un periodo intenso desde el principio debido a las críticas que se han dirigido al movimiento. Como subraya Laura Kalmann, estas lecturas tropiezan con un hecho difícilmente cuestionable: los realistas nunca se sintieron tan atraídos por el behaviorismo, a pesar de los estudios en los que más claramente se inspiraron, como en el caso de la investigación dirigida en Yale por Underhill Moore y Charles Callahan, centrada en la capacidad de respuesta del comportamiento individual al cambio de la norma jurídica, según el esquema de la relación entre *cues* y *drives*²⁶. A pesar de esto, es innegable que las referen-

temporaneo, Edizioni di Comunità, Roma, 1958, p. 153). Sobre el campo del derecho de los particulares, como área privilegiada de los análisis realistas, análogamente, Brian Leiter: "The Realists tend to draw their best examples of the Core Claim from the realm of commercial law (rather, say, than constitutional law—a point of some significance, to which I return later). Typically, the Realists argue that what judges decide on the facts in such cases falls into one of two patterns; either (1) judges enforce the norms of the prevailing commercial culture; or (2) they try to reach the decision that is socio-economically best under the circumstances". (B. LEITER, *Naturalized Jurisprudence*, cit., p. 26).

²⁴ Entre los primeros en asumir el behaviorismo psicológico en términos explícitos en el campo de la ciencia del derecho, además del ya citado Underhill Moore (cfr. *supra*, nota 22), se encuentra Herman Oliphant ("A Return to Stare Decisis", *American Bar Association Journal*, vol. 14, núm 2, 1928, pp. 71-76).

²⁵ Sobre la posición de Frank en relación con el behaviorismo psicológico, cfr. J. FRANK, *Law and the Modern Mind* (1930), Transaction Publishers, New Brunswick-London, 2009, pp. 173 y ss.; y cfr., Id., "Are Judges Human? Part Two: As Through a Class Darkly", *University of Pennsylvania Law Review*, núm 80, 1931, p. 243. Por lo que respecta a Llewellyn, la afirmación de una distancia explícita respecto a esta teoría psicológica se lee marcadamente en K. LLEWELLYN, *The Common Law Tradition: Deciding Appeals*, Little, Brown & Co., Boston, 1960, p. 204.

²⁶ U. MOORE y Ch. CALLAHAN, "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 1, 1943, pp. 1-136. Para un debate del trabajo de

cias implícitas al behaviorismo psicológico, que lleva al lenguaje de aquellos años a un nivel retórico²⁷, son muchas y muy variadas, dejando entender en cualquier caso que la objetividad del comportamiento observable estaba en condiciones de ofrecer un contenido a la propia definición técnica del atributo 'realista' del programa de la *jurisprudence* del movimiento²⁸. El mandato epistemológico que se confía al enfoque psicológico, y particularmente al conductismo, está bien resumido por Edward Robinson que, en uno de los intentos más explícitos de fundar en aquellos años con su ayuda el ideal de una *jurisprudence* naturalista, intenta explicar la labor en estos términos:

*"The importance of the rapid rise of psychology in recent years (...) is that it supplies a background for a natural science of society which has hitherto been lacking"*²⁹.

Se trata de un método que claramente se señala como un rasgo característico de las contribuciones de autores como Herman Oliphant y Underhill Moore, y que parece ofrecer sus perspectivas más interesantes en conjunción con un enfoque de tipo institucionalista que estudia los modelos de comportamiento adoptados en el interior de las praxis económicas³⁰.

Moore y Callahan, cfr. H. E. YNTEMA, "'Law and Learning Theory' through the Looking Glass of Legal Theory", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 2, 1944, pp. 338-347; y cfr. C. L. HULL, "Moore and Callahan's 'Law and Learning Theory': A Psychologist's Impressions", *The Yale Law Journal*, vol. 53, núm 2, 1944, pp. 330-337. Sobre Moore, en términos generales, cfr. J. H. SCHLEGEL, *American Legal Realism and Empirical Social Science*, cit., pp. 115 y ss.

²⁷ En 1928, en el discurso que pronunció en la America Bar Association, Herman Oliphant recomendaba a sus propios colegas que tomaran en consideración un enfoque de clara impronta behaviorista, pidiéndoles que observaran "A study with more stress on their nonvocal behavior - i. e., what the judges actually do when stimulated by the facts of the case before them - is the approach indispensable to scientifically exploiting the wealth of material in the cases". (H. OLIPHANT, "A Return to stare decisis", *American Law School Review*, vol. 6, núm 5, 1928, p. 229).

²⁸ Particularmente claro se muestra esta cuestión en la postura de Edward Patterson, que figura en la lista de los realistas elaborada por Llewellyn en 1931 y es quizás, entre estos estudiosos, el que se sitúa más cerca de la postura del pragmatismo de Dewey: "the legal realists sought reality in human behavior, in judicial and other official conduct, in concrete operation rather than in essences" (E. PATTERSON, *Jurisprudence: Men and Ideas of the Law* [1940], The Foundation Press, Brooklin, 1953, p. 539).

²⁹ E. S. ROBINSON, *Law and the Lawyers*, The MacMillan Co., New York, 1935, p. 49.

³⁰ La conciencia es la de quien se aventura en un campo de experimentalismo radical: "This study lies within the province of jurisprudence. It also lies within the field of behavioristic psychology. It places the province within the field" (U. MOORE y Ch. CALLAHAN, "Law and Learning Theory: A Study in Legal Control", cit., p. 1).

En términos generales, a pesar del hecho de que la tendencia a representar un papel decisivo de la psicología behaviorista en la labor de renovación metodológica de la jurisprudencia haya sido probablemente una de las primeras manifestaciones del clima que prepara las condiciones necesarias para indicar el carácter empírico de la ciencia del derecho propugnado por el movimiento³¹, la influencia de esta teoría psicológica sigue siendo sustancialmente marginal en el ámbito del realismo, constituyendo más la manifestación de una *koiné* lingüística común que una influencia real. Más allá de todo lo observado, en los ataques que las escuelas iusnaturalistas plantearon al movimiento a lo largo de los años cuarenta³², como también en las cuestiones que repetidamente marcaron su recepción en el siglo XX, el behaviorismo realista ha constituido a menudo un argumento funcional para relanzar el programa de una ciencia jurídica empírica. Sobre todo, el *New Legal Realism* (NLR) es el que defiende este programa y se postula como un movimiento que pretende “bring together legal theory and empirical research to build a stronger foundation for understanding law and formulating legal policy”³³.

El programa del movimiento, por el que se ha acogido un primer y amplio debate en las páginas de la *Winsconsin Law Review* de 2005, se ve claramente animado por una idea de fondo: retomar el camino que los ‘viejos’ realistas habían intuido, y solo en parte recorrido, afirmando la centralidad de la investigación empírica para la teoría del derecho, y particularmente para el estudio de los factores que mueven la decisión del juez y la actividad de los funcionarios. Junto a las investigaciones dirigidas por el Tribunal Supremo, para el NLR es sobre todo el ámbito de las jurisdicciones inferiores, y especialmente el de los tribunales estatales, el que proporciona los mayores elementos de interés, porque es idóneo para representar un “natural

³¹ G. H. T. MALAN, *The Behavioristic Basis of the Science of Law*, American Bar Association Journal, vol. 8, núm 12, 1922, pp. 737-741.

³² Particularmente directo es el ataque que vendrá del iusnaturalista Francis E. Lucey, según el cual “Realism by taking God, soul, mind, will, innate dignity, and innate de jure independence away from man, makes man the pawn of might, and breaks the neck of democracy. Godless Behaviorism and Pragmatism are the head hunters, with Democracy and popular sovereignty the victims”. (F. E. LUCEY, “Natural Law and American Legal Realism: Their Respective Contributions to a Theory of Law in a Democratic Society”, *Georgia Law Journal*, vol. 30, núm 6, 1942, p. 526). Se encuentran referencias posteriores en E. A. PURCELL, Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, University of Kentucky Press, Lexington, 1973, pp. 160-172.

³³ Cfr., sobre esta cuestión, H. S. ERLANGER *et al.*, “Is It Time for a New Legal Realism?”, *Winsconsin Law Review*, núm 2, 2005, p. 337.

experiment that permits plausible causal inferences about the effect of judicial characteristics on outcomes”³⁴. De la experiencia del realismo jurídico de los años treinta, el NLR recoge el *milieu* global, centrándose no solo en un análisis de tipo behaviorista sobre la personalidad del juez, entendiéndose con esto el conjunto variable de las características comportamentales que se observan en el sujeto que juzga –en lo que respecta a sus convicciones políticas, su procedencia geográfica, su carrera profesional–, sino también en una perspectiva de tipo institucionalista a efectos del juicio que se refiere, en concreto, al procedimiento a través del cual la decisión madura en el seno de las diversas influencias y decisiones que surgen en la sede colegial³⁵. Sobre todo, a la luz de la interpretación que movimientos como el NLR ofrecen del realismo norteamericano de los años treinta, el behaviorismo se convierte en el argumento al que confiar la principal herencia, que sería expresada en buena parte por una concepción de la ciencia jurídica como ciencia empírica.

3. REGULARIDAD SOCIAL Y NORMATIVIDAD JURÍDICA. EL PRAGMATISMO INSTRUMENTALISTA DE DEWEY ENTRE LA FILOSOFÍA SOCIAL Y LA LÓGICA JURÍDICA

A pesar de la utilización común que esta teoría psicológica hace del lenguaje, a través de la mediación del pragmatismo de John Dewey, el realismo hace suyo el behaviorismo, como perspectiva que integra la teoría del

³⁴ Th. J. MILES y C. R. SUNSTEIN, “The New Legal Realism”, *The University of Chicago Law Review*, vol. 75, núm 2, 2008, p. 835.

³⁵ El problema de la personalidad del juez se ha planteado muy a menudo con referencia al tema de la ideología, concretamente de la ideología política, respecto al ejercicio de la jurisdicción del Tribunal Supremo. Pero no han faltado otro tipo de enfoques que han investigado otros factores capaces de construir inferencias respecto a las sentencias (la procedencia demográfica, la pertenencia a determinadas etnias o el género han sido algunos de los campos privilegiados; sobre todo en el caso de los delitos sexuales, se ha puesto de manifiesto un “gender effect”, que demostraría cómo la pertenencia a un determinado género del sujeto que juzga ejerce una influencia considerable sobre la sentencia). Ch. BOYD, L. EPSTEIN y A. D. MARTIN, “Untangling the Causal Effects of Sex on Judging”, *American Journal of Political Science*, vol. 54, núm 2, 2010, pp. 389-411. Es diferente la postura que hace referencia a la interpretación del papel que el precedente ejerce sobre la decisión, objeto concretamente de la investigación de Frank B. Cross que, al analizar las detenciones en el distrito de los Tribunales de Apelación estadounidenses, concluye en el sentido de un papel prevalente desempeñado desde el principio del *stare decisis*, sobre todo según una postura estratégica dirigida a garantizar la estabilidad de las propias decisiones. F.B. CROSS, “Decision making in the U. S. Circuit Courts of Appeals”, *California Law Review*, vol. 91, núm 6, 2003, pp. 1457-1516.

conocimiento y la difundida tendencia de la filosofía social de principios de siglo. No solo porque se opone a corrientes comunes de pensamiento, sino también por la influencia del funcionalismo y el institucionalismo³⁶, el pragmatismo de Dewey mantiene una relación ambigua con el behaviorismo³⁷, acariciando algunas de las aseveraciones de fondo; entre estas, la atención a la realidad como *proceso* y la firme negación del concepto (ontológico y psicológico) de conciencia y de contenidos mentales.

Dewey, que nunca se adhiere de manera explícita al esquema de la relación de causalidad entre impulsos y comportamientos que constituía la ley fundamental de la explicación a la cual apelaba el behaviorismo en psicología, confía en la regularidad de la acción humana, dada por las costumbres y la disposición reflexiva desarrollada en las prácticas de comportamiento³⁸. Además, no niega que la regularidad y su observación por parte de los agentes sociales pudieran dar origen a una reacción acorde, en la que el estímulo y la respuesta estuvieran conectadas mecánicamente en una cadena ininterrumpida³⁹. Estos aspectos de la teoría política y social de Dewey⁴⁰ están íntimamente conectados con una premisa relacionada con una teoría del conocimiento que absorbe algunas de las tesis behavioristas, sin situarse en absoluto en el marco de su ortodoxia. El realismo mira con interés este modelo epistemológico⁴¹, no solo por la noción de experiencia sobre la que se

³⁶ Sobre el último Dewey y la "consolidación de la lógica instrumentalista", cfr. R. M. CALCATERRA, *Idee concrete. Percorsi nella filosofia di John Dewey*, Marietti, Genova, 2003, pp. 52 y ss.

³⁷ En el campo de la recepción italiana, señalando el carácter behaviorista, cfr. G. PRETI, "La ricostruzione filosofica della società nel pensiero di Dewey", *Studi Filosofici*, vol. X, núm 1, 1949, pp. 37-74.

³⁸ J. DEWEY, *Human Nature and Conduct. An Introduction to Social Psychology*, Henry Holt and Co., New York, 1922, pp. 75 y ss.

³⁹ *Ibid.*, p. 173.

⁴⁰ Sobre los aspectos iusfilosóficos del pensamiento de John Dewey, cfr. C. FARALLI, *John Dewey. Una filosofia del diritto per la democrazia*, CLUEB, Bologna, 1990; y cfr., para una lectura del pensamiento político de Dewey, Th. CASADEI, "Aspetti della Dewey Renaissance: radicalismo social(democratico) e pluralismo dialogico", *Teoria politica*, vol. 1, 2000, pp. 143-159.

⁴¹ Con respecto al modelo epistemológico que surge del pragmatismo instrumentalista de Dewey, es aceptable todo lo señalado por Calcaterra, a propósito de las tradiciones de lecturas que, a partir de Rorty, han entendido la epistemología de Dewey según el modelo de un "naturalismo humanista" que, sustancialmente, ha traducido el pragmatismo norteamericano en hermenéutica. En este sentido, no sería aceptable mantener que, en Dewey, la afirmación de una "postura filosófica post-moderna por la que la única realidad a tener en cuenta sería

funda –todo conocimiento nunca es descriptivismo puro, sino que siempre es una forma de interacción (una “transacción”) entre el sujeto consciente y la realidad y, como tal, implica al mismo tiempo elementos subjetivos y objetivos, pero también un comportamiento tanto cognitivo como valorativo⁴²–, sino también y sobre todo por las aplicaciones que, en 1924, Dewey discute con relación a la lógica jurídica⁴³.

En la primera parte del siglo XX, el enfoque de la lógica jurídica se entiende, por lo general, en conexión con los problemas del razonamiento jurídico y de la decisión judicial. Las corrientes que en el pensamiento estadounidense consideran la teoría del juicio como parte fundamental de la experiencia jurídica son todas de inspiración pragmática, y tienen en Oliver Wendell Holmes y Benjamin Cardozo los principales exponentes en el ámbito de la teoría del derecho⁴⁴. Sin embargo, sobre todo en lo que respecta a las contribuciones de John Dewey en cuestión de *jurisprudence*, sería reduccionista limitar su influencia sobre los juristas que le fueron contemporáneos, y particularmente sobre los realistas, a un ámbito “formalmente reservado como objeto del conocimiento jurídico: (...) el hecho procesal”.

Sobre la cuestión que se ha puesto de manifiesto, como señalaba Giovanni Tarello refiriéndose a la constante “referencia a los aspectos extra-procesales del derecho” que surge en *Logical Method and the Law*, es difícil no ver una representación evidente de buena parte del núcleo de las tesis realistas que se impondrían años después. La construcción de la premisa mayor por parte del intérprete, en la que se incorpora “una forma determinada de ver e interpretar los hechos”, así como la teorización de la motivación, en función de un valor simbólico de la exigencia de la certeza que sigue siendo

aquella de nuestras prácticas discursivas”, porque “el experimentalismo deweyano no permite derivar simplemente la validez y la fecundidad de los resultados de una investigación del *style of reasoning*”. Véase R. M. CALCATERRA, *Idee concrete*, cit., p. 108. Sobre la interpretación de Richard Rorty sobre Dewey, cfr. R. RORTY, “Overcoming the Tradition: Heidegger and Dewey”, *The Review of Metaphysics*, vol. 30, núm 2, 1976, pp. 280-305.

⁴² Sobre esta cuestión, a propósito de la transacción como “auténtica descripción del proceso cognoscitivo”, cfr. A. F. BENTLEY y J. DEWEY, *Knowing and The Known* (1949) [trad. it.: *Conoscenza e transazione*, La Nuova Italia, Firenze, 1974, p. 164].

⁴³ J. DEWEY, “Logical Method and The Law”, *Philosophical Review*, vol. 33, núm 6, 1924, pp. 560-572 [trad. it.: “Metodo logico e diritto”, en S. CASTIGNONE, C. FARALLI, M. RIPOLI (coords.), *Il diritto come profezia. Il realismo americano: Antologia di scritti*, Giappichelli, Torino, 2002, pp. 35-48].

⁴⁴ Sobre esto, cfr. G. BOGNETTI, “Holmes e le origini del pensiero filosofico-giuridico americano del XX secolo”, *Studi Urbinati*, 1956-1957, pp. 51-138.

en cualquier caso la única condición a la que se le permite la posibilidad de formular juicios de previsión social, constituyen en Dewey el presupuesto para una consideración no aislacionista de la jurisprudencia: una función que vive dentro de una constante interacción entre los objetivos que se persiguen en un juicio, en la forma “de las reglas generales de interpretación de los casos” y las exigencias que surgen a nivel de las instituciones políticas, sociales y económicas⁴⁵.

La contribución que el pragmatismo jurídico de Dewey ofrece a la exigencia ampliamente crítica en la que se mueve el pensamiento reformista y anti-formalista de principios de siglo en Estados Unidos es la premisa filosófica que necesita el realismo para interpretar la labor de la propia *jurisprudence*, en una dirección que intenta revelar los límites del *case-method*. Falacias que, por un lado, se atribuían a la tendencia a aplicar “con mayor coherencia del positivismo continental los postulados del método positivo, considerando la decisión del juez como un hecho idéntico a la de la experiencia física”. Y que, por otro lado, se habían revelado en la incapacidad para deducir, por un exceso de conceptualismo, “los principios capaces de adaptarse a situaciones nuevas”⁴⁶. La necesidad de enmendar esta cerrazón, significaba, en estos términos, subrayar la función adaptativa de la jurisprudencia, haciendo hincapié en el hecho comportamental que pusiera en relación derecho y experiencia. Tarello capta bien este aspecto que se acaba de señalar, al analizar un pasaje esencial y difícil de *Logical Method and the Law* de Dewey, que se refiere exactamente a la afirmación de una autonomía que la “formalización”, o “postulado” formal (la ley), obtiene *en función* de la generalización que esta formaliza de la regularidad social e histórica, entendida como el producto de dos condiciones: la repetición y el resultado⁴⁷.

Las premisas de la filosofía social que se leen en las contribuciones que Dewey dedica a la lógica jurídica contienen indicaciones respecto a la relación funcional que se instaura entre el *proceso de formalización de la norma* y la *dinámica social*. Respecto al pragmatismo instrumentalista, la pretensión iusrealista de leer “la realidad en el comportamiento humano”⁴⁸ transfiere al plano epistemológico el objeto de la interrogación teórica, radicalizando las

⁴⁵ G. TARELLO, “Norma e giuridificazione nella Logica di Dewey”, *Rivista internazionale di Filosofia del diritto*, vol. 37, núm 2, 1960, p. 281.

⁴⁶ A. GIULIANI, “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico”, cit., p. 140.

⁴⁷ G. TARELLO, “Norma e giuridificazione nella Logica di Dewey”, cit., p. 289.

⁴⁸ Sobre esta cuestión, cfr. E. PATTERSON, cit. (*supra*, nota 28).

premisas que hacen referencia a la regularidad social en Dewey, pero conectando también con la *jurisprudence* analítica de Austin y Bentham⁴⁹. Si, como en el caso de Llewellyn, esto supone definir un paso de las “reglas sobre el papel” (“paper rules”) a las reglas *reales* o *concretas* (“real rules” o “working rules”), que son aquellas prescriptivas e interiorizadas por jueces y funcionarios y que, genéticamente, surgen de un área de contacto (“area of contact”) de tipo comportamental entre estos y el individuo común (“layman”)⁵⁰, en otros casos es la psicología, más directamente, la que garantiza el acceso a una exigencia de observación que permite formular inferencias que se refieren al contexto social, con la constitución de las regularidades que dan forma a las praxis.

4. KARL LLEWELLYN Y EL PROBLEMA DE LA CERTEZA: LAS CONTRIBUCIONES DE LON FULLER Y FREDERICK SCHAUER

La posición del realismo jurídico norteamericano, a partir de 1930, respecto al pensamiento reformista de principios de siglo es objeto de diversas interpretaciones en la literatura: de interpretaciones que subrayan el hecho de la continuidad respecto a esta fase⁵¹ –mantienen los elementos característicos, es decir, proponen abandonar la denominación misma de ‘realismo’, que subraya discontinuidades teóricas más imaginadas que reales–⁵², a interpretaciones que, en cambio, marcan los elementos característicos, indicados sobre todo en el carácter del naturalismo epistemológico⁵³. Esta última interpretación tiene su primera representación autorizada en la figura de Roscoe Pound. Cuestionado por Llewellyn en 1930, Pound confiaba una parte esencial de su propia intervención a la interpretación del mandato *realista* que parecía formular el movimiento, entendiéndolo como “fidelity to nature, accurate recording of things as they are, as contrasted with things as they are imagined to be, or wished to be”⁵⁴. Según Pound, el enfoque psicológico, en nombre de esa fidelidad a la naturaleza que privilegia la perspectiva descriptiva sobre la normativa, permite a los exponentes del *nuevo* realismo jurídico

⁴⁹ A. GIULIANI, “Dal positivismo ‘benthamiano’ al realismo giuridico”, cit.

⁵⁰ K. LLEWELLYN, “A Realistic Jurisprudence – The Next Step”, cit., pp. 442-443.

⁵¹ Sobre esta literatura, cfr. *supra*, nota 16.

⁵² R. S. SUMMERS, *Instrumentalism and American Legal Theory*, cit.

⁵³ Sobre este punto, cfr. E. A. PURCELL Jr., *The Crisis of Democratic Theory: Scientific Naturalism and the Problem of Value*, cit.

⁵⁴ R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, cit., p. 697.

acercarse al cientificismo de finales del siglo XIX, traducándose, desde el nacimiento de la sociología, en una versión actualizada y articulada de una postura metodológica y teórica, que no es en absoluto nueva, en el ámbito de la ciencia del derecho⁵⁵: “a dogmatic rejection of dogmas (...) as dogmatic acceptance of them”⁵⁶. La cuestión, en estos términos, no estaría en el *significado* que puede pasar a la teoría del derecho desde las teorías psicológicas, sino en la indicación en ellas de un elemento descriptivo en el que la teoría del derecho queda sustancialmente absorbida: en contra de una posición de subordinación a la psicología, entendida como una forma de positivismo que interviene para atribuir cientificidad a la teoría del derecho⁵⁷. Para Pound, en este nivel, reconocer (como hacen los realistas) que existen varias aproximaciones a la verdad jurídica (*juristic truth*), y que cada una de ellas puede demostrar alguna utilidad respecto a los problemas particulares que son planteados por el orden jurídico, no significa entenderlas como una base necesaria para la fundación sobre bases psicológicas o filosóficas de la teoría del derecho, sino valorarlas como elementos que se pueden seleccionar en función de la ayuda que pueden prestar a la positivización de la norma jurídica y a la labor de la doctrina⁵⁸.

En una de las lecturas más minuciosas de aquellos años, la de Lon Fuller, surgía la necesidad de considerar sobre todo, en el movimiento del realismo jurídico, el clima que había imbuido a las ciencias sociales desde principios de siglo:

⁵⁵ Pensando evidentemente en el nacimiento de la sociología, bajo la égida del positivismo filosófico, en Auguste Comte. R. POUND, “The Call for a Realist Jurisprudence”, cit., p. 705.

⁵⁶ *Ibíd.*

⁵⁷ “I submit that jurisprudence can’t wait for psychologists to agree (if they are likely to), and that there is no need of waiting. We can reach a sufficient psychological basis for juristic purposes from any of the important current psychologies”. *Ibíd.*, p. 706.

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 711. Entre las diversas reacciones que suscita la intervención de Pound, se encuentra también la de Max Radin, que entra en el mérito de los ataques que el maestro de la jurisprudencia sociológica había dirigido a la utilización de la psicología por parte de la *jurisprudence* realista, distanciándose, por una parte, de la escuela psicoanalista –“Most of these are, to be sure, far enough removed from any actual human conduct, and we cannot get much encourage results of the one psychological method which ex professo deals with conduct, i.e., psycho-analysis, whether of Freud, Jung, Alfred Adler, or any other variation of this method” (pp. 827-828)–, y subrayando del enfoque psicológico, junto a la estadística y las matemáticas, el más necesario entre todos, “to secure realistic results” (p. 827). Cfr. M. RADIN, “Legal Realism”, *Columbia Law Review*, vol. 31, núm 5, 1931, pp. 824-828.

*“Legal realism has a close affinity with the various “descriptive” and “institutional” methods applied by American scholars during the past decade in economics, sociology and political science. In common with all these movements it has in recent years derived much from that philosophy of life known as behavioristic psychology”*⁵⁹.

Fuller entendía la ciencia psicológica, en su versión behaviorista, no solo como un método que denotaba la particular vocación empírica de la ciencia jurídica realista. Se refería más bien, en términos normativos, a la cuestión de los objetivos del derecho en relación con el orden de las regularidades de las que es portadora la sociedad. En estos términos, para los realistas:

*“Law and the law official are not therefore in any real sense what makes order in society. For them society is given and order is given because society is given... The law then, the interference of officials in disputes, appears as the means of dealing with disputes which do not otherwise get settled. Not as making order, but as maintaining order when it has gotten out of order... By and large the basic order of our society, and for that matter in any society, is not produced by law... Law plays only upon the fringes”*⁶⁰.

La idea misma de un orden autoproducido por la sociedad (como regularidad de los comportamientos) y no producido por el derecho, restituye por completo, más incluso que el núcleo del behaviorismo psicológico de Watson, el sentido del pragmatismo funcionalista que James y sobre todo Dewey habían impuesto al debate filosófico de principios de siglo. En estos términos, si la retórica del behaviorismo de Watson es lo que impregna sin duda el lenguaje realista –mientras siguen siendo minoritarios, cuando no obstaculizados o ridiculizados, los intentos más explícitos por aplicar el esquema de la relación entre impulsos (*drives*) y estímulos (*cues*) a un estudio jurídico empírico–, es diferente la consideración que merece la cuestión de la relación entre regularidad social y normatividad jurídica destacada por Fuller, como cuestión relativa a la transposición de la exigencia positivista de la certeza al plano de la objetividad del hecho social⁶¹.

⁵⁹ L. FULLER, *American Legal Realism*, cit., p. 429.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 450.

⁶¹ Se trata de un aspecto que, en realidad, ya había sido puesto de manifiesto por Jerome Frank. Este autor expresaba un punto de vista que, considerando la distinción entre “papers rules” y “real rules” en Karl Llewellyn, señalaba cómo la cuestión comportaba una postura de descubrimiento de las regularidades sociales. Por este motivo, la aportación de la psicología, y particularmente del behaviorismo, se mostraba de alguna forma como un ele-

Como ya quedaba claro para Fuller, el realismo confiaba la parte central de su pretensión teórica a la reducción de la ciencia jurídica a ciencia social que no se limitaba a desplazar el foco de la epistemología jurídica sobre un mandato descriptivo relativo a los hechos, sino que planteaba incluso una teoría normativa (y por lo tanto valorativa) respecto a la definición de los objetivos del derecho y de las normas jurídicas que debían considerarse correctas.

Se trata de aspectos sobre los que Frederick Schauer ha llamado recientemente la atención, aunque desde una óptica en parte diferente, sobre todo en lo que respecta a las conclusiones que deben extraerse. Schauer se ha centrado en la necesidad de comprender la contribución, renunciando a seguir ofreciendo una versión domesticada (“tamed”) que no plantearía los verdaderos interrogantes. Como en el caso de Leiter, se trata de enfrentarse a una tradición de lecturas que habrían determinado la marginación del iusrealismo en la *jurisprudence* anglo-norteamericana, particularmente a raíz de la interpretación de Hart. De manera distinta a cómo lo plantea Leiter, Schauer señala que habría un rasgo común sobre el que, inconscientemente, concuerdan Hart y los realistas, y es el que respecta a la consideración de un dominio en que la certeza pueda actuar, de hecho, en la vida del derecho.

Si en Hart este aspecto corresponde al punto de vista interno –aquél que implica, a nivel teórico, ocuparse de las normas considerando la posición del “miembro del grupo que las acepta y las utiliza como directrices de conducta”⁶² (punto de vista que el escepticismo sobre las normas no considera)–, esta certeza actúa de manera evidente en la perspectiva realista, especialmente de Llewellyn, a través del filtro del lenguaje del behaviorismo, en el plano de la definición de las “real rules”, es decir, de aquellas normas interiorizadas y prescriptivas que guían la conducta del juez y de los funcionarios en la solución de un problema jurídico: reglas que no surgirían si no en la adopción de una perspectiva de observación comportamental⁶³. En estos términos, el realismo –en su versión más incómoda y poco reconfortante (“untamed”)– para Schauer:

mento asumido de manera implícita: “This weakness will also infect any substitute precedent system, based on ‘real rules’ which the rule skeptics may discover, by way of anthropology... or psychology, or statistics, or studies of the political, economical, and social backgrounds of judges or otherwise”. Véase J. FRANK, *Law and the Modern Mind*, cit., p. xxii.

⁶² H. HART, *Il concetto di diritto*, cit., p. 106.

⁶³ K. LLEWELLYN, “Some Realism about Realism”, cit., p. 444.

“by stressing the distinction between paper and real rules, accepts that easy cases differ from hard ones, and that mostly hard cases wind up in court, but challenges the traditional understanding of what makes an easy case easy and consequently unlitigated”⁶⁴.

VALERIA MARZOCCO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Napoli Federico II
Via Porta di Massa, 32
80133, Napoli, Italia
e-mail: valeria.marzocco@unina.it

⁶⁴ F. SCHAUER, “Legal Realism Untamed”, cit., p. 768.

REFLEXIONES ACTUALES SOBRE LIBERTAD Y AUTONOMÍA: LA CONVERGENCIA DE CAPACIDAD, RECIPROCIDAD Y RELACIÓN

CURRENT REFLECTIONS ON FREEDOM AND AUTONOMY:
THE CONVERGENCE OF CAPACITY, RECIPROCITY AND RELATIONSHIP

CRISTINA MONEREO ATIENZA
Universidad de Málaga

Fecha de recepción: 14-3-17

Fecha de aceptación: 12-9-17

Resumen: *Para poder materializar la noción abstracta de dignidad humana, se deben incorporar al discurso conceptos nuevos y emergentes que, en ocasiones retomando tesis pasadas, ayuden a la reformulación conjunta de los valores liberales ilustrados de dignidad. Se trata de equilibrar la dimensión individual y social. En concreto, en este trabajo, se sugiere que para poder reconducir un diálogo interno y social sobre uno de esos valores, el de libertad, se requiere entender que los individuos no fraguan una idea del bien y la vida buena (lo que sea una vida digna o dignidad humana) de manera autosuficiente. Así, se debe entender que no hay libertad sin autonomía relacional. En esta línea se hacen converger las propuestas sobre la autonomía como capacidad, la autonomía en base al reconocimiento recíproco, y en conjunción se valoran teorías feministas más sustanciales sobre la autonomía en un sentido relacional.*

Abstract: *In order to materialize the abstract notion of human dignity, new and emerging concepts (in fact not so original) must be incorporated into the discourse to rethink the liberal values of dignity. It is about balancing the individual and social dimension. Specifically, in this paper, it is suggested that in order to redirect an internal and social dialogue on one of these values, freedom, it is necessary to understand that individuals do not forge an idea of good and good life (whatever is a dignified life or human dignity) in a self-sufficient manner. Thus, it must be understood that there is no freedom without relational autonomy. In this line, the notion joins the proposals of the autonomy as capability, autonomy based on reciprocal recognition, and the more substantial feminist theories on autonomy in a relational sense are very well valued.*

Palabras clave: autonomía, capacidades, reconocimiento recíproco, autonomía relacional, feminismo, dignidad

Keywords: autonomy, capacities, reciprocal recognition, relational autonomy, feminism, dignity

1. INTRODUCCIÓN: DIGNIDAD Y AUTONOMÍA. EL CONCEPTO LIBERAL CLÁSICO DE AUTONOMÍA Y CRÍTICAS

El ser humano se ha cuestionado incesantemente sobre el significado y valor de sí mismo, y ha tratado de conceptualizar la noción de dignidad humana. No obstante, ofrecer racional o convencionalmente una respuesta a esta cuestión resulta muy complejo. De ahí que la dignidad se haya convertido en un axioma de carácter indiscutible y con un fuerte carácter emotivo¹, pero sin existir en realidad una única definición o un acuerdo generalizado en cuanto a su semántica y exigencias concretas, tampoco en el marco occidental².

Hay que recordar que la dignidad emerge en la Modernidad como un término abstracto al que se reconducen los valores de libertad, igualdad y solidaridad³. Desde ciertas posiciones, la dignidad humana se esgrime como fundamento de los derechos acudiendo a un discurso histórico-racional que se remonta principalmente al Renacimiento⁴. En ese momento, el ser humano

¹ F. J. ANSUÁTEGUI ROIG, "Prólogo" a A. PELÉ, *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, Cuadernos de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2010, pp. 13-16, en concreto p. 15.

² Obviamente, estamos en el marco occidental, aunque la idea de dignidad y ciertos valores como la democracia también ha estado presente, de otra manera, en muchas culturas. Véase A. SEN, *La idea de la Justicia*, trad. H. Valencia Villa, Taurus Santillana, 2010, pp. 552 y ss.

³ Sin duda, existen precedentes anteriores nada despreciables en nuestra historia, véase A. PELE, "Modelos de la dignidad del ser en la Edad Media", *Derechos y Libertades*, núm. 21, 2009, pp. 149-186. Además, el periodo en la que se elabora complejamente este concepto es difícil de determinar. Parece haber un acuerdo relevante en la importancia que tuvo el pensamiento humanista durante el tránsito a la Modernidad. Véase también G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, "Tránsito a la Modernidad y derechos fundamentales", en G. PECES-BARBA MARTÍNEZ Y E. FERNÁNDEZ GARCÍA (dirs.), *Historia de los Derechos fundamentales, T. 1. Tránsito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, Dykinson, Madrid, 1998, pp. 15-263.

⁴ No es momento ahora de desarrollar este tema, pero me refiero a la posición dualista de la Escuela de Gregorio Peces-Barba Martínez y otros. Este teoría es, a grandes rasgos y con

comienza a tener un papel activo en la determinación de su propia vida. El Humanismo del periodo reinterpreta los textos clásicos para tratar la dignidad del ser humano, y ofrece una confianza absoluta en la naturaleza y razón humanas, más allá de los dogmas religiosos (aunque no necesariamente rompiendo totalmente con la Religión⁵).

A partir de ello, en la historia occidental, la dignidad se conecta con la libertad individual de elección y libre albedrío, y con el fin del ser humano que es la felicidad. Inmanuel Kant formuló este principio en relación al individuo, entendiendo que todo ser humano es un *fin en sí mismo* y nunca un medio para conseguir cualquier otro fin:

“Obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo, y nunca solamente como un medio”⁶.

La Modernidad ilustrada ofreció una nueva concepción del mundo y del sujeto basados en la razón. El sujeto ilustrado se basaba en la acción, y usaba la razón para explicar el mundo y caminar hacia el progreso y la emancipación humana. Con la razón se introdujeron los valores de la libertad, igualdad y la solidaridad, que luego se concretaron en una serie de derechos fundamentales del ser humano.

Fue más tarde cuando se comprobó un significativo desfase entre las premisas ilustradas de universalidad y la práctica real, que excluía irremisiblemente a ciertos grupos sociales, entre ellos a las mujeres. El sujeto moderno era un sujeto racional y, también, un sujeto masculino⁷.

matizaciones (especialmente lo que tienen que ver con el diálogo entre culturas), la que definiendo. También ha sido aceptada por el mismo Gregorio Peces-Barba. No obstante, como se sabe, existen otras posiciones, como aquellas que encadenan el concepto de dignidad humana con la propia naturaleza del hombre y la existencia de una moralidad objetiva, que para algunos incluso es invariable en el tiempo.

⁵ A. PELÉ, *El discurso de la dignitas hominis en el humanismo del Renacimiento*, Cuadernos de Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Madrid, 2010, p. 122 (entre otras).

⁶ I. KANT, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1980, cap. II. [en línea] http://www.cervantesvirtual.com/obra-visor/fundamentacion-de-la-metafisica-de-las-costumbres--0/html/dcb0941a-2dc6-11e2-b417-000475f5bda5_3.html#I_3 (última consulta 14 de marzo de 2017).

⁷ Un desarrollo más extenso sobre la construcción del sujeto moderno y las críticas feministas al mismo está en C. MONEREO ATIENZA, *Desigualdades de género y capacidades humanas*, Comares, Granada, 2010, Parte II, pp. 21 y ss. En esta parte se explica el androcen-trismo en la definición del sujeto moderno y las corrientes feministas críticas con esta defi-

La denominada cuestión social de los siglos XIX y principios del XX fue el reflejo de las incongruencias teórico-prácticas del sistema liberal burgués. Se planteó como un fenómeno multidimensional que ocupó transversalmente todos los ámbitos de la esfera social, y cuyas causas determinantes se hallaban en la crisis total producida como consecuencia de las disfuncionalidades e incoherencias de la ordenación liberal de la vida, entendida en su más amplio significado. Las más inminentes fueron la implantación del liberalismo individualista, económico y político. La cuestión social fue también la cuestión de las mujeres⁸.

Desde entonces, el proyecto de Modernidad en relación a los valores y derechos fundamentales puede ser entendido (no sin controversia) como un proyecto inacabado que manifiesta la difícil, aunque necesaria, relación entre la idea individual universal y abstracta, y la idea social contextual y concreta de los individuos. A pesar del impulso de la idea social y las matizaciones de la idea individual, especialmente durante las constitucionalizaciones del siglo XX y hasta la actualidad, existe aún una inestabilidad o, si se prefiere, un equilibrio muy precario entre ambas ideas.

Esto es evidente todavía hoy en nociones como la de autonomía. La autonomía es el valor predominante en la ideología del liberalismo, y se define como la capacidad de desarrollar el propio concepto del bien y la vida buena. Como se sabe, fue un término utilizado por Immanuel Kant para designar la capacidad humana de darse por sí misma la ley moral, sin hacerla derivar de algo inferior (como los deseos o pasiones en general), ni tampoco de algo superior (como puede ser Dios)⁹.

Para este filósofo, el concepto de libertad es la clave para explicar la autonomía de la voluntad. Así se pregunta:

nición (enmarcadas en feminismo de la igualdad y feminismo de la diferencia, y optándose finalmente por la visión del llamado feminismo de la igualdad en la diferencia). También es interesante la Parte I donde se hace alusión al nacimiento del sujeto patriarcal (pp. 1 y ss.). Igualmente, véase C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, Dykinson, Madrid, 2015, pp. 13 y ss., especialmente pp. 36 y ss.

⁸ C. MONEREO ATIENZA, *Ideologías jurídicas y cuestión social. Los orígenes de los derechos sociales en España*, Comares, Granada, 2007, pp. 27 y ss.

⁹ Véase, sobre todo, I. KANT, *Crítica de la razón práctica*, trad. de E. Miñana y M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1981 (2ª edic.) (*Kritik der praktischen Vernunft*, 1788). Como se sabe, en este libro desarrolla las ideas que ya aparece en Id., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, trad. M. García Morente, Espasa-Calpe, Madrid, 1980.

“¿Qué puede ser, pues, la libertad de la voluntad sino autonomía, esto es, propiedad de la voluntad de ser una ley para sí misma? Pero la proposición: “la voluntad es, en todas las acciones, una ley de sí misma”, caracteriza tan sólo el principio de no obrar según ninguna otra máxima que la que pueda ser objeto de sí misma, como ley universal. Esta es justamente la fórmula del imperativo categórico y el principio de la moralidad; así, pues, voluntad libre y voluntad sometida a leyes morales son una y la misma cosa”¹⁰.

En su propuesta, la libertad se identifica con la autonomía. De esta manera, tener libertad significa, por una parte, tener una voluntad que no está influenciada por ninguna fuerza externa al propio individuo. Esta sería la dimensión negativa de la libertad. Por otra parte, es darse a uno mismo una ley, es decir, establecer los propios fines y tener un poder causal especial para hacerlos realidad. Esta sería la definición positiva de la libertad (también llamada “reflexiva”¹¹). Así, la libertad es el poder de llevar a cabo las propias acciones en un modo distinto a la forma en que las leyes de la naturaleza actúan basándose en el principio de causalidad, porque el individuo no está determinado por ninguna fuerza externa, sino compelido únicamente por su propia voluntad. Definida de este modo, la autonomía coincide con la noción de libertad en este sentido positivo, que no es más que el imperativo categórico.

No en vano hay que recordar que esta concepción de autonomía parte de un punto de vista marcadamente individualista al asociarse con la autosuficiencia y la capacidad individual de búsqueda del propio concepto del bien y la vida buena, sin interferencia alguna de factores externos (es lo que algunos llaman “autoperfeccionamiento”¹²). Esta idea se generalizó en el pensamiento liberal, donde los individuos rompen sus ataduras y roles sociales para buscar por sí mismos la felicidad. Se presentan como seres independientes y autosuficientes con un derecho inviolable de tomar decisiones sobre la propia vida. La libertad como autonomía se conecta, así también, con el reclamo de Justicia. De hecho, la libertad moderna tiene una faceta individual innegable de abstención o no interferencia por parte de otros en las decisiones propias sobre el bien y la vida buena.

¹⁰ Id., *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, cit.

¹¹ De nuevo para una breve pero precisa reconstrucción histórica, véase A. HONNETH, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, cit., pp. 47 y ss.

¹² S. LUKES, *El individualismo*, trad. J. L. Álvarez, Edicions 62, Barcelona, 1975, pp. 87 y ss.

Sin duda, el principal problema de esta concepción no es el valor de autonomía en sí, sino la interpretación excesivamente individualista y también marcadamente masculina de la misma. El inconveniente está en la imposición de un tipo de individualismo: el masculino¹³, posesivo y propietario¹⁴. El individualismo afectó a la esfera personal, económica y política, ofreciendo una visión masculina y abstracta del individuo, y un enfoque simplificado de la Sociedad y el Estado cuyas bases se encuentran en las teorías liberales contractualistas de Thomas Hobbes, John Locke o Immanuel Kant.

Lo que en general se ha criticado fervientemente del liberalismo clásico es la masculinización, y la excesiva abstracción y descontextualización social de la aplicación de las reglas liberales y de los individuos. Se desmiente la diversidad individual, la importancia del individuo como ser social, y la considerable influencia externa en las decisiones sobre el concepto del bien y la vida buena procedentes del propio entorno. Se ignoró la idea de libertad social¹⁵.

Hace ya unas décadas, la heterogénea corriente comunitarista rescató antiguos argumentos¹⁶, y atacó lúcidamente el individualismo liberal por considerar atomísticamente a los individuos y pensarlos erróneamente como seres independientes y autónomos de su propio contexto¹⁷.

Para el comunitarismo, la utopía liberal gira en torno a la idea de autonomía del sujeto y a la neutralidad del Estado y el Derecho. El liberalismo

¹³ Recientemente, véase A. RUBIO CASTRO, *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, Dykinson, Madrid, 2014, especialmente la primera parte.

¹⁴ C. B. MACPHERSON, *La teoría del individualismo posesivo. De Hobbes a Locke*, trad. J. R. Capella, Fontanella, Barcelona, 1970, pp. 225 y ss. También P. BARCELLONA, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, trad. H. C. Silveira, J. A. Estévez y J. R. Capella, Trotta, Madrid, 1992, pp. 103 y ss.; Id., *El individualismo propietario*, trad. J. E. García Rodríguez, est. prel. M. Maresca, Trotta, Madrid, 1996.

¹⁵ A. HONNETH, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, cit., p. 35, pp. 64 y ss.

¹⁶ Por citar uno de los más antiguos, está Aristóteles.

¹⁷ Véase, por ejemplo, C. TAYLOR, *Sources of self. The Making of Modern Identity*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989, p. 26. Junto a Charles Taylor, están otros críticos comunitaristas como Michael Sandel o Alasdair MacIntyre que, de diferente forma, son críticos con el liberalismo y, en particular, con las tesis de John Rawls. Véase así M. SANDEL, *El liberalismo y los límites de la Justicia*, trad. M. Luz Melón, Paidós, Barcelona, 2000; A. MACINTYRE, *Tras la virtud*, trad. A. Valcárcel, Crítica, Barcelona, 1987, e Id., *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, trad. B. Martínez de Murguía, Paidós, Barcelona, 2001. Véase también S. MULHALL and A. SWIFT, *El individuo frente a la comunidad. El debate entre liberales y comunitaristas*, trad. E. López Castellón, Temas de Hoy, Madrid, 1996, pp. 38 y ss., 213 y ss.

entiende que los sujetos dirigen sus vidas y adoptan sus propias concepciones del bien, sin estar influenciados por el contexto. El Estado lo único que tiene que hacer es respetar los derechos individuales de los sujetos en la esfera pública, y no especificar ni imponer una idea del bien en la esfera privada. La idea de los derechos prima sobre cualquier idea del bien común. Ni siquiera el bienestar social general puede ser una buena razón para imponer el bien sobre los derechos individuales. El Estado ha de ser neutral y no defender ninguna concepción del bien. Solamente ha de cuidar de que exista pluralidad de concepciones del bien.

La crítica comunitarista se ha dirigido a esas dos tesis. Por una parte, se entiende que difícilmente los individuos pueden elegir una concepción del bien autónomamente, esto es, autodeterminarse sin verse influenciados directamente por su contexto social. En esta línea, Alasdair MacIntyre afirmaba que:

“Para ser capaz de juzgar por sí mismo, el individuo debe aprender de los demás sobre lo bueno en general y sobre lo bueno para él mismo, y los primeros de quienes se aprenden suelen ser padres, tías, cuidadores, etc. Ahora bien: para desarrollar sus facultades como razonador independiente y florecer así qua miembro de su especie, cada individuo debe pasar de la aceptación de esas primeras enseñanzas a la elaboración de sus propios juicios independientes respecto a bienes (...) Llegar a ser un auténtico razonador práctico independiente es un logro, pero siempre es un logro para el que los demás también han contribuido de manera esencial (...) En ningún momento del desarrollo, ni en el ejercicio del razonamiento práctica independiente, se deja de depender por completo de otras personas”¹⁸.

Por otra parte, se critica que el Estado y el Derecho puedan ser neutrales respecto a una concepción del bien determinada y, también, que puedan establecer solamente un marco para una pluralidad de concepciones. Refutan la tesis de la primacía de los derechos (que recoge el valor de autonomía) sobre una idea del bien común determinada. La perspectiva comunitarista reconoce una idea del bien de la comunidad que se plantea en cualquier construcción individual del bien¹⁹. Es decir, que lo justo está determinado por lo bueno. Cualquier intento de esconder la relación entre moral y política es

¹⁸ A. MACINTYRE, *Animales racionales y dependientes. Por qué los seres humanos necesitamos virtudes*, cit., pp. 89-90, 100, 116.

¹⁹ C. KUKATHAS y P. PETTIT, *La teoría de la Justicia de John Rawls y sus críticos*, trad. y epílogo de Miguel Ángel Rodilla, Tecnos, Madrid, 2004, pp. 98 y ss., 116 y ss.

falaz y falsamente neutral, como lo es también el intento de separar la esfera pública y la privada. Los individuos aparecen como seres puramente egoístas, y la política se concibe de una manera puramente instrumental, como un mal necesario para la convivencia. En este sentido, critican el acento liberal hacia la libertad negativa, y enfatizan la importancia de la dimensión positiva y participativa a la manera de “los antiguos”²⁰.

Lo interesante de las críticas de corte comunitarista es que permiten mostrar la existencia de una concepción del bien básica y anterior que incluye el valor de autonomía²¹, aunque obviamente no tenga que entenderse de manera hermética ni se agote en él (entre otras cosas porque ello limitaría las concepciones individuales sobre el bien). En efecto, es difícil pensar en la posibilidad de identificar y justificar los derechos de una manera que no presuponga absolutamente ninguna determinada concepción del bien. De este modo, la razón que opera en el ámbito político público se impregna necesariamente de deseos y preferencias de la moral del ámbito privado, porque efectivamente no pueden existir tales dicotomías.

De ahí que las tesis comunitaristas revelen las limitaciones de ciertas propuestas liberales para entender ese mismo valor de autonomía y su relación con otros conceptos como la interdependencia o vulnerabilidad humanas. No pueden abstraerse del contexto específico. Es imposible entender al sujeto de manera autónoma como si estuviera constituido con anterioridad al vínculo social. Asimismo, ponen de relevancia la falta de neutralidad del Estado frente al bien, y el importante papel que ejerce el aparato estatal en situaciones de vulnerabilidad y falta de autonomía, sin por ello entender que sea paternalista o fomente la pasividad. Muy al contrario, el acento en el reconocimiento y la participación democrática activa de los ciudadanos es esencial.

En suma, la crítica comunitarista al liberalismo puede servir para corregir ciertas consecuencias indeseables del liberalismo, y no como una reivindicación de la comunidad como identidad o reivindicación del bien colectivo frente a los derechos de los individuos²².

²⁰ E. RIVERA LÓPEZ, “Las paradojas del comunitarismo”, *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 17-18, 1995, pp. 95-116. Véase igualmente S. ÁLVAREZ, “La autonomía personal y la perspectiva comunitarista”, *Isegoría*, núm. 21, 1999, pp. 69-99.

²¹ C. S. NINO, “Liberalismo versus Comunitarismo”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 1, 1988, pp. 363-379, concretamente pp. 372 y ss.

²² M. WALZER, “The Communitarian Critique of Liberalism”, *Political Theory*, vol. 18, núm. 1, 1990, pp. 6-23. Véase también C. THIBAUT, *Los límites de la comunidad*, Centro

En la labor de crítica al concepto de autonomía clásico la teoría feminista ha tenido igualmente particular relevancia. No se debe olvidar el sistema “sexo-género” que vertebra el sistema moderno y que *subordiscrimina* a las mujeres²³. Los sujetos autónomos eran varones. Ellos eran los sujetos racionales e independientes. Toda alusión a lo irracional, afectivo, emotivo, o vulnerable fue excluido y desplazado hacía el sujeto femenino pasivo y dependiente. Desde la teoría feminista se ha criticado la noción de sujeto y el concepto de autonomía modernos, y se ha buscado introducir la dimensión social y relacional. Al igual que las tesis comunitaristas en general, las tesis feministas son atractivas siempre y cuando no conjeturen la defensa de identidades cerradas²⁴. La visión del poder subordinante, y la formación del sujeto conduce a la noción de agente social. Los sujetos oprimidos desarrollan resistencia al poder y capacidad de acción, y toman conciencia de sí mismos en relación a contextos específicos. Como afirma Judith Butler (basándose en las tesis de Michael Foucault), el sujeto oprimido no es inactivo, tiene agencia y puede modificar y resignificar las estructuras de poder²⁵.

Todavía hoy es necesario insistir en el contrapunto a la idea individual moderna, y se precisa una revisión más profunda del concepto de libertad y autonomía. En este trabajo se hacen converger varios enfoques actuales de la autonomía que intentan aunar propuestas liberales y comunitaristas, en un intento por acabar con contraposiciones poco fructíferas para la concreción del concepto de libertad y dignidad. La autonomía no debe ser identificada con el concepto liberal de libertad. La autonomía es un término inseparable del contexto y la construcción social, y como tal viene a enriquecer ese concepto de libertad clásico. Para analizar esta dimensión de la autonomía

de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pp. 148-150: “la crítica comunitarista, si no se entiende como crítica antimoderna (...), es, ante todo, una rectificación necesaria en nuestra comprensión del proyecto normativo de la modernidad que ha tenido preocupantes simplificaciones en las propuestas liberales atomistas”.

²³ B. RODRÍGUEZ RUIZ, “¿Identidad o autonomía? La autonomía relacional como pilar de la ciudadanía democrática”, *AFDAUM*, núm. 17, 2013, p. 77. El concepto de subordiscriminación lo ha tomado muy acertadamente de M. BARRÈRE UNZUETA y D. MORONDO, “Subordiscriminación y discriminación interseccional: elementos para una Teoría de Derecho antidiscriminatorio”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 45, 2011, pp. 15-42.

²⁴ Véase C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit., pp. 27 y ss., 35 y ss.

²⁵ J. BUTLER, *Mecanismos psíquicos del poder. Teorías sobre la sujeción*, trad. J. Cruz, Cátedra, Madrid, 2001, por ejemplo, pp. 22 y ss. A ello hace alusión también A. RUBIO CASTRO, *Las innovaciones en la mediación de la desigualdad*, cit., p. 73.

se han tenido en cuenta versiones débiles de la autonomía como relación, y también versiones más fuertes. Por supuesto, es ineludible la referencia a las propuestas feministas, especialmente las que en la actualidad se caracterizan por la conciliación de diversas perspectivas.

2. LIBERTAD Y AUTONOMÍA RELACIONAL

2.1. Autonomía como capacidad

Las teorías liberales han intentado incorporar la dimensión social a sus propuestas con mayor o menor éxito. Frente a tesis liberales tan criticadas como la de John Rawls²⁶, han emergido otros enfoques liberales más proclives a una concepción de ser humano alejada de la mera autosuficiencia. Aquí se quiere destacar la propuesta de Amartya Sen quien se inserta en el marco de una teoría liberal, pero quien sostiene que el egoísmo individualista no es lo único que caracteriza al ser humano. El punto de partida de su teoría es un concepto determinado de individuo alejado de aquel sujeto egoísta propio de los modelos económicos utilitaristas tradicionales²⁷.

Para el utilitarismo liberal la persona es un *homo oeconomicus*, es decir, un ser egoísta que persigue sus propios intereses en un acto de elección completamen-

²⁶ No está de más recordar que las tesis de este filósofo se han conceptualizado de “liberal-igualitarias”. John Rawls intentó incorporar las críticas comunitaristas a sus propuestas, pero con muy relativo éxito. Se ha dicho que es insuficientemente liberal (en cuanto a la libertad real) e insuficientemente igualitario (porque permite desigualdades en el ingreso y riqueza). Entre otras críticas, respecto al valor de autonomía, interesa destacar su restringida concepción de la persona, que es demasiado racional y excluyente. En su visión de los bienes se prescinde de la salud, la inteligencia, la imaginación, el emoción, o con ello a determinados colectivos. Sobre las teorías de John Rawls y sus críticas hay mucha bibliografía, véase por ejemplo P. VAN PARIJS, *¿Qué es una sociedad justa? Introducción a la práctica de la filosofía política*, trad. J. A. Bignozzi, Ariel, Barcelona, 1993, p. 142. M. C. NUSSBAUM, *Mujeres y desarrollo humano*, trad. R. Bernet, Herder S. A., Barcelona, 2002, pp. 125, 134. Id., *Las fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, trad. A. Santos Mosquera y R. Vilá Vernis, Paidós, Barcelona, 2007, p. 138. También S. RIBOTTA, *John Rawls. Sobre (des)igualdad y justicia*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 76 y ss. Id., *Las desigualdades económicas en las teorías de la justicia. Pobreza, redistribución e injusticia social*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 345 y ss. Id., “Nueve conceptos clave para leer la teoría de la Justicia de Rawls”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XXVIII, 2012, pp. 207-237.

²⁷ A. SEN, “Behavioural Ethics and Economic Achievements”, en J. CASAS PARDO (ed.), *Nueva Economía del Bienestar. Escritos seleccionados*, Universidad de Valencia, Valencia, 1995, pp. 53-60, en concreto p. 86.

te aislado²⁸. La utilidad personal es definida simplemente como una representación numérica de la preferencia. Cuanto más se prefiera una alternativa más utilidad tiene. Lo que se busca, entonces, es la maximización de la utilidad. Muchas veces esta definición de la elección egoísta del ser humano aparece escondida bajo la denominación de “elección racional”. Se supone que los seres humanos se comportan de un modo racional ya que toman decisiones con consistencia interna (coherencia) y externa (maximización del propio interés).

Éste es un enfoque egoísta de la racionalidad, y es dudoso que se pueda predecir el comportamiento real del ser humano sólo observando el propio interés²⁹. Las personas no son egoístas, y actuando egoístamente no consiguen ningún beneficio. Amartya Sen reprocha a la Economía del Bienestar por ser deudora de la Economía tradicional, y critica la insuficiencia de la utilidad y del bienestar como *única* fuente de valor social. De esta manera, aun siendo liberal, entronca con cierto aristotelismo vago, cierto marxismo y con la crítica comunitarista al liberalismo individualista y formalista que aísla a los sujetos³⁰. Como el mismo autor afirma:

“Los proponentes de la llamada “teoría racional de la elección” (planteada primero en economía y luego adoptada con entusiasmo por muchos pensadores políticos y legales) se ha esforzado mucho para que aceptemos la peculiar idea de que la elección racional consiste tan sólo en la ingeniosa promoción del propio interés (...). Sin embargo, nuestras cabezas no han sido colonizadas todas por esa creencia notablemente enajenante. Hay una considerable resistencia a la idea de que tienen que ser manifiestamente irracional y estúpido tratar de hacer algo por los otros (...). “Lo que nos debemos los unos a los otros” es un tema para la reflexión inteligente. Esa reflexión puede llevarnos más allá de la búsqueda de una concepción estrecha del interés propio, e incluso podemos encontrar que en nuestros propios y meditados fines exijan que crucemos del todo las estrechas fronteras de la autobúsqueda exclusiva”³¹.

El sujeto ha de definirse como un sujeto situado y, de ahí, que se deba tener en cuenta la historia y el ambiente social. En este sentido, se puede obser-

²⁸ Respecto a ello véase J.P. DUPUY, *El sacrificio y la envidia*, Gedisa, Barcelona, 2009, pp. 33, 59 y ss.

²⁹ SEN, A., *La idea de la Justicia*, cit., pp. 209 y ss.

³⁰ P. SANCHEZ GARRIDO, *Raíces intelectuales de Amartya Sen. Aristóteles, Adam Smith y Karl Marx*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008, p. 504, 514. Véase también C. MONEREO ATIENZA, *Desigualdades y capacidades humanas*, cit., pp. 54 y ss.

³¹ A. SEN, *La idea de la Justicia*, cit., p. 55.

var la impronta de las teorías de Adam Smith, quien admite que el “espectador imparcial” requiere de las opiniones de otros y, por tanto, sus decisiones se encuentran en un proceso no cerrado sino abierto a otras perspectivas e interpretaciones más allá de la comunidad local con las que se compara³².

A partir de esta concepción del ser humano, se construye la idea de libertad en base a la dimensión negativa y positiva de la misma. La autonomía se identificaría, como sucede en Immanuel Kant, con la libertad positiva, es decir, con la capacidad autolegisladora del individuo que decide sobre su propio concepto del bien y la vida buena.

Además, esta libertad positiva puede completarse con la dicotomía libertad de bienestar y libertad de agencia. Amartya Sen se centra en la segunda de ellas, le interesa la capacidad de elección, y no los resultados o logros de los sujetos. De este modo, la persona es pensada en términos de agencia (libertad de agencia), esto es, como un agente capaz de establecer objetivos, compromisos, valores, etc. En su concepción, en principio, no se piensa en base al bienestar (libertad de bienestar o logro)³³.

Puede ser que identificar bienestar y recursos materiales sea la única forma más o menos aceptable de entender el bienestar frente a otras propuestas que tienen mayores problemas, como la interpretación del bienestar basado en la utilidad. De ahí que este autor se interese por la propuesta de John Rawls sobre los bienes primarios. Para Amartya Sen este enfoque supera los problemas del utilitarismo (y bienestarismo) para medir las ventajas y desventajas sociales y para realizar comparaciones interpersonales sobre el nivel de vida, puesto que es compatible con las libertades y la pluralidad de elecciones individuales sobre la vida buena (Rawls, 1982: 159). Así, considera, se respeta la noción de la persona como ser racional y libre para decidir sobre su propio bienestar.

No obstante, las observaciones críticas muestran algunos inconvenientes en la propuesta rawlsiana, especialmente, porque se pone el acento en los medios materiales para la libertad y no en el logro de las condiciones efectivas para actuar. Los bienes primarios son medios para conseguir los verdaderos fines, que son la auténtica capacidad de acción. En este sentido, su concepción ética de la autonomía está próxima a la concepción aristotélica de la elección individual y autonomía para la autorrealización. El problema

³² Ibid., pp. 155, 163.

³³ A. SEN, “Well Being, Agency, and Freedom”, *The Journal of Philosophy*, vol. 82, núm. 4, 1985, pp. 169-221.

es de base: el enfoque de los bienes primarios no presta real atención a la diversidad de los seres humanos porque al final acaba cosificando las desigualdades al tenerlas en cuenta solamente en función de unos bienes. Si los seres humanos fueran iguales, entonces una lista de bienes primarios podría servir para medir la igualdad, pero la gente tiene necesidades distintas en función de sus diferencias.

Por esta razón, resulta tan interesante la noción de *capacidades básicas*. La interpretación de las necesidades, término también de procedencia marxiana, tiene que hacerse en base a las capacidades básicas y no en función de la cantidad de bienes³⁴. De este modo, defiende un sujeto autónomo en relación a un conjunto de capacidades desarrolladas en términos de básicos de partida, y no de resultados. El énfasis es, por tanto, en las condiciones u oportunidades para diseñar la propia vida, y no en un tipo de vida en particular. Amartya Sen entiende que su propuesta es una variante de la de John Rawls, que tiene ventajas:

“El enfoque de las capacidades es una extensión natural del enfoque de los bienes primarios de John Rawls, pero que torna su atención de los bienes primarios a lo que el bien hace a los seres humanos (...) Si los seres humanos fueran iguales, esto no importaría, pero evidentemente la conversión de los bienes primarios en capacidades varía sustancialmente según la persona, y la igualdad en los bienes primarios está lejos de asegurar la igualdad posterior”³⁵.

Esta teoría trabaja sobre capacidades y funcionalidades como parámetros para medir la igualdad. Los seres humanos han de ser iguales en unos funcionamientos y el desarrollo de unas capacidades mínimas y básicas, y no iguales en recursos. De esta manera la diversidad es posible, porque la habilidad de una persona de convertir los recursos que tiene disponibles para alcanzar sus funcionamientos varía según las decisiones y circunstancias personales de los individuos. Se trata de evaluar la habilidad real que tiene una persona para lograr funciones relevantes para su vida. Por eso, las capacidades designan las combinaciones alternativas que un individuo puede hacer o ser, es decir, los distintos funcionamientos que puede lograr³⁶.

³⁴ Ibid., pp. 195-220, especialmente p. 218.

³⁵ Ibid., pp.195-220, pp. 218-219. Traducción propia.

³⁶ A. SEN, “Capability and Well-Being”, en M. NUSSBAUM y A. SEN, *The Quality of Life*, Oxford University Press, Oxford, 2002 (6ª reimpr.), pp. 30-53, en concreto p. 30.

La capacidad se corresponde con la noción de autonomía ética de Immanuel Kant que significa capacidad autolegisladora, es decir, que un sujeto es autónomo cuando tiene la capacidad de darse leyes a sí mismo, de autodeterminarse. La autonomía kantiana se asemeja a la noción de agencia de Amartya Sen³⁷.

Sin embargo, este autor va más allá de la concepción kantiana. En primer lugar, porque sitúa al individuo y tiene en cuenta la influencia de otros en las decisiones. En segundo lugar, porque conecta estrechamente capacidades y funcionamientos. Obviamente, no llega a ser perfeccionista al distinguir entre ambos. Las capacidades y funcionamientos están separadas de forma que son las personas quienes eligen qué funcionamientos desean realizar porque considera valiosos. Amartya Sen trata de funcionamientos materiales, básicos, sociales y complejos, y menciona muchos de ellos, aunque no realiza una lista cerrada. De hecho, insiste en no realizar una lista de funciones y capacidades o elecciones, manteniendo un concepto débil de persona sin especificar sus características concretas. Opta por la neutralidad ante las diferentes concepciones de vida buena. La única vida buena es la que se deriva del reconocimiento de la capacidad y libertad de todos. Las capacidades son potencialidades para la libertad de tomar decisiones conforme a la noción propia del bien.

De este modo, y a pesar de acercarse a la idea aristotélica de virtudes y florecimiento humano e, igualmente, a la concepción marxista de autorrealización o autodesarrollo, no admite una lista de funciones humanas ni de virtudes, aunque sí lo hagan otros autores dentro de este enfoque como Martha Nussbaum, quien da un paso más hacia el perfeccionismo y ofrece una lista de capacidades abierta al diálogo que se configuran como auténticos principios políticos.

En definitiva, el concepto de autonomía desde la teoría de las capacidades se asemeja a la noción kantiana de autoderminación en tanto se habla de libertad como "agencia". A la vez, esta idea liberal de libertad se matiza para acercarse al perfeccionismo. Por ejemplo, de Aristóteles no se recoge tanto su perfeccionismo como su idea de que la vida humana es actividad y funciones (funcionamientos), y de que la vida humana buena (*eudaimonía*) tiene que ver con los funciones valiosas. Además, las capacidades y funcionamientos

³⁷ A. CORTINA, "La pobreza como falta de libertad", en A. CORTINA, y G. PEREIRA, (eds.), *Pobreza y libertad. Erradicar la pobreza desde el enfoque de Amartya Sen*, Tecnos, Madrid, 2009, pp. 15-30, p. 26.

han sido influenciados por otras nociones como la de necesidades. Para Karl Marx las necesidades reflejan lo más elemental de la vida humana y también lo más complejo. La capacidad retoma la idea de la “autorrealización” o “autodesarrollo” marxianos y se conecta directamente con la noción de dignidad humana de este autor³⁸. El desarrollo de las capacidades permite autorrealizarse y alcanzar una vida digna elegida individualmente pero insertada, asimismo, dentro de una sociedad y un contexto político-social determinado. En la teoría de las capacidades, el bien es la propia libertad, y no un determinado modo de vida buena. Será cada individuo el que elija su propio proyecto de vida.

2.2. La autonomía en base al reconocimiento recíproco

Desde una perspectiva comunitarista, se conceptualiza la autonomía como un valor relacional. A esta nueva concepción se le ha denominado la teoría de la autonomía basada en el reconocimiento recíproco, entre cuyos representantes está Axel Honneth. En esta teoría se ha criticado la visión de la autonomía de John Rawls, pero también la versión débil ofrecida por la teoría de las capacidades.

En la teoría de las capacidades la intersubjetividad tiene un tratamiento meramente instrumental en el desarrollado de las capacidades individuales, es decir, los individuos se ven meramente influenciados por su entorno a la hora de tomar decisiones. Como contraposición, el acento ya no está en el sujeto que internamente examina las diversas máximas de Justicia para elaborar su propio concepto del bien. Está en el proceso intersubjetivo de intercambio de argumentos sobre la concepción del bien entre los diversos agentes que interactúan con ese sujeto en su contexto. Así, la autonomía se descentraliza y precisa del ejercicio de la capacidad argumentativa por parte de todos los agentes que intervienen ese proceso de validación de las distintas demandas de Justicia³⁹. Esto no conlleva la negación de la autonomía kantiana, pero sí introduce un factor esencial: la idea del diálogo y del intercambio de argumentos para esclarecer la propia concepción del sujeto. En todo caso, es el sujeto el que decide en última instancia sobre la corrección argumentativa y sobre su propia concepción.

³⁸ M. C. NUSSBAUM, *Las fronteras de la Justicia. Consideraciones sobre la exclusión*, cit., p. 290.

³⁹ G. PEREIRA, *Elements of a Critical Theory of Justice*, Palgrave MacMillan, Hampshire (England), 2013, p. 62.

Lo que caracteriza a la autonomía es la confluencia entre subjetividad e intersubjetividad, porque la “autodeterminación” es entendida a raíz del reconocimiento recíproco en el que las visiones de otros agentes influyen directamente en las propias decisiones. De este modo, la concepción individual se enriquece y puede llegar a transformarse a través de concepciones externas que ofrecen diversos argumentos (a veces “mejores argumentos”) a favor y en contra de las propias visiones. Así, la autonomía no es autosuficiencia, pero sí un acto libre, racional y reflexivo.

Es así como el concepto de autonomía confluye con la idea de la innata sociabilidad humana. Ciertamente, se corre el peligro de que el sujeto inserto en una sociedad asuma valores y creencias que comprometan su capacidad de actuar libremente. Así, por ejemplo, las mujeres han sido durante mucho tiempo fieles promotoras del sistema patriarcal. Este riesgo puede evitarse si se fomenta una participación real del sujeto en el diálogo interpersonal y social. Para eso es necesario el reconocimiento de ese sujeto como agente participativo. El sujeto toma conciencia de sí mismo y su situación, y participa en el ámbito público. A la vez, es relevante distinguir entre argumentos conformistas y superficiales, y argumentos críticos y reflexivos.

La idea de autonomía conecta directamente con la Justicia social, ya que el reconocimiento puede ser de un colectivo con una identidad determinada en el que está inserto ese sujeto⁴⁰. La importancia del reconocimiento para la autonomía está en que los participantes adquieren conciencia *de* y confianza *en* sí mismos como agentes participativos. Por eso el respeto y la estima que muestran otros hacia nosotros es crucial para fortalecer el propio autorrespeto y autoestima.

En este discurso se introduce, además, el concepto de vulnerabilidad. Para Axel Honneth la plena autonomía se puede alcanzar solamente bajo condiciones sociales de apoyo porque el ser humano es un ser vulnerable por definición. En el camino hacia la autonomía y la libre decisión sobre la vida y el propio bien, el ser humano obtiene ayuda. Todo ser humano tiene lazos sociales con otras personas que intervienen en sus decisiones. Además, no sólo es que el ser humano no esté aislado en la toma de decisiones, sino que además existe un diálogo necesario con uno mismo y con otros seres en la determinación del concepto propio del bien y la vida buena. Ese diálogo se

⁴⁰ Sobre la idea de identidad colectiva véase C. MONEREO ATIENZA, *Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas*, cit. En efecto, cabe hablar de identidad colectiva, pero con un fin político emancipatorio (estratégico), y no en un sentido esencialista y cerrado.

basa en la idea de que todo ser humano es vulnerable, y en la idea de reconocimiento mutuo de esa vulnerabilidad⁴¹.

Axel Honneth se remite al viejo concepto de reificación para hacer alusión a la tendencia cosificadora e instrumentalizadora en la vida moderna. Este concepto ha llevado a la reivindicación de otros, como el de cuidado y vulnerabilidad⁴². La reificación es una falsa forma de interpretar el necesario cuidado (como lo denominó Martin Heidegger) y el compromiso empático (tal y como lo denomina Georges Lúkacs)⁴³. La mejor manera de referirse a ello es a través de la noción de necesario reconocimiento recíproco, porque va más allá del hecho de que uno se ponga en el lugar de un segundo interlocutor. En ella se plantea que antes de ponerse en el lugar del otro, antes del “conocimiento” del (y comunicación con) otro, se requiere previamente un “reconocimiento” basado en el amor y la devoción hacia uno mismo y por el otro. Cree ver en la idea de cuidado y en la de compromiso empático de estos autores (también nombra a otros como John Dewey) una intuición sobre la prioridad del reconocimiento sobre el conocimiento, pero prefiere utilizar la noción hegeliana de reconocimiento. La reificación o cosificación de las relaciones humanas olvida este reconocimiento, y con ello la cooperación participativa se vuelve muy instrumental y vacía de emociones y sentimientos humanos⁴⁴.

La autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima se adquieren gracias a un proceso intersubjetivo en el que el sujeto toma conciencia de sí mismo y de los demás como seres iguales y dignos⁴⁵. Al final, la plena autonomía

⁴¹ J. ANDERSON AND A. HONNETH, “Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice”, en J. CHRISTMAN, AND J. ANDERSON, (eds.), *Autonomy and the Challenges to Liberalism: New Essays*, Cambridge University Press, New York, 2005, pp. 127-149, especialmente p. 131. También A. HONNETH, *El derecho de la libertad. Esbozo de una eticidad democrática*, cit., pp. 165 y ss.

⁴² A. HONNETH, *Reification: A New Look at an Old Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

⁴³ *Ibid.*, p. 33.

⁴⁴ Autoras como Judith Butler entiende más bien la propuesta de Axel Honneth como un deseo o ideal. Véase J. BUTLER, “Taking Another’s View. Ambivalent Implications”, en A. HONNETH, *Reification: A New Look at an Old Idea*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 97-119.

⁴⁵ Véase la noción de “auto-cuidado” (*self-care*), A. WESTLUND, “Autonomy and Self-Care”, en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppression and Gender*, Oxford University Press, New York, 2014, pp. 180-198: “One who cares about reasons, then, is subject to a constellation of emotions, desires, and dispositions focused on considerations she sees in this light, attitudes that are jointly explained by her perception of those considerations as

solamente se alcanza a través del establecimiento de relaciones basadas en la noción hegeliana de reconocimiento mutuo. Friedrich Hegel es el primer filósofo de la Modernidad que desarrolla la idea de un horizonte de significación comunitaria como condición necesaria de la libertad individual⁴⁶.

Entre las relaciones destacan (al menos) las relaciones institucionales de respeto universal por la dignidad de todos (centrales para el respeto hacia uno mismo), las relaciones de emoción y amistad (básicas para la autoconfianza) y las redes de solidaridad en una comunidad (esenciales para la autoestima).

La autonomía está íntimamente ligada al autorrespeto al permitir al individuo reconocerse y, así, tener la capacidad de luchar como sujeto universal de derechos. El primer paso hacia la autonomía es respetarse como ser igual con las mismas capacidades que el resto. Cuáles sean estas capacidades es difícil de determinar. Es relevante la propuesta kantiana sobre la razón humana, la capacidad de autodeterminación de los fines, la autonomía, el autoperfeccionamiento. No obstante, esta propuesta puede ser insuficiente, y no agota todo el abanico de rasgos que pueden justificar el respeto a los seres humanos. Por eso, se puede defender la capacidad de reevaluar la propia vida en un momento dado, y de cambiarla a partir de ese momento⁴⁷. No se trata tanto de evaluar logros conseguidos, como de la posibilidad de cambio.

Cualquier tipo de exclusión, discriminación o marginación provoca una falta de respeto hacia uno mismo que ataca directamente la autonomía de las personas. No es solamente que se miren como si fueran objetos, sino que se trata de no verles de una forma plena y precisa. Obviamente es "como si" implicase que no son objetos, son humanos⁴⁸.

La concepción liberal de la Justicia se ha centrado en el reconocimiento de iguales derechos individuales, pero lo ha hecho en un sentido meramente negativo, esto es, basado en la idea de no-interferencia por parte de otros. Es crucial apoyar el respeto hacia uno mismo en un sentido positivo, esto es,

important" (p. 194). Andrea Westlund parte de la noción de cuidado de Harry Frankfurt y Agnieszka Jaworska.

⁴⁶ R. CRISTI, "La crítica comunitaria a la moral liberal", *Revista de Estudios Públicos*, núm. 69, 1998, pp. 47-68. Para una rememoración histórica de la idea originaria de Friedrich Hegel, véase A. HONNETH, *La lucha por el reconocimiento*, trad. M. Ballester, rev. G. Vilar, Crítica, Barcelona, 1997, pp. 13 y ss. También A. HONNETH, *El derecho de la libertad. Esbozo de una ética democrática*, cit., pp. 64 y ss.

⁴⁷ A. MARGALIT, *La sociedad decente*, trad. C. Castells Auleda, Paidós, Barcelona, 1997, p. 66.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 97.

apoyándose en un concepto *de hacer* para que todos se sientan seres capaces, dignos e iguales en derechos dentro (perteneciendo a) una sociedad o grupo particular. Se afirma que:

*“Desde el enfoque del reconocimiento recíproco, la garantía de derechos no asegura la autonomía directamente (en el sentido negativo que evita las interferencias), sino que lo que permite la autonomía es el auto-respeto”*⁴⁹.

Además, para ser autónomo se requiere autoconfianza en los sentimientos, deseos, impulsos y emociones propios. Psicológicamente se ha desechado que se puedan controlar racionalmente las emociones, y se tiende a hablar de la necesaria apertura y diálogo hacia las múltiples voces del interior. La autoconfianza es un proceso interpersonal de diálogo con uno mismo en el que parecen intervenir directamente la emoción y el apoyo de los demás. Por eso:

*“para proteger y fomentar las condiciones para la autonomía se debe proteger el tipo de relaciones donde se fragua la confianza en uno mismo. Por ejemplo, las relaciones familiares y las de trabajo”*⁵⁰.

Para ser autónomo también se precisa autoestima. La humillación social de ciertos tipos de vida y decisiones humanas mina la autonomía de los seres humanos. En este sentido, el contexto semántico y símbolo social es relevante, porque utilizando ciertas expresiones se pueden estar marginando opciones de vida de seres humanos, lo que limita también su capacidad de decidir. Por ejemplo, el ser ama de casa es una decisión que puede considerarse denigrante bajo los nuevos patrones de vida que se infunden a las mujeres. De ahí que:

*“para proteger la autonomía se necesite luchar contra cualquier efecto degradante”*⁵¹.

La humillación:

*“Es un tipo de conducta o condición que constituye una buena razón para que una persona considere que se le ha faltado al respeto”*⁵².

⁴⁹ J. ANDERSON AND A. HONNETH, “Autonomy, Vulnerability, Recognition, and Justice”, cit., pp. 127-149, p. 133. Traducción propia.

⁵⁰ Ibid., pp. 127-149, p. 135. Traducción propia.

⁵¹ Ibid., pp. 127-149, p. 137. Traducción propia.

⁵² A. MARGALIT, *La sociedad decente*, cit., p. 21.

En esta línea se ha defendido que una sociedad decente es aquella cuyas instituciones no humillan a las personas, aquella que combate las condiciones que justifican que quienes forman parte de ella se consideren humillados o creen tener razones para sentirse humillados. Además, es aquella que acuerda respetar, a través de las instituciones, a las personas sujetas a su autoridad. De hecho, una sociedad que respete los derechos de las personas no es condición suficiente para considerarla una sociedad decente, ya que puede humillar a sus miembros en tanto ciudadanos, aun cuando no viole unos derechos reconocidos.

La concepción de la autonomía basada en el reconocimiento recíproco no es perfeccionista a la manera de otras teorías comunitaristas como la de Alasdair MacIntyre, Charles Taylor, Michael Walzer, Michael Sandel o Joseph Raz. La tesis comunitarista es que existen bienes sociales irreductibles a los individuos⁵³. Hay una lengua, unas pautas culturales, valores y normas que establecen un marco de acción desde el principio. El individuo está ya inserto en ese marco que precinta de entrada lo que individuo ha de valorar⁵⁴. No se trata únicamente de que este marco sea valioso para alcanzar metas individuales. Este marco tiene una existencia autónoma que trasciende al propio individuo, y determina la identidad y agencia de las personas.

Esta tesis del concepto del bien sobre los derechos tiene sus peligros. Los presupuestos comunitaristas que sostienen una concepción del bien en el que el elemento social y cultural esté por encima de los derechos tienen incuestionables riesgos, porque pueden degenerar en una visión totalitaria de la sociedad⁵⁵. La primacía *a priori* del bien permite justificar políticas perfeccionistas que intenten preservar ideales de virtud o excelencia personal aunque los individuos no concuerden con ellos. Además, en este tipo de tesis, como el elemento social es prevalente en la concepción del bien, se puede conducir a sacrificios de los individuos con el fin de promover el progreso social.

⁵³ J. RAZ, "Right-based Moralities", en Id., *The Morality of Freedom*, Clarendon Press, Oxford, 1986, pp. 193-216, p. 198 y ss.

⁵⁴ C. TAYLOR, "The Politics of Recognition", en C. TAYLOR, and others, *Multiculturalism: Examining The Politics of Recognition*, expanded edition, ed. and intr. A. Gutmann, Princeton University Press, Princeton, 1994, pp. 25-73. También M. WALZER, *Las esferas de la Justicia. Una defensa del pluralismo y la igualdad*, trad. H. Rubio, Fondo de Cultura Económica, México, 1993.

⁵⁵ Este peligro ya lo advirtió en su momento Carlos Santiago Nino: C. S. NINO, "Liberalismo *versus* Comunitarismo", cit., pp. 366-367.

Las teorías como la de Charles Taylor tienen en cuenta la intersubjetividad desde el punto de vista de un contenido fuerte de la elección. Por el contrario, autores como Axel Honneth defiende que el contexto establece un marco de opciones valiosas, pero se centra en el papel que los otros tienen en la manera de realizar las propias opciones. Los otros son relevantes ya que condicionan las propias decisiones y, además, ser reconocido es una condición psicológica de posibilidad para ser sujeto autónomo. Es decir, lo que hace que un sujeto tenga "agencia" requiere previamente el que uno mismo sea capaz de sustentar una actitud de autoconfianza, de autorrespeto y autoestima hacia uno mismo que depende a la vez de las actitudes sustentadas por los otros hacia nosotros.

En definitiva, las relaciones de emoción y cuidado son fundamentales para la autoconfianza. Las relaciones de respeto universal de la dignidad de todo ser humano apoyadas institucionalmente es lo que favorece el autorrespeto. Las relaciones de solidaridad y valores compartidos en una comunidad es lo que permite la construcción de la autoestima. La autoconfianza, el autorrespeto y la autoestima es lo que sustenta la autonomía personal. Los patrones de reconocimiento son requisitos formales de las relaciones de interacción. Son características estructurales de los modos de comunicación o condiciones universales de socialización no identificadas directamente con instituciones sociales concretas⁵⁶. De hecho, la democracia no consiste únicamente en disponer de una estructura institucional concreta. También tiene que ver con las actividades de los sujetos humanos. En este sentido, Amartya Sen concuerda⁵⁷. La teoría del reconocimiento recíproco añade brillantemente la manera en que se produce la influencia de otros en las decisiones propias, y la importancia del diálogo interno y externo en la toma de decisiones.

2.3. La autonomía desde una concepción feminista sustancial-débil

Otros autores dan otro paso para concebir una noción más sustancial de autonomía, que va más allá de la toma de decisiones del propio individuo. Entre ellos, la propuesta de Catriona MacKenzie resulta sugerente ya que

⁵⁶ A. FASCIOLI ÁLVAREZ, "Pobreza: ausencia de capacidades y reconocimiento", ponencia presentada en VIII Congreso Internacional de IDEA (Asociación Internacional de Ética para el desarrollo), *Ética del desarrollo humano y Justicia Global. Instituciones y ciudadanos responsables ante el reto de la pobreza*, Valencia, 2009, pp. 141-145. Id., "Justicia social en clave de capacidades y reconocimiento", *Areté. Revista de Filosofía*, vol. XXIII, núm. 1, 2011, pp. 53-77.

⁵⁷ A. SEN, *La idea de la Justicia*, cit., p. 386.

retomando las tesis feministas está a medio camino entre las concepciones sustanciales fuertes y las concepciones no sustanciales de autonomía. Entre las concepciones feministas sustanciales fuertes, está por ejemplo, Marina Oshana, Natalie Stoljar o Jennifer Nedelsky. Como afirma Jennifer Nedelsky:

*“las relaciones son constitutivas de la autonomía y no meras condiciones para la misma”*⁵⁸.

Esta autora habla de “relaciones de autonomía” y no de “condiciones para la autonomía”. Hablar de *relaciones* de autonomía acentúa la dimensión dinámica e interactiva de la autonomía, frente a las *condiciones* que cualifican la autonomía como un estado mental interno que tiene lugar cuando se dan unas condiciones para actuar. Esta visión ayuda a enfatizar los elementos estructurales de la autonomía y concede importancia al rol institucional político y jurídico en la medida en que interviene en la configuración de la autonomía individual, sin por ello defender posiciones y actuaciones paternalistas que limiten en exceso la libertad individual. El concepto de autonomía propuesta por Catriona MacKenzie puede entenderse como un enfoque sustancial más débil.

La autonomía tiene una triple dimensión: la autodeterminación (*self-determination*), el autogobierno (*self-governance*) y la auto-autorización (*self-authorization*)⁵⁹.

La autodeterminación se refiere a la libertad y las oportunidades de tomar decisiones sobre la propia vida, que requieren unas condiciones externas o estructurales. De esta manera, la libertad supone el remover obstáculos sociales y políticos que puedan interferir en el ejercicio de esa libertad y establecer los cauces y libertades positivas para ejercitarla. Mucho más importante son las oportunidades, que tienen que ver con el marco de opciones disponibles⁶⁰.

El autogobierno precisa tener las destrezas y capacidades necesarias para elegir y tomar decisiones que expresen la propia identidad (configurada a través de los objetivos, valores y creencias de la persona). En concreto se refiere a las “condiciones de autenticidad” para la toma de decisiones, en las que el sujeto no esté interna y psicológicamente alienado por alguna

⁵⁸ J. NEDELSKY, *Law's Relations. A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law*, Oxford University Press, Oxford/New York, 2012, p. 46.

⁵⁹ C. MACKENZIE, “Three Dimensions of Autonomy: A Relational Analysis”, en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppression and Gender*, cit., pp. 15-41, pp. 17-18.

⁶⁰ En este sentido véase J. RAZ, “Right-based Moralities”, cit. Aunque Catriona MacKenzie va a preferir el vocabulario del enfoque de las capacidades.

razón⁶¹. Entre las condiciones de autenticidad se ha de tener en cuenta competencias humanas de razón y crítica, pero también otras que tienen que ver con destrezas emocionales como la responsabilidad emocional y ser capaz de interpretar las decisiones propias y ajenas; las que tienen que ver con la imaginación, necesarias para poder considerar alternativas nuevas; o habilidades dialógicas.

La auto-autorización está relacionada con el poder normativo que el propio individuo se concede para autodeterminarse y tener autogobierno y, por tanto, tener el efectivo control sobre la propia vida o, dicho de otra manera, reconocerse a uno mismo⁶². Esto significa que hay que ser capaz de ser responsables de nuestras creencias, valores y objetivos, y también responsables de justificarlos y en su caso revisarlos cuando los demás los cuestionen. Paul Benson afirma:

“...podemos pensar la autoridad del sujeto autónomo sobre sus decisiones y acciones como autoridad para hablar o responder a los otros sobre esas decisiones y acciones”⁶³.

⁶¹ Véase J. CHRISTMAN, *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, por ejemplo, p. 155. También Id., “Coping or Oppresion: Autonomy and Adaptation to Circumstance”, en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppresion and Gender*, cit., pp. 201-226, p. 219. Este autor incorpora la idea de alienación que es muy interesante, pero propone una visión distinta a la de autonomía relacional. Entiende que una visión más procedimental (procedimental matizada por la idea de auto-afirmación reflexiva) de la autonomía y está más en la línea de Marilyn Friedman (aunque sin llegar a tal extremo), quien niega que la autonomía sea relacional necesariamente (pp. 166, 184-185). Véase M. FRIEDMAN, *Autonomy, Gender, Politics*, Oxford University Press, Cambridge, 2003, p. 4.

⁶² Autores que defienden una concepción fuerte prefieren hablar de este tipo de condiciones, como condiciones socio-relacionales estructurales, de competencia normativa o contestabilidad. Véase M. OSHANA, *Personal Autonomy in Society*, Ashgate, Hampshire (England)/ Burlington (USA), 2006, pp. 3, 4, 86-87; Id., “A Commitment to Autonomy Is a Commitment to Feminism”, en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppresion and Gender*, cit., pp. 141-160. Asimismo, N. STOLJAR, “Autonomy and the Feminist Intuition”, en C. MACKENZIE, and N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, Oxford University Press, New York, 2000, pp. 94-111; Id., “Autonomy and Adaptive Preference Formation” en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppresion and Gender*, cit., pp. 227-252. P. BENSON, “Feminist Intuition and the Normative Substance of Autonomy”, en J. S. TAYLOR, *Personal Autonomy: New Essays on Personal Autonomy and its Role in Contemporary Moral Philosophy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, pp. 101-126.

⁶³ P. BENSON “Feminist Commitments and Relational Autonomy”, en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppresion and Gender*, cit., pp. 87-113, p. 108. Traducción propia. Igualmente, J. ANDERSON AND A. HONNETH, cit., pp. 127-149.

Estas tres dimensiones se ejercen bien respecto a determinadas decisiones, bien a aspectos o esferas de la vida, o bien de forma global respecto a la vida de la persona. De esta manera uno puede ser autónomo en determinadas decisiones pero no en todas las esferas o globalmente (por ejemplo, se podría hablar de la reivindicación feminista de la limitación de las capacidades de las mujeres en la esfera privada como un problema estructural).

Lo que está claro es que, de una parte, el concepto de autonomía relacional que se está considerando, aunque procede de la noción del mismo nombre propuesta por autoras de la diferencia como Carol Gilligan o Nancy Chodorow, no coincide totalmente con su versión originaria⁶⁴. Tanto Carol Gilligan como Nancy Chodorow basan su tesis en las diferencias entre hombres y mujeres, y la manera en que ambos desde la infancia se “independizan” de la madre. Según esta perspectiva, los hombres sienten el impulso de separarse completamente de la madre aceptándola como lo otro; las mujeres ven en la madre a un igual y, por tanto, su idea de independencia y autonomía es distinta, es relacional⁶⁵. Este discurso de la diferencia tiene ventajas pero también muchos peligros, al terminar en el concepto de identidad y probablemente relegar los valores del cuidado y la esfera privada a lo femenino⁶⁶.

Del otro lado, el concepto explicado se separa igualmente de otras concepciones que entienden que el concepto liberal de autonomía puede conce-

⁶⁴ N. J. HIRSCHMANN, “Autonomy? Or Freedom? A Return to Psychoanalytic Theory”, en M. PIPER, AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppression and Gender*, cit., pp. 71-84, pp. 63-67. De todos modos, esta autor como Marilyn Friedman o John Christman es crítico con la perspectiva que proponen por ejemplo Marina Oshana o Jennifer Nedelsky y proponen recuperar el sujeto liberal como una metáfora.

⁶⁵ N. J. CHODOROW, *Reproduction of Mothering. Psychoanalysis and the Sociology of Gender*. With a New Preface, University of California Press, Berkeley/ Los Angeles/ London, 1999, p. 167. Véase también C. GILLIGAN, *In a Different Voice. Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts)/ London (England), 1982.

⁶⁶ Se ha desarrollado este tema en C. MONEREO ATIENZA, *Desigualdades de género y capacidades humanas*, cit. En cualquier caso, hay que mencionar la versión de la Ética del cuidado que, entre otras cosas, ensalza los valores tradicionalmente asociados al sexo femenino, y de la que se pueden tomar argumentos positivos. Para ello véase I. COMINS MINGOL, *La ética del cuidado como educación para la paz*, tesis doctoral, Universidad Jaume I, 2003. <http://www.tdx.cat/handle/10803/10455> (última consulta 27 de junio de 2017). O también Id., “Del miedo a la diversidad a la Ética del cuidado: una perspectiva de género”, en *Convergencia*, núm. 33, 2003, pp. 97-122; e Id., “La ética del cuidado: contribuciones a una transformación pacífica de los conflictos”, *Feminismo*, núm. 9, 2007, pp. 93-105.

birse como una metáfora y que, por tanto, hay que recuperar simplemente la idea de libertad, así como considerar que las relaciones no son parte conceptual necesaria de la noción de autonomía⁶⁷. Estas posiciones entienden que el concepto de autonomía relacional es demasiado limitativo de la libertad. Asimismo, lo juzgan demasiado perfeccionista y provocador de posiciones paternalistas por parte el Estado.

Aquí se propone un concepto más sustancial (aunque no grueso) que, en efecto, conlleva aceptar cierto perfeccionismo (aunque sea vago)⁶⁸.

3. A MODO DE CONCLUSIÓN: AUTONOMÍA RELACIONAL PARA LA CONCRECIÓN DE LA IDEA DE DIGNIDAD

En primer lugar, el valor de autonomía no puede ser individualista. La autonomía, entendida como la posibilidad de desarrollar unas capacidades mínimas y elaborar el propio concepto del bien y la vida buena; no se ejerce de manera autosuficiente. Al contrario, se desenvuelve en relación con los demás. En este punto las tesis feministas han destacado la noción de autonomía relacional, en relación al contexto concreto de subordinación o discriminación de las mujeres. De hecho, ciertas situaciones de desventaja social, política, económica o educativa, o ciertas relaciones sociales caracterizadas por el abuso, la coerción, la violencia o la falta de respeto pueden afectar a

⁶⁷ Ya he nombrado en otras notas las posiciones de Marilyn Friedman o John Christman. M. FRIEDMAN, *Autonomy, Gender, Politics*, cit.; J. CHRISTMAN, *The Politics of Persons. Individual Autonomy and Socio-historical Selves*, cit.

⁶⁸ La mayoría de autores nombrados, con sus diferencias (Marina Oshana, Natalie Stoljar, Jennifer Nedelsky, o Paul Benson), se mueven en un punto difícil de determinar entre una concepción sustancial –gruesa o sustancial– débil de la autonomía. Hay otras posiciones que todavía se entienden más intermedias (sustancial-débil-débil, se podrían llamar) entre Marilyn Friedman o John Christman, por un lado, y Marina Oshana, Natalie Stoljar, Jennifer Nedelsky o Paul Benson que son las de Andrea Westlund o Diana Tietjens Meyer. D. T. MEYER, "Intersectional Identity and the Authentic Self. Opposites Attract!", en C. MACKENZIE, and N. STOLJAR (eds.), *Relational Autonomy. Feminist Perspectives on Autonomy, Agency, and the Social Self*, cit., pp. 151-180; Id., "Feminist Debate over Values in Autonomy Theory", en M. PIPER AND A. VELTMAN, *Autonomy, Oppression and Gender*, cit., pp. 114-140. A. WESTLUND, "Selflessness and Responsibility for Self. Is Deference Compatible With Autonomy?", *Philosophical Review*, num. 112, 2003, pp. 37-77; Id., "Rethinking Relational Autonomy", *Hypatia*, num. 24, 2009, pp. 26-49; Id., "Autonomy and Self-Care", cit., pp. 180-198.

Creo que tanto Axel Honneth como Catherine MacKenzie concuerdan en una línea sustancial-débil de la autonomía que conecta también con las tesis del enfoque de las capacidades.

las concepciones propias, a las oportunidades, a las capacidades y elecciones por parte del sujeto⁶⁹.

Erradamente, el concepto liberal tradicional de autonomía no tiene en cuenta el papel tan preponderante del contexto social en las elecciones del individuo. Lo esencial son las opciones reales que están disponibles para esa persona o grupo vulnerable. Por tanto, no se trata de defender la elección libre del sujeto sin más. Hay que ampliar las opciones reales de elección de los individuos. Esto demanda, por supuesto, una visión de la igualdad material en el punto de partida, aunque habría que añadir también cierta igualdad en el punto de llegada.

En segundo lugar, la autonomía es capacidad, pero es también un estatus, es decir, el de reconocerse autónomo como los demás. Este estatus se genera a partir de relaciones intersubjetivas de reconocimiento, que pueden fallar en algunos casos de discriminación o humillación (género, raciales, de personas con discapacidad, etc...). La falta de reconocimiento afecta a la confianza en uno mismo, el respeto hacia la propia persona y la autoestima.

En tercer lugar, toda sociedad que quiera ser realmente justa tiene que erradicar todos los obstáculos que impidan acceder a una amplia gama de opciones o que provoquen una falta de reconocimiento. En esta línea, el Estado ha de intervenir para proveer los recursos materiales necesarios para estos grupos y también para erradicar estos obstáculos y promover la auténtica autonomía. Para ello tendrá que apoyar aquellas relaciones sociales básicas que la promueven.

El caso de las familias es muy ilustrativo. Tradicionalmente, las responsabilidades de cuidado han recaído en la familia y dentro de la misma en las mujeres. Para promover la ayuda a las familias se trata de incentivar la autonomía de las mujeres favoreciendo, por ejemplo, su inserción laboral. Pero esto por sí solo no es suficiente. Al mismo tiempo se deben realizar políticas sociales familiares, promotoras de la desmercantilización de todos los miembros de la unidad familiar. Así pues, se ha de garantizar el cuidado fuera de la lógica del mercado⁷⁰. Esto no es paternalismo. Es la manera de aumentar las opciones reales de los individuos en sus decisiones. Las políticas paternalistas mantienen las desigualdades, incrementan la sensación de impotencia,

⁶⁹ C. MACKENZIE, "The Importance of Relational Autonomy and Capabilities for the Ethics of Vulnerability", cit., p. 43.

⁷⁰ M. J. AÑÓN y P. MIRAVET, *Derecho, Justicia y Estado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 112 y ss.

coartan la acción libre y deniegan el estatus de agentes autónomos a estos individuos generando formas de vulnerabilidad patogénicas.

Por eso, resulta muy interesante recurrir a la noción de autonomía relacional, puesto que tiene en cuenta la importancia de la libertad y la elección individual en relación con el contexto social, sin olvidar que en algunos casos es importante que las políticas se centren en los funcionamientos (salud o educación, por ejemplo) y no en las capacidades. Igualmente, considera que la autonomía puede estar restringida por factores internos y no solamente externos, puesto que los individuos pueden haber asimilado, en situaciones de humillación, la falta de reconocimiento y dignidad.

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Dpto. Derecho financiero y Filosofía del Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de Málaga

Campus de Teatinos s/n

29071 Málaga

e-mail: cmonereo@uma.es

SUBJETIVISMO ÉTICO Y OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

ETHICAL SUBJECTIVISM AND CONSCIENTIOUS OBJECTION

FRANCESCO BIONDO
Università di Palermo

Fecha de recepción: 17-2-17

Fecha de aceptación: 14-7-17

Resumen: *En este trabajo presentaré las características que diferencian la desobediencia civil y la objeción de conciencia tal y como han sido presentadas por algunos autores de orientación liberal, en particular Rawls, Raz y Gascón Abellán. Argumentaré, además, que la objeción de conciencia, concebida como una práctica fundamentada en un "derecho a la privacidad moral", reposa en una ética subjetivista o en una versión voluntarista de la ley natural. Posteriormente, demostraré que en ambos casos no queda claro cómo se pueden justificar las normas legales que intentan compatibilizar las reivindicaciones de los objetores con los derechos de terceros –o determinar la seriedad del compromiso ético de los objetores, evitando así las "objeciones por conveniencia"–. Finalmente, intentaré aplicar esta argumentación al caso de la objeción a la asignatura de Educación para la Ciudadanía.*

Abstract: *In this paper, I will present the conceptual differences between civil disobedience and conscientious objection, which have been depicted by liberal authors such as J. Rawls, J. Raz and in Spain by M. Gascón Abellán. I will argue that conscientious objection, as a practice that is distinct from civil disobedience and rests on a right to "moral privacy", finds his justification on a subjectivist ethics or on a voluntarist account of natural law. I will try to show that in both cases, it is not clear how a) to justify legal norms that tries to balance the objectors' claims and the opposite claims of rights' holders b) to determine the seriousness of the ethical commitment of conscientious objectors, in order to avoid the risk of encouraging self-interested forms of objections. Finally, I will apply the arguments to the case of conscientious objection to the subject Educación para la Ciudadanía.*

Palabras clave: desobediencia civil, objeción de conciencia, subjetivismo ético, Educación para la Ciudadanía

Keywords: civil disobedience, conscientious objection, ethical subjectivism, civic education

1. INTRODUCCIÓN

Desde los años sesenta y setenta del siglo pasado, la doctrina jurídica y la filosofía jurídica y política han elaborado tipos ideales con el fin de categorizar los movimientos de protesta que han emergido en las sociedades occidentales. Frente a la crisis de legitimidad de las democracias liberales, los juristas y los filósofos han tratado de construir un aparato conceptual apto para diferenciar las diversas prácticas de desobediencia a la ley y han sugerido la necesidad de articular medidas para mitigar el problema sin orillar los valores sobre los que, presuntamente, se rigen nuestras democracias. No es casualidad que en este debate hayan surgido las llamadas teorías (neo) constitucionalistas, cuyos representantes más connotados en el ámbito de la filosofía del Derecho son, como se sabe, Dworkin, Alexy y Nino –con muchos matices, cabría incluir también en esta nómina a Ferrajoli– y, en el de la filosofía política, Rawls y Habermas.

Una de las cuestiones centrales de estas teorizaciones ha sido –y sigue siendo– la distinción entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia. El presente trabajo se articula en cuatro apartados. En primer lugar, presentaré los rasgos de esta distinción tal y como han sido elaborados por algunos autores de corte liberal, en particular Rawls, Raz y Gascón Abellán¹. En segundo término, argumentaré que la objeción de conciencia, entendida como una práctica con un *genus* distinto del de la desobediencia civil, que se fundamenta en un “derecho a la privacidad moral”, reposa en una ética subjetivista o en una versión voluntarista de la ley natural. El tercer apartado tiene como fin demostrar que, en ambos casos, no queda claro cómo se pueden justificar las normas legales que intentan compatibilizar las reivindicaciones de los objetores con los derechos de terceros –o determinar la seriedad del compromiso ético de los objetores, evitando así las “objeciones por conve-

¹ Queremos destacar los argumentos que se aplican en primera instancia a los planteamientos liberales de los autores antes citados. En la extensa literatura sobre el tema, sin embargo, se encuentran versiones de la objeción de conciencia a las que no se pueden aplicar las críticas de subjetivismo ético o de iusnaturalismo voluntarista.

nencia”-. En el cuarto y último apartado intentaré aplicar esta argumentación al caso de la objeción a la asignatura de Educación para la Ciudadanía.

2. LA POROSA FRONTERA CONCEPTUAL ENTRE LA DESOBEDIENCIA CIVIL Y LA OBJECCIÓN DE CONCIENCIA

La desobediencia civil y la objeción de conciencia son dos especies de la clase de la desobediencia a la ley “por convicción”, -de acuerdo con la expresión de Radbruch²-, es decir, aquellos actos de incumplimiento de un deber jurídico por razones de principio o por motivaciones morales, no por razones de mera oportunidad o interés. En estos casos, los ordenamientos jurídicos se enfrentan a sujetos a los que la amenaza de una sanción no constituye un instrumento eficaz de control de sus comportamientos ni permite conseguir los fines que el legislador persigue.

Aunque, en realidad, las prácticas de desobediencia civil y de objeción de conciencia son a menudo indistinguibles -circunstancia reconocida por los autores arriba citados-, hay que remarcar que los autores clásicos que se han ocupado de la cuestión han fijado unas coordenadas fundamentales al respecto. La desobediencia civil tiene como fundamento determinados principios de justicia que los desobedientes consideran consustanciales al patrimonio moral de una comunidad política y que, por lo tanto, deben ser respetados para que la comunidad política de referencia sea realmente justa. Se pretende, en este sentido, una modificación legislativa orientada bien a la derogación de una norma vigente -justamente la que, a juicio del desobediente, contraviene aquellos principios-, bien a la promulgación de una nueva legislación que los respete; se trata, pues, de una actitud política que se materializa de forma colectiva y pública. Por el contrario, la objeción de conciencia es una desobediencia por convicción de naturaleza diferente -o, dicho de otro modo, es un género distinto de la “delincuencia por convicción”-. Mediante la objeción se pretende lograr una exención de cumplimiento, que dispense a los sujetos que rechazan la obligación jurídica de hacer algo, porque la norma en cuestión vulnera los dictámenes de su propia conciencia, ya sea por convicciones religiosas, metafísicas o éticas. Contrariamente al desobediente, el objetor no ambiciona “educar” moralmente a sus conciudadanos ni convencerlos de que es necesario un cambio legislativo para que la comuni-

² Sobre el tema, reenviamos a J. BAUCCELLS I LLADÓS, *El delincuente por convicción*, Tirant Lo Blanch, Valencia 2000.

dad se “tome en serio” sus principios: le basta con que el Estado no le imponga un(os) acto(s) que, según sus convicciones, resultan intolerables³. Si en el primer caso se verifica una contradicción entre varios principios políticos –o entre interpretaciones diferentes de principios políticos compartidos o que deberían compartirse–, en el segundo se trata, al menos según la distinción ideal-típica propuesta por Rawls, de una contradicción entre la conciencia individual y los contenidos sustantivos de una ley. Por lo tanto, el acto de objeción puede ser individual y secreto⁴.

Desde estas coordenadas se ha desarrollado un vasto debate que, por razones de economía expositiva, no resulta posible reconstruir en este estudio. Concentraremos nuestro análisis en una sola cuestión: la idea de que la objeción de conciencia puede ser considerada un derecho –en sentido moral y jurídico–, mientras que la desobediencia civil no. Esta diferencia parece robustecer la tesis de la diferencia de género entre la desobediencia y la objeción: si, como se ha apuntado arriba, la primera tiene su justificación en una forma de participación política, la segunda se funda en la reivindicación del respeto de la privacidad moral. Veremos que la aceptación por parte de Raz y Gascón Abellán de esta tesis supone la asunción, más o menos inadvertida –y contraria a las intenciones de estos autores sedicentemente liberales–, de una forma de subjetivismo ético o, alternativamente, de una forma de iusnaturalismo voluntarista.

³ Nos parece importante señalar que rechazan este planteamiento las doctrinas sobre la objeción de conciencia, entendida como un acto ilícito que pone de manifiesto una verdad moral que surge desde nuestras conciencias. De hecho, y como veremos, este planteamiento reduce el acto a una simple cuestión de respeto de un ámbito de privacidad moral. Por el contrario, para los otros autores que se inspiran en una forma de iusnaturalismo tomista, el acto de objeción es un acto de manifestación de una verdad moral o, más aún, un acto de amor hacia los otros ciudadanos. Entre la extensa literatura citamos a: B. MONTANARI, *Obiezione di coscienza. Un'analisi dei suoi fondamenti etici e politici*, Giuffrè, Milano 1976; V. TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2009; F. VIOLA, “L’obiezione di coscienza come diritto”, *Diritto & questioni pubbliche*. Disponible en: <http://www.dirittoequazioni-pubbliche.org/page/2009_n9/02_mono-06_F_Viola.pdf>. En estos casos, sin embargo, se reduce o, como veremos, se anula la distinción entre la desobediencia civil y la objeción de conciencia, aunque, como en el caso de Turchi y de Viola, esta distinción se mantiene en cuanto que asumen, por definición, que la desobediencia es siempre *contra legem*, mientras que la objeción no. Véase TURCHI, *I nuovi volti di Antigone*, cit., p. 67, y VIOLA, “L’obiezione di coscienza come diritto”, cit., p. 172 y 181.

⁴ J. RAWLS, *Una teoría de la justicia* (1971), Fondo de Cultura Económica, México D.F. 1997 pp. 404 ss.

De acuerdo con Barberis, el subjetivismo ético expresa la idea de que los valores son reducibles a los diferentes juicios de cada sujeto individual. Alternativa o conjuntamente, ello implica al menos tres tesis:

- 1) Una tesis cognoscitiva que afirma que, de hecho, personas diferentes valoran de manera diversa los mismos valores o las mismas situaciones de hecho.
- 2) Una tesis normativa, de acuerdo con la cual cada uno debe juzgar por sí mismo los méritos morales de una situación o una decisión. Esta tesis tiene una versión extrema, que reduce los juicios morales a juicios de gusto –considerados, por lo tanto, indiscutibles–, y una versión moderada, que, por el contrario, afirma que hay que tener en cuenta las opiniones morales de todos los interesados y que, por lo tanto, considera posible un acuerdo intersubjetivo.
- 3) Finalmente, una tesis metaética, que Barberis considera coherente con el subjetivismo normativo moderado, según la cual:

“[...] la ética [...] es irremediabilmente subjetiva, al menos en el sentido de que no puede depender de parámetros objetivos como la Naturaleza, la Razón, la Voluntad divina o similares. El máximo de objetividad ética que se puede obtener es la intersubjetividad, que a su vez es solo un ideal regulativo, siempre perseguible pero nunca del todo realizable”⁵.

Siguiendo, acaso demasiado simplificado, el magisterio de Fassò, aquí identificamos el iusnaturalismo voluntarista con la idea de que, junto a una ley natural cognoscible mediante la razón, es preciso seguir un conjunto

⁵ M. BARBERIS, *Ética para juristas* (2005), Trotta, Madrid, 2008, p. 176. Por otra parte, Barberis no es del todo claro acerca de la tripartición antes expuesta, ya que en la p. 177, haciendo referencia a Isaiah Berlin, afirma que este autor confunde el subjetivismo metaético moderado con el extremo (que Berlin considera como una forma de relativismo). De este modo, Barberis parece pensar que, al igual que el subjetivismo normativo, existe una forma de subjetivismo metaético extremo, del que en la página anterior no dice nada. Si existe una forma extrema de subjetivismo metaético, entonces no se entiende cómo se puede distinguir entre el subjetivismo normativo extremo, el relativismo ético y el subjetivismo metaético extremo, ya que estas tres posiciones son reducibles a la misma tesis: que los valores son solo cuestiones de gustos, colectivos o individuales, sobre los que no se puede discutir racionalmente. Y esta posición es finalmente la tesis de base del no cognitivismo ético; un planteamiento metaético que ha sido muy popular, digamos casi hegemónico, entre los filósofos del derecho del siglo XX. Pensamos, por ejemplo, en Hans Kelsen o Alf Ross, autores que sostuvieron la tesis del carácter irracional de las argumentaciones morales.

de normas de naturaleza sobrenatural que se revelan en nuestras conciencias a través de la intervención de un ente personal divino⁶.

Volvamos ahora a la raíz de la distinción entre la objeción de conciencia y la desobediencia civil.

Raz comienza su argumentación con una pregunta que Rawls no se plantea porque considera, –a nuestro juicio, erróneamente– que las dos prácticas son igualmente ilegales. ¿La desobediencia civil es ilegal, al igual que un acto de objeción? O, por el contrario, y teniendo en cuenta las coordenadas de Rawls, ¿en un Estado liberal existe un derecho *prima facie* a la objeción de conciencia, mientras que no cabe afirmar lo mismo de la desobediencia civil? La respuesta de Raz es tajante: dado que la objeción de conciencia es un acto privado que exige el respeto del principio de no interferencia en un ámbito de decisiones –aun erróneas– sobre las que el Estado no debe entrar –y que Raz identifica con la “conciencia” sin especificar en qué consiste este término⁷–, entonces hay un derecho *prima facie* a la objeción. En la argumentación de Raz, el eje de la distinción entre el ámbito público y el ámbito privado, se fundamenta en la idea de que la intervención estatal a través de la legislación está justificada en la medida en que evita que se produzcan daños a terceros. Cada individuo tiene derecho a equivocarse, ya que, si fuera de otra manera, nadie podría aprender de sus errores. Por el contrario, la desobediencia civil es un acto público que persigue una modificación de la ley; no resulta, en este sentido, posible hablar de la existencia de un derecho, dado que si se desobedece debe hacerse solo para hacer lo correcto⁸. Además, una visión humanista de la política pretende el respeto de los dictámenes de la conciencia: los poderes públicos siempre deben respetar un ámbito privado en el que el sujeto pueda construir su jerarquía de valores; solo así se desarrolla la autonomía individual y el pluralismo de las visiones abarcativas del bien.

⁶ G. FASSÒ, *La Legge della Ragione*, Mulino, Bologna, 1966.

⁷ J. RAZ (*The authority of law*, Clarendon Press, Oxford, 1979, p. 276) Raz se limita a afirmar el carácter privado de la objeción, es decir, como fruto de una elección de valor subjetivo que no produce daños a terceros. Se trataría, por lo tanto, de una libertad en sentido de J.S. Mill, sin entrar en complejas cuestiones metafísicas o metafísicas acerca de la fuente de validez de nuestros juicios morales. Sin embargo, tal y como veremos más adelante, el planteamiento «minimalista» de Raz, en el que lo único que importa es que el Estado no imponga obligaciones que contrasten con las convicciones que surgen de la conciencia del ciudadano, se queda corto, porque no permite determinar cómo se pueden compatibilizar evaluaciones subjetivas contrarias acerca de una ley.

⁸ Hemos argumentado a favor de una interpretación de “tener derecho a desobedecer” diferente a la de Raz en F. BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, pp. 212-217.

Por lo tanto, hay una primacía argumentativa de la objeción de conciencia sobre la desobediencia civil: la primera puede ser considerada un derecho – aun si es moralmente equivocada–, y la segunda no, a menos que la mayoría cambie la ley y esta estipule una facultad en lugar de una obligación⁹.

Gascón Abellán profundiza en las coordenadas ofrecidas por Raz con una marcada querencia kantiana (aunque radicalizada en lo que respecta a la obligación de obedecer al Derecho), mientras que, a nuestro juicio, a Raz le basta con seguir la tradición del utilitarismo de Mill, más acorde con el ambiente analítico oxoniense. Gascón Abellán considera la objeción como un acto privado, y expresa en estos términos su acuerdo con Raz:

“[...] la objeción de conciencia se configura como un acto estrictamente privado en el doble sentido de que su motivación no precisa invocar principios de justicia asumidos por la mayoría y ni siquiera de raíz política o comunitaria, y en el sentido de que la insumisión no se propone directamente un cambio de política o de legislación, sino tan solo preservar la inmunidad del individuo ante un deber jurídico que se juzga incompatible con la propia moral. De ahí que la objeción no requiera una exteriorización pública ni colectiva”¹⁰.

Además, la autora clarifica que resulta posible hablar de un derecho general –cuyo titular es, por lo tanto, cada ciudadano– a la objeción de conciencia. De hecho, no hay ninguna obligación moral de obedecer al Derecho si ello violenta o resulta contrario al tribunal de la conciencia individual, en la medida en que los valores son diversos y que, entre ellos, figura el respeto a los dictámenes de la conciencia:

“La obligación política no solo es empíricamente imperfecta, sino que incluso racionalmente se ha rechazado un consenso de valores capaz de fundamentar una obligación política absoluta. Por ello, un dictamen de conciencia contrario al deber jurídico y que además no pretende que los demás desoigan la decisión de la mayoría, sino solo preservar el ámbito de la propia individualidad, no tiene necesidad de confrontarse con la obligación política”¹¹.

Por lo tanto, en condiciones de pluralismo axiológico, siempre es la conciencia la que determina, al menos *prima facie*, cómo deben interpretarse los

⁹ J. RAZ, *The authority of law*, cit., pp. 276-289.

¹⁰ M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 77-78.

¹¹ *Ibíd.*, p. 202.

principios de justicia y cómo debe llevarse a cabo la ponderación entre los valores¹². Al respecto, la autora escribe:

“Aceptada la autonomía individual, se invierte el juego de presunciones y la carga de la justificación. Ante un caso de objeción de conciencia –pero no ante cualquier otra forma de desobediencia–, la ley de la mayoría deja de tener a su favor una presunción de corrección y el desobediente abandona la carga de la prueba en contrario, es decir, se ve libre de la necesidad de justificar su comportamiento. Sucede justamente a la inversa: el objetor cuenta a su favor con una presunción de corrección moral y es el Estado quien tiene que justificar las razones de una eventual interferencia”¹³.

3. LA CUESTIÓN DE LOS LÍMITES Y LA PRESUNCIÓN DE AUTENTICIDAD

Aunque Raz y Gascón Abellán consideren que la naturaleza de la objeción de conciencia es, indiscutiblemente, un derecho a la privacidad moral, ambos autores aclaran que este derecho es limitado o *prima facie*. Siempre hay que tomar en consideración las consecuencias que el ejercicio de este derecho tiene sobre los derechos de terceras personas. Además, es preciso determinar si la declaración de objeción se basa en la conveniencia –es decir, por el interés del objetor en evitar una obligación sin padecer una sanción– o si se funda en una cuestión de principio. Por último, es necesario advenir si los mismos actores que han participado en campañas públicas de objeción aceptan la idea de que sus compromisos son solo “una cuestión privada”, es decir, una petición de que se tome en serio su “intimidad moral”.

Por lo tanto, la primacía argumentativa de la que goza la objeción frente a la desobediencia parece limitarse solo a aquellos supuestos, claros hasta

¹² “Si incluso la interpretación jurídica, monopolizada por sujetos cualificados, acredita la insuprimible presencia de un cierto grado de decisionismo subjetivo, la interpretación de los principios de justicia de Rawls o de los derechos fundamentales de Dworkin, para la que es competente cualquier individuo, habrá de ofrecer un resultado bastante heterogéneo; hasta el punto de que entre una justificación de principios sometidos al “libre examen” y una justificación basada meramente en la conciencia individual cabe sospechar que no existen grandes diferencias” (Ibíd. p. 219).

¹³ Ibíd p. 221. Por otra parte hay que tener en cuenta que la autora afirma, en la p. 21, que su intención es evitar la “falacia relativista”, es decir, considerar que el test de moralidad de unas convicciones se reduzca a la sinceridad de quien las expresa. No cabe duda, admite la autora, que unas convicciones sinceras pueden ser egoístas o inmorales.

el final de los años setenta, de obligaciones legales que se aplican principalmente en el foro interno –por ejemplo, imposiciones tales como el juramento a Dios en las declaraciones judiciales, el juramento de fidelidad a la nación, la asignatura de Religión en los colegios públicos, etc.–, así como la exigencia de obligaciones como el servicio militar sin ofrecer a los objetores la posibilidad de realizar una prestación sustitutoria o alternativa.

Sin embargo, hoy las legislaciones se han transformado: en las democracias occidentales, estos supuestos son residuales y el margen para la expresión de las convicciones personales –religiosas, metafísicas o estéticas– es más amplio, o al menos eso se espera¹⁴. Además, en los supuestos que abarcan las convicciones individuales parece limitante reducir la cuestión de la justificación de la intervención estatal solo a la legitimidad del uso de la coerción. Como ha puesto de relieve Hart, la coerción no es el único ámbito de acción del Derecho¹⁵. Es

¹⁴ Constituye una excepción la exposición de símbolos religiosos en las aulas escolares o llevar particulares vestimentas de contenido religioso en lugares públicos, cuestiones que ahora se debaten con claros acentos excluyentes o xenófobos. De hecho, nos parecen criticables tanto la idea de que los símbolos religiosos de tipo cristiano sean inamovibles, aunque hoy en día nuestras sociedades sean siempre más multirreligiosas, como la opinión de que llevar algunas vestimentas impuestas por una religión, por ej. en el caso del “burkini”, sea un signo de aceptación por parte de las mujeres de su estatus de inferioridad y, por lo tanto, deban ser prohibidas. Sobre la exposición del crucifijo en las aulas escolares hay que citar el sorprendente cambio jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Lautsi vs. Italia*. Véase J. I. SOLAR CAYÓN, “Lautsi contra Italia: sobre la libertad religiosa y los deberes de neutralidad e imparcialidad del Estado”, *Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho*. Disponible en: <<https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/viewFile/771/490>> (consultado el 20/10/2016) y J. R. POLO SABAU, “Símbolos religiosos, escuela pública y neutralidad ideológica estatal: el caso del crucifijo”, *UNED Revista de derecho Público*, núm. 85, 2012, pp. 271-292. Sobre el caso de la prohibición de vestir el “burkini” en las playas de algunos municipios franceses, después de la masacre de Niza del 14 de Julio 2016, véase la Sentencia de anulación n. 403578 de 25 de septiembre 2016, de la prohibición de entrar con esta prenda en la playa, prevista por la Orden del Ayuntamiento de Cagnes sur Mer, por parte del Conseil d’Etat. Disponible en: <<http://arianeinternet.conseil-etat.fr/>> (consultado el 27 de octubre 2016).

¹⁵ Nos parece relevante el hecho de que los autores liberales más destacados han considerado el problema de la justificación de la coerción como el principal problema de la filosofía política, que determina, a la vez, el deber de cada ciudadano de presentar “principios políticos seculares” para justificar el uso de normas jurídicas. J. RAWLS, *Justice as fairness: a restatement*, Belknap Press, Cambridge, Mass., 2001, pp. 40-41; R. AUDI, *Democratic authority and the separation of church and state*, Oxford University Press, Oxford, 2011 cap. 2. Sin embargo, no hay que olvidar que el Derecho es mucho más que la organización de la sanción, en la medida en que contiene también de normas de competencia, de juicio, de cambio y de reconocimiento, normas que no pueden reducirse a la forma de imperativos sostenidos por coacciones, tal y como magistralmente ha expuesto H. HART, *El concepto de derecho*, Alberedo Perriot, Buenos Aires, 2009.

decir, mientras que es del todo evidente que el uso de la coerción es inaceptable en supuestos que afectan solo a nuestras convicciones –y lo es incluso cuando tiene la finalidad de erradicar creencias erróneas o dañinas–, el caso de normas que atribuyen poderes o inmunidades es bien diferente. En estos supuestos, el Derecho solo tiene por objeto el uso de la sanción de modo indirecto, ya que, en primer término, atribuye poderes que, para ser eficaces, pueden recurrir a sanciones. Siempre de acuerdo con Hart, la complejidad del sistema jurídico, entendido como conjunto de normas primarias y secundarias, es evidente en la actualidad, ya que el Estado no solo asume la tarea de sancionar violaciones de derechos de no interferencia o de propiedad, sino también la de garantizar un amplio catálogo de derechos sociales, y tiene que garantizarlos no solo en el marco de la relación entre el ciudadano y el Estado, sino también en las relaciones interindividuales. Por lo tanto, cuando en algunos casos el fenómeno llega a ser una estrategia “de masa” (lo veremos a continuación en relación con el ámbito sanitario de Italia) y compromete la capacidad de los poderes públicos para garantizar la eficacia de derechos prestacionales, las cuestiones más controvertidas son las siguientes: a) la ponderación entre las pretensiones de los objetores y los derechos de terceros que reclaman la garantía de los servicios públicos (por ejemplo, la interrupción del embarazo); y b) la autenticidad de la objeción, es decir, que la pretensión “de no hacer” del objetor sea sincera y no “por conveniencia”. En ambos casos, nos parece que si mantenemos la estricta diferenciación entre la objeción de conciencia –concebida como un acto privado basado en la convicción meramente individual en el que el sujeto únicamente pretende que se respete la expresión de su privacidad moral y no que esta sea compartida por la comunidad– y la desobediencia civil, entonces las cuestiones problemáticas permanecen irresueltas¹⁶.

3.1. La cuestión de la ponderación de los derechos

Sobre la primera cuestión, no es casual que parte de la doctrina jurídica haya registrado el hecho empírico de la extrema dificultad existente en

¹⁶ Estos problemas ya los tenía claros RAZ, *The authority of law*, cit., pp. 287-288, sin embargo quien reduce su propuesta a un escueto principio: el legislador debería evitar normas que puedan incurrir en objeción de conciencia. Véase M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, Giuffré, Milano, 2014, pp. 77-80, quien, por su negativa a ofrecer un planteamiento más claro sobre los límites del ejercicio de la objeción de conciencia, acusa a Raz de incurrir en una forma de utilitarismo de las preferencias.

países como Italia para encontrar médicos no objetores a la interrupción del embarazo, es decir, la ubicuidad de una objeción de conciencia heterónoma y autoritaria¹⁷. Se trata de una objeción heterónoma porque es fruto de una convicción que responde a los dictámenes de autoridades religiosas y hace hincapié en sus llamamientos al deber de cada médico de defender el derecho a la vida del *nasciturus*¹⁸. Y es, asimismo, autoritaria en la medida en que el derecho a la vida se impone a la voluntad de la madre de interrumpir el embarazo y, eventualmente, incrementa los riesgos para su salud. Sobre este último punto, la posibilidad de que unas convicciones pueden constituir una forma de imposición frente a terceros que no la comparten y que pueden acarrear con las consecuencias de aquellas creencias, cabe citar el caso de la ley italiana sobre la fecundación in vitro, la ley n. 40 de 2004. Este cuerpo legislativo imponía, en su artículo 14, un límite máximo de tres embriones para la implantación, restricción que aumentaba los riesgos de fracaso e imponía a la gestante un coste mayor en términos de estrés psicofísico, dadas las graves consecuencias de los tratamientos hormonales necesarios para que la implantación resulte exitosa. Está claro que, como han denunciado los detractores de la medida desde su promulgación, en este caso se imponían los intereses del embrión –y las creencias de una parte, así sea mayoritaria, de los diputados– frente al derecho a la salud de la gestante. Finalmente, después de una prolongada controversia judicial, la norma fue declarada inconstitucional por la Corte Costituzionale (Sentencia n. 151, de 8 de abril 2009)¹⁹.

Si consideramos la objeción como un acto privado basado en una decisión individual sobre los principios que debemos seguir en nuestra vida –dejando el juicio del resto de la ciudadanía sobre nuestras tomas de postura morales–, entonces creemos que se abren dos caminos para los objetores.

¹⁷ Véase P. CHIASSONI, “Libertà e obiezione di coscienza nello Stato costituzionale”, *Diritto e Questioni Pubbliche*, núm. 9, 2009. Disponible en: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/02_mono-01_P_Chiassoni.pdf> (consultado el 10 de octubre 2016). Sobre el carácter de masa de la objeción de conciencia del embarazo en Italia véase más recientemente M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, cit., pp. 145-148, quien aboga por una prestación sustitutoria de los objetores que desincentive el recurso a la objeción.

¹⁸ No se niega la posibilidad de que una persona tenga unas convicciones metafísicas sobre el *nasciturus* coincidentes con –pero no determinadas por– los dictámenes de la Iglesia Católica hoy. Se afirma solo que los médicos que se declaran objetores en cuanto católicos admiten conformarse a los dictámenes de la Iglesia.

¹⁹ Sobre el tema véase M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, cit., pp. 157-165.

El primero consiste en abogar por una forma categórica de objeción, que afirma la incomunicabilidad entre los valores y las convicciones del objetor y las de los demás. El hecho de que eventualmente otros sufran las consecuencias de nuestras decisiones sería irrelevante desde el momento en que estamos seguros de lo que afirmamos y creemos ser plenamente coherentes con nuestros planteamientos. Tanto peor, pues, para quienes se resisten a compartir nuestras convicciones: son ellos los que se equivocan y, por eso, no pueden imponernos prestaciones alternativas, ya que ello supondría admitir que no somos nosotros, sino ellos, los que tienen razón. Pero esta estructura argumental conduce bien a una forma de subjetivismo normativo extremo –en el que cada grupo asume un orden de valores que considera que no tiene por qué cambiar según las convicciones de los demás–, bien a una forma de iusnaturalismo voluntarista –que, como se sabe, expresa un orden de valores objetivo conforme con la voluntad de un ente sobrenatural que se deja escuchar en nuestras conciencias–. En el primer caso, la conciencia se concibe como *un locus* secreto que no puede manifestarse a los otros –sobre todo a las autoridades públicas–, es decir, un lugar íntimo del que emanan, de forma autónoma, los valores que luego se presentan al mundo²⁰. En el segundo caso, la conciencia es considerada la voz de un orden objetivo de valores que se manifiesta en el fuero interno del sujeto, más allá del mundo y sus límites, es decir, una verdad moral que trasciende las instituciones históricamente contingentes²¹. Está claro que ninguno de los autores arriba citados –que, como se ha dicho, consideran la objeción de conciencia como un “acto privado” – comparte estas conclusiones. Por ello, estos autores, especialmen-

²⁰ Afirma acerca del test de sinceridad M. PÉREZ-UGENA CORMINA (*La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, Civitas, Cizur Menor, 2015) que no podemos ir más allá del test de coherencia, por ejemplo evaluando la «razonabilidad o sensatez de las convicciones de conciencia [...]». Lo contrario sería tanto como abrir peligrosamente a descalificaciones de actitudes de conciencia no tan irrazonables, quizá, por meras razones de conveniencia política» (Ibíd., pp. 17-18). Véase también J. RAZ, *The authority in law*, cit., 287-288, y M. SAPORITI, *La coscienza disubbidiente*, cit., p. 125; acerca del peligro de establecer “tribunales de la conciencia”, lo que supondría una intromisión en ámbitos privados de la vida de los ciudadanos.

²¹ Giubilini distingue en la extensa literatura sobre el término “conciencia” entre planteamientos epistémicos (que consideran la conciencia como una facultad de conocimiento moral) y planteamientos no epistémicos (una facultad de conocimiento y creación de la identidad personal). A. GIUBILINI, “Conscience” en E. ZALTA (ed.) *Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en: <<http://plato.stanford.edu/archives/spr2016/entries/conscience/>>. Sobre la historia del concepto de “conciencia moral” reenviamos a R. SORABJI, *Moral conscience through the ages*, Oxford University Press, Oxford, 2014.

te Gascón Abellán, identifican con detalle las obligaciones a las que el objetor está sujeto: en particular, no lesionar los derechos de terceros; y para que esto sea posible, es necesaria una ponderación entre los derechos.

Así se abre el segundo camino para los objetores: dejar que sus convicciones sean objeto de un escrutinio moral intersubjetivo al final del cual sea posible –en unas condiciones reales tendencialmente asimilables a condiciones puramente ideales– determinar cómo equilibrar las pretensiones en conflicto²². En este caso, está claro que no existe mucha diferencia entre la objeción y la desobediencia civil. Ambas instituciones constituyen requerimientos para que se tomen en serio unos derechos que la comunidad moral afirma respetar, pero que de hecho no lo hace²³. Por lo tanto, si no queremos reducir el tipo ideal de “objeción de conciencia” a una forma de subjetivismo ético –o a una forma de iusnaturalismo voluntarista–, no podemos diferenciar esta práctica de una forma de desobediencia civil, como géneros diferentes de desobediencia por convicción. No es por casualidad que Dworkin hable de la objeción de conciencia como un caso de desobediencia civil “integrity based”²⁴.

3.2. La sinceridad cuestionada

En relación con la sinceridad de las motivaciones de los objetores, es preciso indagar y clarificar si la declaración de objeción viene motivada por la voluntad del sujeto de ser coherente con unos dictámenes –religiosos, morales o metafísicos– o si la adhesión a tales principios constituye una adhesión por

²² Creemos que este sea el planteamiento de quien, como VIOLA, cit. pp. 181-183, afirma que la objeción de conciencia debe siempre mantenerse en un plano de “razonabilidad”, es decir, de aceptabilidad por parte de ciudadanos libres e iguales.

²³ De hecho, nos parece que la afirmación de L. Prieto Sanchís, según la cual el reconocimiento constitucional de la objeción de conciencia puede decirse que fundamenta un “derecho a la argumentación” o un “derecho a la ponderación”, coincide con nuestro planteamiento. L. PRIETO SANCHÍS, “Desobediencia civil y objeción de conciencia”, en I. SANCHO GARGALLO (dir.), *Objeción de conciencia y función pública*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, p. 35. Sin embargo, así la objeción como “derecho a la argumentación” resultaría, si nuestro argumento es válido, difícilmente distinguible de la desobediencia civil.

²⁴ R. DWORKIN, *A matter of principle*, Harvard University Press, Cambridge Mass., 1984, p. 108. Este punto es citado por M. GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, cit., pp. 203 y ss a favor de su planteamiento de la objeción de conciencia como un derecho individual.

conveniencia²⁵. A este respecto, las legislaciones imponen prestaciones alternativas a quienes se declaran objetores que pueden ser incluso más exigentes que las prestaciones objeto de la obligación legal. De nuevo, sin embargo, creemos que también en este caso nos enfrentamos a la alternativa que hemos expuesto anteriormente: si solicitamos a los objetores que sean simplemente coherentes con sus planteamientos, no parece posible determinar qué tipo de labor alternativa deberían cumplir. Siempre se puede argüir que la obligación legal no puede imponer un coste añadido por el simple hecho de que el objeto abrace determinadas convicciones blindadas a la valoración ajena, en la medida en que son convicciones privadas que forman parte del reducto más íntimo de la identidad personal. Si, por ejemplo, soy farmacéutico y considero que cierto medicamento es abortivo, nadie, aun si soy titular de una licencia otorgada por el Estado para ejercer mi profesión²⁶, me puede imponer que dispense dicho producto o que contrate a un farmacéutico no objetor²⁷. Si no quiero cooperar con un sistema de poder basado en las armas por mis convic-

²⁵ En Italia, el porcentaje de objetores ronda el 70%, cifra que, según muchos sindicalistas y algunas asociaciones de ginecólogos, hace más gravoso, en cuanto que rutinario, el trabajo del personal sanitario no objetor, tal y como resulta en la reciente reclamación contra el Estado Italiano presentada al Consejo de Europa por parte del sindicato CGIL, Complaint n. 92/2013, publicado el 11 de abril de 2016. Sin embargo, el European Committee of Social Rights no ha reconocido la violación de la Carta Europea de los derechos sociales en relación con la carga de trabajo del personal sanitario. Por otra parte, este Comité, confirmando una anterior decisión (IPPF EN v. Italy 82/2012), sí ha reconocido una violación del derecho de las mujeres a beneficiarse en un plano de igualdad, en todo el territorio nacional, del derecho a la interrupción del embarazo.

²⁶ En este caso, creemos que se queda corto el planteamiento de Raz y Gascón Abellán, antes citado, según el cual es siempre el Estado el que debe justificar la medida legal que es contraria a una creencia individual. Precisamente, creemos que en el caso de la objeción del personal que opera bajo normas que confieren poderes, y beneficios (como, en el caso de los titulares de farmacias, de tener un mercado con una regulación en el número de farmacias), no se puede imponer sólo al poder público la carga de la justificación, sino también a los particulares que tienen unas obligaciones relativas a un oficio que goza de unas ventajas reconocidas por el ordenamiento. Y esta carga depende, a nuestro juicio, del hecho de que no se trata de una norma que impone una sanción, sino primariamente de una norma que confiere un poder legal, el de dispensar particulares fármacos, que pertenece a un conjunto de normas sostenido por sanción legal.

²⁷ El caso, como es bien sabido, ha llegado con un recurso de amparo hasta el Tribunal Constitucional (STC 145/2015), que ha fallado, con una polémica sentencia, a favor del derecho a la objeción de conciencia de un farmacéutico de Sevilla a no dispensar un producto con principio activo Levonorgestrel 0'750 mg. No nos detenemos en el análisis de esta sentencia; nos remitimos, en este punto, a A. BARRERO ORTEGA, "La objeción de conciencia farmacéutica", *Revista de Estudios Políticos*, núm. 172, 2016, pp. 83-107.

ciones pacifistas y antimilitaristas, no se me puede imponer un servicio sustitutivo que puede incluso ser más oneroso y más prolongado que el servicio militar allá donde este sigue siendo obligatorio. Por lo tanto, si pensamos que siempre es necesario determinar unas obligaciones alternativas a las dispuestas por la ley, asumimos que ya hay un consenso de fondo entre los valores de los objetores y los valores que la ley quiere garantizar. Esta cuestión está bien presente en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, que en el FJ 4 de la Sentencia 160/1987 afirmó: «El objetor, para la reconocibilidad de su derecho, ha de prestar la necesaria colaboración si quiere que su derecho sea efectivo para facilitar la tarea de los poderes públicos en este sentido». Recientemente, el problema de la colaboración del objetor con los poderes públicos se ha puesto de relieve en el caso de la Ley Foral de Navarra 16/2010, de 8 de noviembre, relativa a la creación de un registro de objetores en relación con la interrupción del embarazo. Como es bien sabido, en la Sentencia 151/2014, el Tribunal Constitucional ha declarado que esta ley es constitucional. Haciendo hincapié en la Sentencia 160/1987, en el FJ 5 de la sentencia de 2014 el Tribunal Constitucional afirma que “la creación de un Registro no se contradice con la doctrina constitucional dictada hasta la fecha en materia de objeción de conciencia, concretamente en relación con el derecho a la objeción de conciencia como exención al servicio militar obligatorio, según la cual el ejercicio de este derecho no puede, por definición, permanecer en la esfera íntima del sujeto, pues trae causa en la exención del cumplimiento de un deber”²⁸. Por lo tanto, no se trata necesariamente de una controversia entre grupos que responden a órdenes de valores basados en fuentes diferentes –por una parte, valores individuales amparados por el respeto de la “privacidad moral”; por otra, valores compartidos por la sociedad (o valores “políticos”)–. Es preciso reconocer que algunos de estos valores tienen el *mismo* fundamento y/o la misma importancia y, sobre todo, que en los conflictos entre ellos siempre

²⁸ El recurso había sido presentado por 50 diputados del Partido Popular. Sobre la cuestión, antes de la Sentencia del Tribunal Constitucional, véase J. L. BELTRÁN AGUIRRE, “El registro de los profesionales sanitarios objetores de conciencia. Cuestiones en torno a su constitucionalidad con motivo del recurso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley Foral 16/2010, de 8 de noviembre, que crea un Registro de profesionales objetores de conciencia a realizar la IVE”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 52, 2011, pp. 183-201. Por otra parte, nos parece que la experiencia italiana, donde es obligatoria la declaración de objeción para el personal sanitario directamente involucrado en la operación de interrupción del embarazo, demuestra que la mera existencia de un registro no es una limitación al ejercicio de esta facultad o un peligro para la carrera de los objetores, tal y como afirma el juez Andrés Ollero Tassara en su voto particular (FJ 3 y 4, pp. 33-34).

hay que articular la discusión a partir de las consecuencias que eventualmente originan sus posibles soluciones. Sin embargo, de este modo se reduce –o se anula– la distinción entre la objeción de conciencia y la desobediencia como formas de protesta cuya diferencia radica en la fuente del juicio moral sobre el que se fundamentan. A menos que se admita, por definición, que solo los objetores tienen en cuenta el hecho del pluralismo moral –o del pluralismo razonable–, mientras que los desobedientes no. Es decir, que detrás de cada planteamiento a favor de la desobediencia civil se esconda una metaética monista de corte republicano que pretende solucionar todos los conflictos morales e indicar una concepción objetiva del bien (o de la justicia). El punto nos parece evidente en la argumentación de Gascón Abellán cuando afirma que en el caso de la objeción de conciencia “no nos hallamos en el mundo de problemas que puede ser confiado a la ética comunicativa de Habermas, ni en la cohesionada sociedad que se agrupa en torno al consenso de valores propugnado por Rawls, sino ante un monólogo interior que nace en la conciencia y que solo ante ella se justifica”²⁹. Como se observa, se asume que el sentido de la justicia y el conjunto de valores políticos a los que el desobediente se refiere constituyen unas entidades estáticas en el tiempo y coherentes. Por lo tanto, según la autora, el planteamiento de Rawls sobre la desobediencia civil se basa en la idea de que la sociedad está ya cohesionada en torno a un conjunto de valores que determinan una concepción común de la justicia. La teoría de Rawls sería, así, un planteamiento que rechazaría el pluralismo moral y la propia posibilidad de un desarrollo del sentido de justicia de la ciudadanía.

A nuestro juicio, estas apreciaciones eran seguramente pertinentes en el momento en que fueron formuladas, pero actualmente se han tornado obsoletas. Seguramente, en su *Teoría de la justicia*, Rawls no tiene clara la naturaleza estática o dinámica del sentido de justicia, tal y como la doctrina ha puesto de relieve en varias ocasiones³⁰. De hecho, parecería que la desobediencia civil es posible cuando ya se está consolidado un sentido común de justicia y el consenso sobre unos principios, lo cual, por cierto, reduce el potencial innovador de las prácticas de desobediencia civil³¹. Sin embargo, y como se sabe, Rawls, ha reconocido, en su producción más reciente, el hecho de que el funcionamiento de las instituciones justas conduce inevitablemente al plu-

²⁹ GASCÓN ABELLÁN, *Obediencia al Derecho y objeción de conciencia*, cit. p. 217.

³⁰ Véase A. SABL, “Looking forward to justice: Rawlsian civil disobedience and its non-Rawlsian lessons”, *Journal of Political Philosophy*, vol. 9, núm. 3, 2001.

³¹ Sobre el tema nos permitimos remitir a BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*, cit. pp. 200-202.

ralismo razonable, es decir, a un conflicto entre concepciones del bien diferentes, pero igualmente aceptables por parte de ciudadanos libres e iguales³². En este caso, la objeción de conciencia y los principios que eventualmente la ampararían podrían encontrar acomodo en el planteamiento rawlsiano –al precio, no obstante, de devenir cuestiones políticas (tal y como sucede con la desobediencia civil) o un reclamo de tomar en serio ciertos principios políticos, y no simplemente una cuestión de privacidad moral o de no ser molestado en un ámbito íntimo en el que se desarrolla un «monólogo interior».

3.3. Tomar en serio a los objetores

Finalmente, parece que el tipo ideal no logra que se tomen en serio las intenciones de aquellos que objetan en masa pidiendo un cambio de la ley. Como hemos visto, la intención del objetor parece un elemento necesario para distinguir la objeción de la desobediencia. Pues bien, a nuestro juicio, la distinción entre ambas instituciones según el criterio de la intención se queda corta si analizamos las protestas contra el servicio militar obligatorio en presencia de una ley que no permite la objeción a través de prestaciones alternativas³³. En este caso, se reduce a los objetores a individuos que únicamente quieren ser “dejados en paz”, sin importarles los valores del resto de la ciudadanía³⁴. El movimiento pacifista queda, así, encasillado o etiquetado como una nueva forma de expresión apolítica de “martirio” –es decir, como

³² El tema es una cuestión central, como es bien sabido, en la producción de Rawls después de *Una teoría de la Justicia*. Sin embargo no nos detenemos sobre esta cuestión.

³³ Recordamos que en la literatura sociológica acerca del movimiento de insumisión se habla más bien de “desobediencia civil no violenta”. V. SAMPEDRO BLANCO, *Movimientos sociales: debates sin mordaza*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid 1997, pp. 67-70. Además, hay que tener en mente el hecho de que España fue el segundo país, después de Alemania, por números de insumisos antes de las reformas que abolieron el servicio militar obligatorio (ivi pp. 76-77). Sin embargo, hay que recordar que la sociología y la ciencia del derecho tienen finalidades diferentes. La primera intenta observar, y si es posible prever, el desarrollo de los movimientos sociales, dejando de lado, si no es estrictamente necesario, una determinación precisa de las intenciones de quien lleva a cabo las protestas. Por el contrario, siendo el derecho un instrumento para el control de estos movimientos a través del uso de normas que califican los actos, la literatura jurídica se centra en construir tipos ideales que ponen mayormente de relieve las intenciones de los objetores junto con los efectos de sus protestas. Véase, por ejemplo, M. PÉREZ-UGENA COROMINA, *La objeción de conciencia entre la desobediencia y el derecho constitucional*, cit., pp. 14-16.

³⁴ Esto explica el rechazo de esta práctica por parte de autores como H. A. BEDAU, “Introduction”, en H.A. BEDAU (ed.) *Civil Disobedience in focus*, Routledge, London, 1991, p.

un ejemplo de sufrimiento causado por leyes injustas- de naturaleza religiosa, que niega el carácter secular de los movimientos de objeción que han sacudido a España e Italia durante los años setenta y ochenta³⁵. Por lo tanto, surge la duda de si la construcción de definiciones y tipos ideales encubre una finalidad política: reducir el impacto de los movimientos de insumisión a la ley a cuestiones privadas que hay que resolver sin poner en cuestión la relación, a menudo dialéctica, entre el individuo y la comunidad política y entre la ética privada y la ética pública. Ahora bien, esta solución de compromiso -considerar que ciertas decisiones quedan amparadas por el derecho a la *privacidad* y, por lo tanto, constituyen cuestiones de moralidad privada-, que en muchos casos resulta inevitable por la intensidad de las convicciones de los objetores, debe tomar en consideración el hecho de que las decisiones individuales siempre tienen consecuencias colectivas. Como demuestra el hecho -particularmente notorio en los Estados Unidos- de la presencia casi exclusiva de las clases más desfavorecidas en el colectivo de los militares de carrera, justamente a raíz de la derogación del servicio militar obligatorio después del conflicto en Vietnam³⁶, las peticiones de tomar en serio el derecho a la privacidad moral pueden producir consecuencias que para los mismos insumisos serían inaceptables.

4. LA OBJECCIÓN A LA OBLIGATORIEDAD DE LA ASIGNATURA DE EDUCACIÓN PARA LA CIUDADANÍA DEMOCRÁTICA: EL LADO OSCURO DE LA PRIVACIDAD MORAL

En este apartado final, intentamos aplicar nuestro planteamiento a las razones ofrecidas por algunos partidarios del ejercicio de la objeción de conciencia contra de la introducción de la asignatura de Educación para la Ciudadanía.

Como es sabido, la asignatura fue introducida por la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de abril, que preveía un curso en primaria (llamada Educación para la Ciudadanía y los Derechos Humanos), uno en cada etapa de secun-

7; y más recientemente K. BROWNLIE, *Conscience and conviction*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

³⁵ J.L. GORDILLO, *La objeción de conciencia. Ejército, individuo y responsabilidad moral*, Paidós, Barcelona 1993, pp. 114-115.

³⁶ Véase M. SANDEL, *Justice. What's the right thing to do?*, Farrar, Strauss and Giroux, New York, 2009, pp. 47 y ss.

daria (llamada Educación Ético-Cívica en la segunda etapa de ESO) y, finalmente, en bachillerato (llamada Filosofía y Ciudadanía). La polémica ley de 2006 (LOE) ha sido derogada, en parte, por la, igualmente polémica, Ley Orgánica 8/2013 para la Mejora de la Calidad Educativas (LOMCE)³⁷. Por lo tanto nuestras observaciones tienen un alcance crítico muy reducido, ya que no pretendemos clarificar si las pretensiones de los objetores –y de sus mentores instalados en las instituciones religiosas– han sido satisfechas por los cambios ocurridos durante la legislatura 2011-2015³⁸, sino tan solo determinar si aquellas son subsumibles en la objeción entendida como un «acto privado» en relación con la violación de una “privacidad moral”.

Los objetores, es decir, los padres que decidían impedir que la asignatura en cuestión fuera impartida a sus hijos, recurrían a dos argumentos: 1) que el Estado no tiene derecho de educar en formas particulares de moralidad, en la medida en que ello equivaldría al adoctrinamiento de los estudiantes y, por tanto, a la violación del principio de neutralidad del Estado; 2) que solo los padres tienen este derecho, dado que son ellos los que velan por el bienestar de sus hijos. Ambos argumentos hacían hincapié en la interpretación de varios artículos de la Constitución Española (en particular, los arts. 16.1 y 27.3) que, según los objetores, proclaman el carácter éticamente neutral y subsidiario de la educación pública –y, en esa medida, que la educación (entendida como “instrucción”) debe proporcionar solo nociones y habilidades técnicas, pero en ningún caso aleccionar en el ámbito de los valores o propiciar el desarrollo del sentido crítico-moral-. Según los objetores, de esta segunda tarea debe considerarse responsable la sociedad, es decir los padres en su libre elección del centro escolar³⁹. Por otra parte, autores de adscripción liberal presentaron consideraciones críticas mucho más incisivas y advertían de los riesgos asociados a la implantación una asignatura ineficaz –o, peor

³⁷ Sobre la LOMCE renviamos a O. CELADOR ANGÓN, “Derecho a la educación y libertad de enseñanza en la LOMCE”, *Derechos y Libertades*, núm. 35, 2016, 185-214.

³⁸ Se hace notar que además de eliminar la polémica asignatura, se han reducido las horas obligatorias de filosofía y de Historia de la Filosofía dejando estas asignaturas como obligatorias sólo en la rama de Bachiller en Ciencias Humanas. Por otra parte hay quien observa un repunte del número de estudiantes que cursa Religión en Bachiller simplemente por razones estratégicas, mientras que hay otros que observan cómo el Real Decreto 1105/2014 establece el carácter específico de la asignatura, por lo tanto determinable por cada comunidad, y la reduce a una asignatura optativa a elegir entre otras doce. Siendo la materia tan compleja no se aborda en esta sede.

³⁹ D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2009, pp. 22-34.

todavía, que brindara a los poderes públicos un instrumento de formación ideológica⁴⁰-. Los casos de objeción fueron objeto de varios fallos judiciales, que generalmente desestimaron las pretensiones de los padres objetores. Sin embargo, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sentencia de 4 de marzo 2008) dictaminó a favor de la objeción de conciencia y declaró que los padres tenían derecho a objetar porque no se había proporcionado suficiente contenido a la asignatura y, por lo tanto, cabía el riesgo de adoctrinamiento de los hijos (FJ 4)⁴¹.

El Tribunal Supremo resolvió la controversia y, en su Sentencia de 28 de enero de 2009, casó la resolución judicial del Tribunal de Justicia de Andalucía. El Alto Tribunal sostuvo que el ordenamiento jurídico no acoge un derecho a la objeción de conciencia sobre la asignatura de Educación para la Ciudadanía⁴². Nos parece pertinente citar la siguiente afirmación del ponente de la Sentencia (apdo. 3):

“En su escrito de oposición a los recursos de casación, los demandantes insisten en varias ideas generales: [...] que es a los padres a quienes corresponde naturalmente educar a los hijos; que su conciencia no se siente inquietada por la transmisión de conocimientos científicos y culturales a través del sistema educativo, sino por el adoctrinamiento que se busca con la materia obligatoria Educación para la Ciudadanía; que la existencia de esta atenta contra la autonomía de los centros docentes y de su derecho a tener un ideario; y, en suma, que el Estado no puede imponer una única moral para todos”.

Los argumentos aquí recogidos manifiestan, en nuestra opinión, los caracteres de la versión de la objeción de conciencia como garantía de la privacidad moral, como ámbito sobre el que cabe solo el control bien del titular de este ámbito, bien de su tutor, en este caso los padres. Y nos parece evidente el carácter apodíctico de la argumentación que justifica la interpretación de los objetores de los artículos 16.1 y 27.3 CE:

- 1) Es “natural” que sean solo los padres los que eduquen a los niños (¿En qué sentido? ¿Por instinto, por razones morales o por razones culturales? ¿Y por qué hay que asumir que la tarea de la educación

⁴⁰ Ivi pp. 35-38.

⁴¹ El texto del fallo está disponible en: <http://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1027776> (consultado el 20 de octubre 2016).

⁴² El texto está disponible en: <[http://servidormanes.uned.es/mciud/documentos/debate_ciudadania/Sentencia_TS\[1\].pdf](http://servidormanes.uned.es/mciud/documentos/debate_ciudadania/Sentencia_TS[1].pdf)> (consultado el 20 de octubre 2016).

- implica necesariamente un conflicto entre los padres y la administración pública?);
- 2) No hay duda de que la educación cultural o científica no puede ser una fuente de la inquietud en la conciencia de los padres (¿Y si lo fuera? ¿Si su conciencia se sintiera inquietada por unas tesis científicas, por ejemplo la evolución de las especies, esto justificaría la objeción? ¿Y cuándo una asignatura tiene carácter no cultural o no científico?);
 - 3) Finalmente, está claro que la asignatura tiene una finalidad de adoctrinamiento que, por definición, imposibilita y restringe la libertad de conciencia de las familias y la libertad de educación de los centros (¿Cada indicación de un temario donde aparezcan temas éticos en cualquiera asignatura es un atentado al ideario del centro o a las convicciones de los padres?).

La argumentación nos parece apodíctica en la medida en que supera las objeciones planteadas a cada tesis solo si partimos de la premisa de que son los padres, y los centros que ellos eligen, los que tienen la última palabra sobre cada una de las cuestiones planteadas. Si admitimos que no son (sólo) ellos los que deben decidir, entonces las tesis arriba expuestas no parecen tan indiscutibles y, por lo tanto, la intervención pública a través de la introducción de una nueva asignatura es legítima. A menos que se afirme, como parece colegirse de los argumentos de los objetores, que la determinación del bienestar de los niños es “una cuestión de familia” o una “cuestión privada” sobre las que los padres pueden ejercer la objeción de conciencia⁴³. A nuestro modo de ver, si, por el contrario, los objetores se plantearan la opción de ejercer un acto de desobediencia civil, los términos del debate cambiarían. Mediante el rechazo a que los niños cursen la asignatura no se denunciaría la violación de un derecho a la privacidad moral, sino la ilegalidad (o injusticia) de una ley por su contenido doctrinario determinado y por la manera en la que se impone; dicho en otros términos: no se protestaría por el hecho de que el Estado pueda presentar una nueva asignatura con un debatible contenido en valores⁴⁴.

⁴³ Sobre el planteamiento que considera a los padres sujetos soberanos en relación con la educación de los hijos renviamos a E. DICIOTTI, “Il valore dell’istruzione, l’insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana”, *Diritto e questioni pubbliche*, núm. 9, 2009, pp. 111-112, y 128-129. Disponible en: <http://www.dirittoequestionipubbliche.org/page/2009_n9/02_mono-03_E_Diciotti.pdf>, que cita la doctrina de tipo anarco-capitalista de Rothbard, que ve a los padres como “dueños” de los hijos, hasta su mayoría de edad.

⁴⁴ Nos parece que en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se aprecia exactamente este planteamiento. Por una parte, se reconoce una falta de información

Esta conclusión puede parecer sorprendente y equivocada. ¿Cómo una definición formal de un acto de protesta puede determinar (al menos parcialmente) los contenidos de las pretensiones de los que manifiestan su disconformidad? ¿Acaso tienen razón los que sostienen que los planteamientos sobre los que se basa la desobediencia civil constituyen, en realidad, doctrinas comprensivas o abarcativas del bien, en términos de Rawls, que asumen una primacía de la vida política sobre otros estilos de vida? Creemos que se puede responder a esta crítica aclarando simplemente un extremo: los desobedientes civiles intentan instaurar un diálogo (pero no siempre únicamente un diálogo⁴⁵) con los poderes públicos y con el resto de la ciudadanía⁴⁶. Este punto parece implicar la idea de que las instituciones públicas intentan realizar unos valores en su relación con la ciudadanía –y no solo ofrecer servicios para los que los aceptan, y pagan por ellos o únicamente garantizar los derechos de propiedad y otros derechos de no intervención. Si esto es así, y si aceptamos que la labor educativa implica siempre una referencia a unos valores (como pueden ser el sacrificio personal, el compromiso hacia la claridad, la exactitud, la transparencia de nuestras preferencias subjetivas, el sentido crítico⁴⁷), entonces el desobediente –que pretende realizar un conjunto de valores que considera válidos, al menos para el funcionamiento de las instituciones públicas–, no puede rechazar la idea de que el Estado tenga y pueda ejercer la autoridad para incluir en los planes de estudio una asignatura que tiene por objeto valores. El desobediente puede, sin embargo, protestar contra el modo en que estos se presentan y contra la forma en que se van a estudiar si hay libertad docente, participación de los consejos escolares y flexibilidad de los centros educativos para presentar y discutir los conteni-

por parte de la Consejería de Educación, por otra parte se reconoce un derecho a la privacidad moral, como derecho de los padres a que no se adoctrine a sus hijos.

⁴⁵ Como todo movimiento de protesta, una práctica de desobediencia civil presenta también estrategias de presión frente a los poderes públicos.

⁴⁶ Una excepción la constituiría el planteamiento subjetivista de la desobediencia civil presentado por H. D. Thoreau, que considera la conciencia individual como el juez último de cualquiera obligación jurídica. Sobre el tema nos permitimos renviar a F. BIONDO, *Desobediencia civil y teoría del derecho*, cit., pp. 190-193.

⁴⁷ No afirmamos que cada desobediente civil asume o acepta la idea de que impartir una asignatura implica también una educación en valores. Asumimos que si lo hace, entonces defendería el derecho del Estado de impartir o imponer una nueva asignatura con un contenido de valores. Tampoco afirmamos que una persona que estudia sea por lo tanto una persona buena. Nos limitamos a sostener la insostenibilidad de quien afirma que la asignatura de Educación para la Ciudadanía fuera diferente de otras asignaturas en cuanto que vehicula valores, y no solo nociones.

dos de la asignatura⁴⁸. Es ahí donde, a nuestro parecer, se esconde el adoctrinamiento o el riesgo de resucitar el hegeliano Estado ético y no simplemente en el mero hecho de que haya asignaturas que tienen por objeto valores⁴⁹.

5. CONCLUSIÓN

La conclusión de nuestra argumentación, por lo tanto, constituye una paradoja para los teóricos liberales como Raz y Gascón Abellán. Estos autores afirman el primado de la justificación de las prácticas de objeción de conciencia frente a la justificación de las prácticas de desobediencia civil: según ellos, el Estado debe otorgar una facultad a los objetores precisamente porque no quieren convencer a los demás de sus razones, sino que pretenden (solo) el respeto de su privacidad moral. Pero si es así, esta primacía encubre un “lado oscuro”: el riesgo de que cada uno quiera un continuo (y selectivo) derecho de salida respecto de sus obligaciones hacia terceros. Por citar a Hirschmann, un primado del derecho de “salida” frente a la obligación de tomar la palabra, por parte de los ciudadanos, y, por parte

⁴⁸ Véase sobre el tema, D. LLAMAZARES FERNÁNDEZ, *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, cit., pp. 129-142, donde el autor explica los mecanismos que evitan que la asignatura se transforme en una forma de adoctrinamiento. No compartimos la crítica hacia esta decisión del Tribunal Supremo de I. TRUJILLO (“Il disaccordo nello stato costituzionale di diritto. A proposito di alcune sentenze recenti del Tribunal Supremo spagnolo sul diritto generale all’obiezione di coscienza”, *Diritto & questioni pubbliche*. Disponible en: <http://www.dirittoquestionipubbliche.org/page/2009_n9/02_mono-05_I_Trujillo.pdf> crítica según la cual se trata de una decisión “incoherente” (p. 159). Desde nuestro punto de vista, no es el contenido valorativo de una asignatura lo que determina que constituya una forma de “adoctrinamiento”. sino el modo en que tal asignatura es impartida –es decir sin dejar ninguna posibilidad de participación de los padres, de los profesores, o del Consejo Escolar. Más complicada nos parece la cuestión de si se puede justificar en un sistema público de enseñanza la impartición de la asignatura de Religión. No nos detendremos sobre este tema por razones de espacio. Sin embargo, consideramos que el punto antes mencionado se aplica también a planteamientos como el de E. DICIOTTI, “Il valore dell’istruzione, l’insegnamento della religione e le scuole confessionali nella Costituzione italiana”, cit. pp. 134-136 que niegan la misma posibilidad de que se enseñe, de manera optativa, una asignatura de Religión.

⁴⁹ Además es bien sabido que la asignatura de Educación para la ciudadanía era resultado de la Recomendación del Consejo de Europa 12/2002 sobre Education for Democratic Citizenship, y de la Recomendación del Parlamento Europeo y el Consejo sobre el Lifelong learning de 18 de diciembre 2006.

de las autoridades, de escuchar la “voz” de quien protesta⁵⁰. Esta doble obligación, que tiene un carácter moral en el caso de los ciudadanos –y que, como parece inferirse, seguramente es un deber legal en el caso de los poderes públicos–, constituye la dimensión de la “lealtad”. Por el contrario, si la justificación de la objeción de conciencia –en lo que concierne a acciones con consecuencias evidentes en relación con los derechos de los demás– reposa en un derecho a la privacidad moral, entonces se corre el riesgo de que cada relación política sea reducible a una relación de mercado donde no hay lugar para ninguna forma de lealtad y, por lo tanto, se hace difícil encontrar un punto de equilibrio entre la libertad de conciencia y los demás derechos constitucionales. En este caso, más que fomentar el pluralismo de las convicciones, tal y como defiende Raz, se trataría de aceptar como inevitables formas siempre más extremas de *zoning moral* (confinamiento moral), en las que la regulación a través de leyes generales y abstractas tendría que retroceder para reconocer ámbitos privados de elección sin importar las consecuencias que este “confinamiento” pueda tener en los derechos de los otros ciudadanos.

FRANCESCO BIONDO
Dipartimento di Giurisprudenza
Università degli Studi di Palermo
Piazza Bologni 8
90133 Palermo Italia
e-mail: francesco.biondo@unipa.it

⁵⁰ A. HIRSCHMAN, *Exit, Voice and Loyalty*, Cambridge University Press, Cambridge Mass. 1970. Nos parece relevante resaltar que precisamente Hirschman usa el ejemplo de la elección entre dos colegios, uno público y uno privado, para explicar la elección entre “salida” y “voz”. Si se elige el colegio público se manifiesta una forma de lealtad hacia el bien público “educación”, lealtad que se ejerce a través de la voz, mientras que eligiendo un colegio privado se decide no cooperar con el mantenimiento de la educación como un bien público en cuanto que se prefiere salir, aunque pagando un coste monetario más alto. Ivi pp. 100-105. Naturalmente se trata de un tipo ideal en cuanto que la educación pública se financia a través de los impuestos, por lo tanto los que prefieren un colegio privado siguen cooperando a través de sus impuestos con el mantenimiento del bien público “educación”. Sin embargo, la cuestión se hace más complicada cuando se ofrecen deducciones para el pago de las tasas de inscripción en estos colegios, en cuanto que se reduce la base imponible y se incentivan a las clases más adineradas para que envíen a sus hijos a colegios exclusivos.

**EL DERECHO (FUNDAMENTAL) A CONSTITUIR UNA FAMILIA. EL
"ESTADO DEL ARTE" EN ITALIA, A LA LUZ DEL ORDENAMIENTO
JURÍDICO DE LA UNIÓN Y DEL SISTEMA CEDH***

*THE (FUNDAMENTAL) RIGHT TO FOUND A FAMILY. THE "STATE OF
THE ART" IN ITALY, IN LIGHT OF EUROPEAN LAW AND THE ECHR
LEGAL SYSTEM*

ANGELO VIGLIANISI FERRARO
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria

Fecha de recepción: 12-4-17

Fecha de aceptación: 14-6-17

Resumen: *El trabajo se ocupa del desarrollo del derecho (fundamental) a constituir una familia en Italia, tomando en consideración el importantísimo rol que han desempeñado concretamente la normativa y la jurisprudencia supranacionales.*

Abstract: *The paper deals with the development of the (fundamental) right to found a family in Italy, taking in consideration the very important role of the supranational rules and Courts decisions.*

Palabras clave: derecho fundamental a constituir una familia, parejas del mismo sexo, normas de la Unión Europea, sistema Convenio Europeo Derechos Humanos

Keywords: fundamental right to found a family, same-sex couples, European Union rules, European Covenant Human Rights case-law

* Le agradezco la revisión de la traducción al español de este trabajo a los profesores María del Rosario Sánchez Valle y Juan Pablo Pérez Velázquez. Cualquier error solo puede ser atribuible al autor.

1. LA IDEA (CONSTITUCIONAL) ITALIANA DE FAMILIA (LEGÍTIMA) COMO “SOCIEDAD NATURAL FUNDADA EN EL MATRIMONIO” Y LOS DERECHOS RECONOCIDOS A LAS PAREJAS DE HECHO

La Constitución italiana, en el art. 29 habla de familia legítima como de una sociedad natural fundada en el matrimonio (constituida a través de aquel vínculo jurídico que deriva de un preciso negocio jurídico regulado en el Código Civil). A pesar de eso, el mismo Constituyente ha reconocido la importancia de garantizar la tutela a los hijos nacidos fuera del matrimonio.

La familia de hecho es aquella constituida por personas que, aunque no están unidas en matrimonio, conviven “*more uxorio*”, adquiriendo así cierta relevancia jurídica¹.

A las parejas heterosexuales no casadas se les ha reconocido con el tiempo, por ejemplo, el derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento en caso de fallecimiento del arrendatario (art. 6, Ley n. 392/1978 modificado por la sentencia del Tribunal Constitucional n.º 404/1988²); el ejercicio de acciones para la tutela de la posesión de la casa donde conviven; el derecho al resarcimiento del daño en caso de muerte de la pareja³, la posibilidad de acceder a las técnicas de reproducción asistida (art. 5, Ley 19 febrero 2004, n. 40), el derecho a no declarar en un proceso penal en el que está imputada su pareja (art. 199.3, Cod. Proc. Pen.), la legitimación para presentar una instancia con la que solicitar el nombramiento de “*amministratore di sostegno*” (de tutor o curador) sobre la pareja enferma (art. 417 CC), legitimación para obtener tutela judicial en supuestos de violencia en las relaciones familiares (arts. 330, 333, 342-*bis* y 342-*ter* CC) y además la facultad de disfrutar de una serie de prestaciones de carácter social (como la asignación de Viviendas de Protección Oficial), en un tiempo reservado sólo a los cónyuges⁴.

¹ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones en materia de parejas de hecho. Vid., por todas, las sentencias n.º 6 de 1977; n.º 45 de 1980; n.º 237 de 1986; n.º 404 de 1988; n.º 423 de 1988; n.º 310 de 1989; n.º 559 de 1989; n.º 8 de 1996; n.º 2 de 1998; n.º 166 de 1998; n.º 352 de 2000; n.º 461 de 2000; n.º 491 de 2000; n.º 204 de 2003; n.º 86 de 2009; n.º 140 de 2009; n.º 7 de 2010; n.º 138 de 2010; n.º 170 de 2014.

² La sentencia del Tribunal Supremo n.º 5544/94 ha extendido tal derecho a las parejas del mismo sexo que conviven *more uxorio*.

³ Cabe señalar que por la sentencia del Tribunal Supremo n.º 33305/02 el derecho en cuestión también ha sido concedido a las parejas homosexuales.

⁴ Otros derechos reconocidos también a la pareja homosexual son aquellos indicados en los arts. 14 *quater* y 18 del Reglamento penitenciario, según los cuales la pareja tiene el de-

Por el contrario, siempre ha estado excluida la aplicación analógica de todo el cuerpo normativo dictado para la tutela de la familia legítima, así como las disposiciones singulares creadas para garantizar los derechos de las personas que forman parte del núcleo social formado con el matrimonio (piénsese en la regulación de la empresa familiar a la que se refiere el art. 230.bis.).

No obstante, semejante práctica en contra de las parejas de hecho fue inmediatamente entendida incompatible con las disposiciones de otros países del Viejo Continente y, sobre todo, no ajustada a una serie de derechos reconocidos en diversas Declaraciones internacionales, según la interpretación de los jueces encargados de garantizar la protección de las personas en Europa.

Sin embargo, se ha debatido constantemente la necesidad de reconocer a cada individuo el derecho a la vida familiar establecido en los arts. 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁵; en los arts. 8, 12 y 14 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (también conocido como Convención Europea de Derechos Humanos)⁶; en el art. 23 del Pacto Internacional de Derechos

recho a visitar a la persona detenida; en la Ley 91/99 sobre donación de órganos (con base en que el conviviente *more uxorio* tiene que ser informado acerca de la naturaleza y las circunstancias relativas a la extracción de órganos y tiene también el derecho de oponerse a tal procedimiento); en el art. 681 del Código procesal penal relativo a la petición de indulto (que puede ser firmada por la pareja); en la Circular n.º 8996 emanada del Ministro del Interior italiano el 26 octubre de 2012, cuyo objeto eran las uniones del mismo sexo y los permisos de residencia en atención al decreto legislativo n. 30/2007. Digna de mención es, además, la inserción de las parejas de los parlamentarios que sean homosexuales en el régimen del seguro sanitario. Por otra parte, la sentencia n.º 7176/12 del Tribunal de Apelación de Milán, Sección Trabajo, ha reconocido a la pareja del mismo sexo el derecho a ser inscrito en el seguro sanitario de la pareja empleada.

⁵ Estas disposiciones establecen, respectivamente, que “nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques” y que “los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”.

⁶ Según el art. 8 del CEDH, “1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa

Civiles y Políticos⁷, y, más recientemente, en los arts. 7 y 9 de la Carta de Niza⁸.

El presente trabajo se ocupará básicamente del desarrollo del derecho (fundamental) a constituir una familia en Italia, tomando en consideración el importantísimo rol que han desempeñado concretamente la normativa y la jurisprudencia supranacionales.

2. LA TESIS TRADICIONAL CONTRARIA A LA PROTECCIÓN DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO Y EL FRACASO DEL PROYECTO DE LEY DICO

A pesar de las innumerables concesiones a favor de las parejas que conviven *more uxorio*, en Italia siempre ha sido considerado correcto (y constitucionalmente lícito) reservar determinados derechos solo a las familias legítimas (tratando de no lesionar la posición de los “hijos naturales”, es decir, los nacidos fuera del matrimonio).

E incluso no se consideró, hasta hace algunas décadas, otorgar cualquier forma de tutela o protección a las parejas compuestas por personas del mismo sexo⁹.

del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”. El art. 12 dispone, en cambio, que “A partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”.

⁷ Por el cual “1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. 2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello. 3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes. 4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos”.

⁸ El art. 7 de la Carta de Niza afirma que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de sus comunicaciones”; mientras el art. 9 establece que “se garantizan el derecho a contraer matrimonio y el derecho a fundar una familia según las leyes nacionales que regulen su ejercicio”.

⁹ Para una visión general del problema relativo a la situación de las parejas del mismo sexo en el ordenamiento jurídico italiano, vid., por todos, V. MAZZOTTA, “Le relazioni omosessuali in Italia”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, pp. 163 ss.; F. BOCCHINI (a cura di), *Le convivenze familiari. Diritto vivente e proposte di riforma*, Torino, 2006; E. ROSSI – N. PIGNATELLI, “La tutela costituzionale delle forme di convivenza familiare diverse dalla famiglia” en S. PANIZZA – R. ROMBOLI (a cura di), *L’attuazione della Costituzione. Recenti riforme e ipotesi di revisione*, Pisa,

En 2007 fue presentado un Proyecto de Ley, denominado DiCo (acrónimo de “Derechos y deberes de las personas que conviven de forma estable”) para garantizar la posición de las parejas no casadas¹⁰.

Su regulación venía referida a «dos personas mayores de edad, también del mismo sexo, unidas por vínculos recíprocos de afectividad, que conviven y se prestan asistencia y ayuda material y moral mutua, no ligadas por un vínculo matrimonial, parentesco en línea recta, adopción, filiación, tutela, curatela o “amministrazione di sostegno”, como titulares de los derechos y facultades establecidas en la presente ley”. Según el DDL, la convivencia tenía que ser “probada por los resultados derivados del padrón municipal”.

La declaración podía hacerse simultáneamente, pero en ausencia de ésta, «el miembro de la pareja que la hace tiene la carga de comunicarla mediante carta certificada con acuse de recibo al otro miembro de la pareja». No podían acceder a los derechos previstos en la ley los condenados (tampoco los acusados) por “homicidio consumado o tentativa de homicidio sobre el cónyuge del otro o sobre la persona con la que el otro convivía”, así como las personas “vinculadas por relaciones contractuales, también laborales, que comporten necesariamente la vida en común”.

2006, pp. 208 ss.; G. BRUNELLI, “Matrimonio same-sex e unioni civili: alla ricerca di una tutela costituzionale e sovranazionale”, en *www.forumcostituzionale.it*; A. RUGGERI, “Idee sulla famiglia e teoria (e strategia) della Costituzione”, *Quad. cost.*, 2007, pp. 753 ss.; Id., “Il diritto al matrimonio e l’idea costituzionale di “famiglia””, *Nuove aut.*, 2012, p. 37 ss.; Id., “Le unioni tra soggetti dello stesso sesso e la loro (innaturale...) pretesa a connotarsi come “famiglie””, en *www.forumcostituzionale.it*; L. VIOLINI, “Il riconoscimento delle coppie di fatto: *praeter o contra constitutionem?*”, *Quad. cost.*, 2007, pp. 394 ss.; B. PEZZINI (a cura di), *Tra famiglie, matrimoni e unioni di fatto. Un itinerario di ricerca plurale*, Napoli, 2008; V. TONDI DELLA MURA, “La dimensione istituzionale dei diritti dei coniugi e la pretesa dei diritti individuali dei conviventi”, *Quad. cost.*, 2008, pp. 125 ss.; F. BILOTTA, “La convivenza tra persone dello stesso sesso è ancora un tabù?”, *Resp. civ. prev.*, 2010, pp. 412 ss.; N. PIGNATELLI, “Dubbi di legittimità costituzionale sul matrimonio “eterosessuale”: profili processuali e sostanziali”, en *www.forumcostituzionale.it*; B. NASCIMBENE, “Unioni di fatto e matrimonio fra omosessuali. Orientamenti del giudice nazionale e della Corte di giustizia”, *Corr. giur.*, 2010, pp. 107 ss.; M. SEGNI, “La disciplina dell’omosessualità: Italia ed Europa a confronto”, *Fam. pers. succ.*, 2010, pp. 252 ss.; E. ROSSI, “Il riconoscimento delle coppie di fatto: alla ricerca di una sintesi”, *Quad. cost.*, 2010, pp. 388 ss.; M. MELI, “Il matrimonio tra persone dello stesso sesso. L’incidenza sul sistema interno delle fonti sovranazionali”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, pp. 451 ss.; T. AULETTA, “Ammissibilità nell’ordinamento vigente del matrimonio fra persone del medesimo sesso”, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, pp. 654 ss.; G. COSCO, “Le unioni omosessuali e l’orientamento della Corte costituzionale”, *Giust. Civ.*, 2011, p. 485; G. FERRANDO, “Matrimonio same-sex: Corte di Cassazione e giudici di merito a confronto”, *Corr. giur.*, 2015, pp. 909 ss.

¹⁰ El documento está disponible en www.senato.it/service/PDF/PDFServer/BGT/00253559.pdf.

El proyecto de ley regulaba las cuestiones relativas a la asignación de Viviendas de Protección Oficial (confiando a las regiones la tarea de tener en cuenta las parejas registradas para la formulación de la clasificación); a la subrogación en el contrato de arrendamiento (consentida por la pareja “siempre que la convivencia dure al menos tres años o tengan hijos comunes”); a la tutela del puesto de trabajo (tratando de favorecer, en la disciplina de los traslados y atribuciones de sede de los funcionarios públicos y privados, la conservación de la residencia común y estableciendo derechos similares a los previstos en el art. 230 bis en relación a la empresa familiar); y, a las obligaciones alimenticias (debidas en las hipótesis en las cuales la pareja se encuentra en estado de necesidad y no sea capaz de subsistir por sus propios medios, «por un periodo determinado en proporción a la duración de la convivencia» y salvo que «el que tiene derecho contraiga matrimonio o inicie una nueva convivencia registrada en el Registro»).

Pero, el documento normativo fijaba, sobre todo, importantes reglas en materia de “herencia”¹¹, “de asistencia por enfermedad y hospitalización”¹² y de “tratamiento de la Seguridad Social y pensiones”¹³.

¹¹ Según el proyecto de ley, “transcurridos nueve años del inicio de la convivencia, la pareja concurre en la sucesión intestada”, teniendo derecho “a un tercio de la herencia si a la sucesión concurre con un solo hijo y a un cuarto si lo hace con dos o más hijos”. En particular, el DDL preveía que «en caso de concurrencia con ascendientes legítimos o con hermanos y hermanas aunque sean medio hermanos la pareja tiene derecho a la mitad de la herencia». Si no hay hijos o hermanos y hermanas “dos tercios de la herencia”, mientras “en ausencia de otros parientes dentro del tercer grado en línea colateral, toda la herencia”. La ley especificaba después, desde un punto de vista fiscal, que “cuando la masa hereditaria se transmite de un miembro de la pareja a la otra, el tipo aplicable al valor global neto de los bienes será del 5% sobre el valor del valor total neto que exceda de los 100.000 €”.

¹² Después de haber aclarado que “los Hospitales y servicios de asistencia pública y privada regulan el ejercicio del derecho de acceso de visita y asistencia en el caso de enfermedad y hospitalización de su pareja”. El texto normativo precisaba que “cada pareja pueda designar al otro como representante en a) caso de enfermedad que comporte incapacidad de entender y querer, para tomar las decisiones en materia de salud, con los límites previstos por las disposiciones vigentes, b) en caso de muerte, por cuanto concierne, al modo de tratamiento del cuerpo y a la celebración del sepelio. Esta designación se efectúa mediante un documento escrito y firmado. En caso de imposibilidad de redactarlo se celebra un proceso verbal en presencia de tres testigos que lo suscriben y firman”.

¹³ El Proyecto de Ley preveía que en sede de reordenación de la normativa de Seguridad Social y Pensiones, la ley disciplina el tratamiento que debe darse a la pareja, estableciendo como requisito una duración mínima de convivencia proporcionando las prestaciones según la duración de la misma y teniendo en cuenta las condiciones económicas y patrimoniales del miembro de la pareja supérstite.

El proyecto de reforma del marco normativo existente en el sector del derecho de familia nunca entró en vigor por oposición de importantes grupos políticos, de naturaleza sobre todo católica.

3. LA RECIENTE APERTURA JURISPRUDENCIAL DE LOS TRIBUNALES ITALIANOS Y LOS REGISTROS DE LAS UNIONES CIVILES

A pesar del fracaso del intento de garantizar en vía legislativa los derechos de las parejas del mismo sexo, los jueces italianos se han mostrado particularmente sensibles a la posición de los homosexuales.

El 3 de abril de 2009 el Tribunal de Venecia planteó, en relación a los arts. 2, 3, 29 y 117, apartado primero de la Constitución, cuestión de inconstitucionalidad de los artículos 93, 96, 98, 107, 108, 143, 143-bis, 156-bis del Código Civil, “en la parte en la que, interpretados sistemáticamente, no permiten que las personas de orientación homosexual puedan contraer matrimonio con personas del mismo sexo”.

Este primer acto, que invoca también la violación de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, del Convenio Europeo Derechos Humanos y de la Carta de Niza (de las que se deriva “un derecho fundamental de la persona... a casarse o no casarse, y de elegir por sí mismo al cónyuge”, relativo a “la esfera de la autonomía y de la individualidad”, en la que “el Estado no puede intervenir, si no existen intereses prevalentes incompatibles, en este caso no perceptibles”) se ha añadido una segunda, emitida por el Tribunal de apelación de Trento en agosto del 2009. Y a estas han seguido, sucesivamente, las del Tribunal de apelación de Florencia y del Tribunal Civil de Ferrara.

El 15 de abril de 2010, la sentencia n.º 138¹⁴ del Tribunal Constitucional desestimó las apelaciones del Tribunal de Venecia y del Tribunal de apelación de Trento por inadmisibles (en relación con los arts. 2 y 117 de la Constitución¹⁵), puesto que la cuestión no forma parte de las competencias

¹⁴ Para consultar comentarios a la sentencia, vid. N. COLAIANNI, “Matrimonio omosessuale e Costituzione”, *Corr. giur.*, 2010, pp. 845 ss.; M. GATTUSO, “La Corte costituzionale sul matrimonio tra persone dello stesso sesso”, *Fam. dir.*, 2010, pp. 653 ss.; L. MORLOTTI, “Il no della Consulta al matrimonio gay”, *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 1505 ss.; P. PALERMO, “Uguaglianza e tradizione nel matrimonio: dall’adulterio alle unioni omosessuali”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2010, II, pp. 537 ss.; R. PINARDI, *La Corte, il matrimonio omosessuale ed il fascino (eterno?) della tradizione*, *Ibidem*, pp. 527 ss.; A. PUGIOTTO, “Una lettura non reticente della sent. n. 138/2010: il monopolio eterosessuale del matrimonio”, en *www.forumcostituzionale.it*.

¹⁵ El Tribunal evidencia que las normas supranacionales citadas no exigen en absoluto «la plena equiparación de las uniones homosexuales a las reglas previstas por las uniones

del Tribunal, e infundados (en relación a los arts. 3 y 29 de la Constitución), “en cuanto las uniones entre homosexuales no pueden ser consideradas similares al matrimonio”.

Posteriormente, con los actos n° 276, de 22 de julio de 2010¹⁶ y n° 4, de 5 de enero de 2011¹⁷, fueron desestimados por motivos análogos los recursos del Tribunal de apelación de Florencia y del Tribunal de Ferrara.

Fundamental importancia reviste la declaración de principios contenida en la decisión n° 138/2010 de la Consulta italiana, que introduce definitivamente los derechos de las parejas homosexuales entre aquellos protegidos en el art. 2 de la Constitución, afirmando que “por formación social debe entenderse cualquier forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y facilitar el libre desarrollo de la persona en la vida social, en un contexto de revalorización del modelo plural. Este concepto incluye también la unión homosexual, entendida como convivencia estable entre dos personas del mismo sexo, a las que corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una relación de pareja, obteniendo –en los tiempos, modos y con los límites establecidos por la ley– el reconocimiento jurídico de los correspondientes derechos y deberes”¹⁸.

El Tribunal Constitucional aclara que «corresponde al Parlamento, en el ejercicio de su plena discrecionalidad, establecer las formas de garantizar y reconocer estas uniones, quedando reservada al Tribunal Constitucional la posibilidad de intervenir para la tutela de situaciones específicas (como su-

matrimoniales entre hombre y mujer», en realidad, «la remisión a las leyes nacionales... confirma que la materia es confiada a la discrecionalidad del Parlamento». Para la Consulta, «la constatación de esto se desprende... del examen de la elección y las soluciones adoptadas en numerosos países que han introducido, en algunos casos, una verdadera extensión de la regulación prevista para el matrimonio civil a las uniones homosexuales o, más frecuentemente, formas de tutela muy distintas que van, desde la tendencia de asimilación de esas uniones al matrimonio, a la distinción clara, en términos de efectos, en comparación con el mismo».

¹⁶ Publicada en *Fam. dir.*, 2011, núm. 1, pp. 18 ss., con nota de A. RIVIEZZO, *Sulle unioni omosessuali la Corte ribadisce: “questo” matrimonio non s’ha da fare (se non lo vuole il Parlamento)*.

¹⁷ Se puede consultar en *Giust. civ.*, 2011, núm. 4, pp. 18 ss., con nota de G. COSCO, “Le unioni omosessuali e l’orientamento”..., cit.

¹⁸ Según el Tribunal Constitucional, “se debe excluir, sin embargo, que la aspiración a tal reconocimiento – que exige necesariamente una disciplina de carácter general, destinada a regular los derechos y deberes de los miembros de la pareja – sólo pueda lograrse a través de una equiparación de las uniones homosexuales al matrimonio. Es suficiente el examen, aunque no exhaustivo, de la legislación de los Países que hasta ahora han reconocido estas uniones para asegurar la diversidad de las opciones elegidas”.

cedió con las parejas de hecho: sentencias n.º 559 de 1989 y n.º 404 de 1988). Puede suceder, en efecto, que, en relación con casos particulares, se observe la necesidad de dar un tratamiento homogéneo entre las condiciones de la pareja casada y de la pareja homosexual, tratamiento que este Tribunal puede garantizar mediante el control de razonabilidad».

El 11 de junio de 2014, con la conocida sentencia n.º 170¹⁹, el Tribunal Constitucional ha vuelto a ocuparse indirectamente del tema y ha declarado la inconstitucionalidad de los arts. 2 y 4 de la Ley de 14 de abril de 1982, n.º 164 (Normas en materia de cambio de sexo), y del art. 31, apartado 6, del Decreto Legislativo 1 de septiembre de 2011, n.º 150, en la parte en la que no prevén que la sentencia de cambio de sexo de uno de los cónyuges, que provoca la disolución del matrimonio o el cese de los efectos civiles derivados de la inscripción del matrimonio, permita, de todos modos, si ambos lo solicitan, mantener viva una relación de pareja jurídicamente regulada con otra forma de unión registrada, que tutele adecuadamente los derechos y obligaciones de la pareja misma, con las modalidades establecidas por el legislador²⁰.

¹⁹ Vid. A. RUGGERI, "Questioni di diritto di famiglia e tecniche decisorie nei giudizi di costituzionalità (a proposito della originale condizione dei soggetti transessuali e dei loro ex coniugi, secondo Corte Cost. n. 170 del 2014)", en *www.giurcost.org*; V. BARBA, "Artificialità del matrimonio e vincoli costituzionali: il caso del matrimonio omosessuale", *Fam. dir.*, 2014, p. 866; G. PALMERI y M. C. VENUTI, "L'inedita categoria delle unioni affettive con vissuto giuridico matrimoniale. Riflessioni critiche a margine della sentenza della Corte costituzionale 11 giugno 2014, n. 170 in materia di divorzio del transessuale", *Nuova giur. civ. comm.*, num. 12, 2014, pp. 20553 ss.; R. ROMBOLI, *La legittimità costituzionale del "divorzio imposto": quando la Corte dialoga con il legislatore, ma dimentica il giudice*, *Ibidem*; C. SALAZAR "Amore non è amore se muta quando scopre un mutamento", en *www.confrontocostituzionali.it*; R. CATALDO, "Coppia o famiglia? L'implicito interrogativo lasciato aperto dalla Consulta nella sentenza costituzionale sul c.d. "divorzio imposto"", en *AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, 2014; F. BIONDI, "La sentenza additiva di principio sul c.d. divorzio "imposto": un caso di accertamento, ma non di tutela, della violazione di un diritto", *Forum di quaderni costituzionali*, 2014; F. SAIITTO, "Rettificazione di sesso e 'paradigma eterosessuale' del matrimonio: commento a prima lettura della sent. n. 170 del 2014 in materia di 'divorzio imposto'", en *www.diritticomparati.it*; P. VERONESI, "Un'anomala additiva di principio in materia di "divorzio imposto": il "caso Bernaroli" nella sentenza n. 170/2014", en *www.forumcostituzionale.it*; P. BIANCHI, *Divorzio imposto: incostituzionale ma non troppo*, *Ibidem*; A. RAPPOSELLI, "Illegittimità costituzionale dichiarata ma non rimossa: un "nuovo" tipo di sentenze additive?", en *AIC - Associazione Italiana dei Costituzionalisti*.

²⁰ La cuestión había sido planteada por la I Sez. Civ. del Tribunal de Supremo, con auto interlocutorio de 6 de junio de 2013, n.º 14329, en relación a un caso relativo a una pareja boliviana en la que el marido, como consecuencia de un camino compartido y después del cambio de sexo, consiguió la sentencia de rectificación del tribunal, en la que el encargado del Registro

En la sentencia se lee que «sin embargo, no es posible la *reductio ad legitimitatem*, mediante una “pronuncia manipulativa”, que sustituya el divorcio automático por un divorcio solicitado a instancia de parte, puesto que ello supondría permitir la continuación del vínculo matrimonial entre personas del mismo sexo, en contradicción con el art. 29 de la Constitución», por tanto, será «tarea del legislador introducir una forma alternativa (y diferente del matrimonio) que permita a los cónyuges evitar el paso de un estado de máxima protección jurídica a una situación de absoluta indeterminación». Y,

Civil, llamado a inscribir en el registro de los actos del Ayuntamiento la rectificación del sexo, consideró que debía asumir la obligación de actualizar el registro de los actos del matrimonio, indicando el cese de los efectos civiles del matrimonio (como está previsto en el art. 4 de la ley 164/1982, después sustituido por el art. 31, apartado 6, del D.Lgs. n.º 150/2011). Contra tal decisión, la pareja presentó un recurso, consiguiendo la anulación del tribunal de Módena (que consideraba necesario para la inscripción de la disolución del matrimonio una sentencia del órgano judicial competente). Tal medida fue a su vez impugnada por el Ministerio del Interior y cambiada por el Tribunal de apelación de Bolonia, para el que el matrimonio “rectificado” estaría “privado de su indispensable presupuesto de legitimidad, la diversidad sexual de los cónyuges”. Recurrida en Casación, la controversia permite al Tribunal Supremo afirmar que el “divorcio impuesto”, además de no considerarlo adecuado a «la importancia primordial de formaciones sociales en un contexto constitucional en que es ampliamente compartido la exigencia de reconocer las uniones de hecho... debilita el principio de autodeterminación del sujeto que quiere proceder al cambio de sexo, ya que con tal elección logra la eliminación de cara al futuro del derecho a la vida familiar, que realizó mediante la elección del vínculo matrimonial”. A la luz “del derecho a la preservación de la preexistente dimensión relacional, cuando asume los caracteres de estabilidad y continuidad propios del vínculo conyugal; del derecho a no ser discriminados con respecto a otras parejas casadas, a las que se les reconoce la posibilidad de elegir divorciarse; del derecho de la pareja a elegir si continuar con la relación matrimonial”, el instituto censurado constituye “una injerencia estatal” desmesurada, y contraria también al art. 3 Const., (por la injustificada disparidad de régimen jurídico entre la hipótesis de disolución automática del vínculo conyugal, previsto *ex lege* en el caso de cambio de sexo, y aquellos establecidos por la l. n.º 898 de 1970 y sucesivas modificaciones, en relación a delitos graves, por las que la elección sobre la disolución del matrimonio le es atribuida al otro miembro de la pareja), y el art. 24 Cost. (en la parte en que se prevé la notificación del recurso por rectificación de cambio de sexo al otro miembro de la pareja, sin reconocerle a este último el derecho a oponerse a la disolución del vínculo conyugal en el proceso judicial en cuestión, ni de ejercer el mismo poder en otro proceso). El Tribunal Constitucional, en la sentencia n.º 170/2014, en relación con este último aspecto, pone de manifiesto que efectivamente no existe ningún conflicto, ya que “en cuanto al primer argumento, porque no siendo... configurable un derecho de la pareja no heterosexual a permanecer unida en un vínculo matrimonial, no es, por tanto, concebible cualquier vulneración en el plano de la defensa ... y en cuanto al argumento del art. 3 Const., la peculiaridad del caso de disolución debido a la reasignación de género de uno de los cónyuges en comparación con las otras causas de disolución del matrimonio justifica la disciplina diferente”.

precisa la Consulta, “el legislador está llamado a cumplir tal tarea de forma urgente para superar la ilegalidad de las disposiciones en examen por el déficit actual en la protección de los derechos de los sujetos implicados”.

En espera de tal intervención normativa, para evitar el paso “de un estado de máxima protección jurídica a uno de máxima indeterminación”, es necesario garantizar –como ha aclarado recientemente el Tribunal Supremo– “la conservación del estatuto de los derechos y deberes propios del modelo matrimonial... sujeto a la condición resolutive temporal constituida por la nueva reglamentación señalada en la sentencia”²¹.

Interesante parece, desde este punto de vista, el recorrido que ha llevado al Tribunal Supremo a una constante ampliación de los derechos de las parejas de hecho (también *same sex*).

Alejándose decididamente de posiciones como las expresadas en la sentencia n.º. 4204 de 2 de mayo de 1994 (en la que se estableció que “no existe posibilidad de asimilación alguna entre matrimonio y convivencia *more uxorio*, en cuanto son conceptos totalmente antitéticos”²²), el Tribunal Supremo ha asegurado recientemente que el término “familia” del que se habla en el art. 572 Código Penal “debe entenderse referido a todo consorcio de personas entre las que, por las estrechas relaciones y hábitos de vida, hayan surgido relaciones de asistencia y solidaridad por un considerable periodo de

²¹ Así Cass. civ. N.º. 8097 de 21 de abril de 2015, comentada M. GATTUSO, “Nasce il matrimonio sottoposto a condizione risolutiva, ovvero sul caso Bernaroli”, en *www.personae-danno.it*, y por A. RUGGERI, “Il matrimonio “a tempo” del transessuale: una soluzione obbligata e ... impossibile?”, en *Consulta online*, 2015. Téngase en cuenta que, unos meses más tarde, con la sentencia n.º. 15138 de 20 de julio de 2015, el propio Tribunal Supremo ha dejado claro que no es necesario un cambio anatómico con el fin de rectificar el sexo en el Registro Civil, ya que “según una interpretación constitucionalmente orientada y en línea con la jurisprudencia del CEDH de los artículos 1 de la Ley núm. 164 de 1982, así como el art. 3 de la misma ley, en la actualidad incorporado en el art. 31, apartado 4, del d.lgs. n. 150 de 2011... la adaptación de los caracteres sexuales no implica necesariamente la intervención quirúrgica cuando, del resultado de una exhaustiva investigación judicial, se haya establecido la seriedad y la singularidad del camino elegido por el individuo y el cumplimiento final”.

²² El Tribunal Supremo había subrayado entonces que “el matrimonio es un instituto fundamental del derecho, del que se derivan consecuencias perennes e ineludibles (piénsese en el deber de mantenimiento o de alimentos al cónyuge, deber persistente también una vez divorciados)”, mientras «la convivencia... es una situación de hecho elegida por quien intenta sustraerse a los deberes conexos al matrimonio y reservarse, en cambio, la posibilidad de un *commodus discessus* como resultado de los caracteres de precariedad y revocabilidad unilateral *ad nutum* propios de la convivencia de hecho”.

tiempo”²³, y, con referencia a la regulación de las relaciones patrimoniales, ha aclarado, en sede civil, que en tal noción “se incluye toda forma de comunidad, simple o compleja, adecuada para permitir y facilitar el libre desarrollo de la persona en la vida social, en un contexto de revalorización del modelo plural. En este concepto se comprende la convivencia estable entre dos personas, también del mismo sexo, a las que corresponde el derecho fundamental de vivir libremente una relación de pareja, obteniendo –en los tiempos, modos y con los límites establecidos por la ley– el reconocimiento jurídico de los correspondientes derechos y deberes²⁴”.

El 15 de marzo de 2012, la conocida sentencia n.º 4184²⁵, del Tribunal Supremo, aunque rechaza la solicitud de reconocimiento en Italia del matrimonio celebrado en el extranjero por una pareja italiana del mismo sexo, ha declarado que la jurisprudencia tradicional “según la cual la diversidad de sexo de la pareja que va a contraer matrimonio es, junto a la manifestación de voluntad matrimonial de los contrayentes expresada ante el encargado del Registro Civil

²³ Así, en la sentencia de 22 de octubre de 2009, n.º 40727. Sin embargo, ya antes en Cass. Sec. 6, sentencia n.º 20647 de 29 de enero de 2008; y, siempre Sec. 6, sentencia n.º 21329 de 24 de enero de 2007. Habló, sin embargo, de simple estabilidad de la relación la Sec. 3, en la sentencia n.º 44262, de 8 de noviembre de 2005.

²⁴ Así en la sentencia n.º 1277, de 22 de enero 2014. Según el Tribunal Supremo, «las uniones de hecho, como formaciones sociales que presentan significativas analogías con la familia formada en el ámbito de una unión matrimonial y asumen relevancia en el sentido del art. 2 Const., se caracterizan por deberes de naturaleza moral y social de cada pareja frente a la otra, que se ponen de manifiesto también en las relaciones de naturaleza patrimonial. De ello se deriva que las atribuciones patrimoniales a favor de la pareja de hecho efectuadas en el curso de la relación (en este caso, transferencias de dinero a la cuenta del conviviente) configuran el cumplimiento de una obligación natural *ex art. 2034 c.c.*, con la condición de que sean respetados los principios de proporcionalidad e idoneidad, sin que tengan relevancia las eventuales renunciadas operadas por el conviviente –tales como la de trasladarse al extranjero rescindiendo la relación laboral– incluso sugeridas o solicitadas por el otro conviviente, que hayan llevado a una situación de precariedad económica, ya que tales daciones no tienen ningún valor de indemnización, sino que son una expresión de la solidaridad entre dos personas unidas por una unión estable y duradera». Este principio ya había sido expresado por III Sec. Civ. del Tribunal Supremo en la sentencia n.º 11330 de 15 de mayo de 2009.

²⁵ La sentencia fue publicada en *Fam. dir.*, 2012, pp. 665 ss., con comentario de M. GATTUSO, ““Matrimonio”, “famiglia” e orientamento sessuale: la Cassazione recepisce la “doppia svolta” della Corte europea dei diritti dell’uomo”, *Giur. it.*, 2012, p. 1767 ss. con nota de E. CALEVI, *Unioni same-sex: dall’inesistenza all’inidoneità a produrre effetti giuridici*. Vid., además, F. R. FANTETTI, “Il diritto degli omosessuali di vivere liberamente una condizione di coppia”, *Fam., pers. succ.*, 2012, p. 857 ss.; L. MAROTTI, “La tutela delle unioni omosessuali nel dialogo tra Corti interne e Corte europea dei diritti umani”, *Giur. it.*, 2013, pp. 329 ss.

celebrante, requisito mínimo indispensable para la misma “existencia” del matrimonio civil, como acto jurídicamente válido... no se muestra más adecuada a la actual realidad jurídica, habiendo sido radicalmente superada la concepción según la cual la diversidad de sexo de la pareja es presupuesto indispensable, por así decir “natural”, de la misma “existencia” del matrimonio”. Y, además, ha establecido que “los miembros de la pareja homosexual, que conviven en una relación estable de facto,... como titulares del derecho a la “vida familiar” y en el ejercicio del derecho inviolable a vivir libremente una relación de pareja y del derecho a la tutela jurisdiccional de situaciones específicas, especialmente para la tutela de otros derechos fundamentales, pueden recurrir a los jueces ordinarios para hacer valer, en “situaciones específicas o concretas”, el derecho a un tratamiento homogéneo al asegurado por la ley a la pareja casada”²⁶.

El principio se reitera en la sentencia pronunciada el 9 de febrero 2015, n.º 2400, con la que el Tribunal Supremo –ocupándose de un asunto relativo a la denegación por parte del encargado del Registro Civil de publicar las amonestaciones matrimoniales solicitadas por una pareja *same sex*– aclara que «en nuestro sistema jurídico de derecho positivo el matrimonio entre personas del mismo sexo no es idóneo para producir efectos al no estar previsto entre las hipótesis legislativas de unión conyugal. El núcleo afectivo-relacional que caracteriza la unión homosexual, en cambio, recibe un reconocimiento constitucional directo en el art. 2 de la Constitución y a través del proceso de adecuación y equiparación impuesto por la relevancia constitucional de los derechos en cuestión que puede adquirir un grado de protección y tutela equiparable al matrimonial en todas las situaciones en las que la falta de una disciplina legislativa determina una lesión de derechos fundamentales derivados de la relación en cuestión».

Sobre la cuestión también se ha pronunciado el Consejo de Estado, con la célebre *decisione* de 27 de octubre de 2015, en la que ha establecido definitivamente que las inscripciones en los archivos registrales de los municipios italianos de los certificados de matrimonio celebrados en el extranjero entre personas del mismo sexo son nulas, en cuanto el matrimonio homosexual, para los jueces, carece “de la indefectible condición de la diversidad de sexo entre los futuros esposos”²⁷.

²⁶ Sobre el tema, véase E. BERGAMINI, “Riconoscimento ed effetti in Italia di un matrimonio tra persone dello stesso sesso contratto all’estero: la recente evoluzione della giurisprudenza italiana”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2012, II, pp. 467 ss.

²⁷ El pronunciamiento ha cerrado la *vexata questio* surgida con la concesión por parte del alcalde de Roma (pero, también del de Bolonia y de Milán) de la posibilidad de inscribir en el Registro Civil los matrimonios entre personas del mismo sexo celebrados en el extranjero (en virtud del “prin-

La sensibilidad de muchos administradores municipales, en contraccorriente a la sordera del legislador estatal, se ha concretado también en la concesión de la solicitud, promovida *in primis* por el movimiento LGBT (desde los años noventa), de instituir a nivel municipal en varias ciudades italianas los llamados registros de las uniones civiles (privados de un valor jurídico real, pero de alto significado simbólico y moral).

El primer municipio en disponer de un registro, con una decisión de 21 de octubre de 1993, fue Empoli. La decisión fue, sin embargo, casi inmediatamente suspendida por el Comité regional de control, pero luego fue aprobada en cambio por el TAR de Toscana en el 2001.

El 7 de junio de 1996 el Ayuntamiento de Pisa siguió el ejemplo de Empoli, recibiendo, también en este caso, una censura del Co.Re.Co. Pero, la cuestión se resolvió rápidamente y el 20 de febrero de 1998 la primera pareja (heterosexual) se inscribió civilmente.

El camino por recorrer para lograr un reconocimiento real de los derechos de las parejas del mismo sexo era todavía largo.

4. EL ART. 9 DE LA CARTA DE NIZA Y LA ORIENTACIÓN DEL PARLAMENTO EUROPEO

Un fuerte impulso para la revisión, por parte de los jueces italianos, del viejo modo de entender la familia ha derivado ciertamente de la pertenencia a organizaciones supranacionales europeas, que, desde hace tiempo, invitan a los Estados del Viejo Continente a garantizar los derechos (fundamentales) de las personas homosexuales.

cipio de reciprocidad”). Sobre el caso intervenía el Ministro del Interior, que con una circular enviada a los *prefetti* (similar a los delegados o subdelegados del Gobierno) el 7 de octubre de 2014, subrayaba la disconformidad de las inscripciones con las leyes italianas (puesto que la “diversidad de sexo” es un requisito fundamental para considerar jurídicamente válido el matrimonio y que «la regulación de la eventual equiparación del matrimonio homosexual y el celebrado entre personas de diverso sexo» es «competencia exclusiva del legislador nacional»). Los *prefetti* de Roma y Bolonia decidieron entonces anular las medidas de los Alcaldes, suscitando así el recurso administrativo al TAR de dos parejas y del Ayuntamiento de Roma y consiguiendo de cuatro Tribunales administrativos regionales una respuesta inesperada: la anulación de las inscripciones *de quibus* sólo podía ser establecida por la autoridad judicial ordinaria (por tanto, por un tribunal civil) y no por el Ministro del Interior o el *prefetto*. Las resoluciones en cuestión fueron revocadas por el Órgano Administrativo Supremo, que reconoció a los *prefetti* el poder de actuar en «autotela sobre actos adoptados *contra legem* por un órgano subordinado» y puso de relieve la ausencia en los tratados europeos y en las convenciones internacionales de un “derecho fundamental al matrimonio homosexual”.

La Unión Europea, desde los años 90, intenta promover la prohibición de discriminación por razón de la orientación sexual del individuo²⁸ (sobre todo, gracias a una serie de intervenciones del Parlamento Europeo²⁹ y de la Comisión³⁰).

²⁸ Vid. G. COSCO, *Le unioni omosessuali, cit.*, 40 y Id., *Convivenza fuori dal matrimonio: profili di disciplina nel diritto europeo, cit.*, pp. 351 ss.

²⁹ Con las Resoluciones del Parlamento Europeo, de 8 de febrero de 1994 y de 16 de marzo de 2000, se preguntó a los Estados miembros de la Comunidad y a la Comisión sobre la eliminación de cualquier forma de discriminación frente a las relaciones homosexuales, permitiendo a estos últimos el acceso al matrimonio civil o a un instituto jurídico equivalente. Y la Resolución de 16 de enero de 2001 solicita la adopción de instrumentos destinados a eliminar cualquier trato humillante a los homosexuales; sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea, de 4 de septiembre de 2003, se corrobora la necesidad que los Estados miembros abolan cualquier forma de discriminación sobre los homosexuales, en particular en materia de derecho al matrimonio y a la adopción. La Resolución sobre la homofobia en Europa, de 18 de enero de 2006, como aquella de 26 de abril de 2007, exhorta a los Países de la Unión a adoptar disposiciones legislativas que pongan punto final a las discriminaciones padecidas por las parejas del mismo sexo en materia de sucesión, propiedad, arrendamiento, pensiones, fiscalidad, seguridad social y otras. La Resolución del Parlamento europeo, de 14 de enero de 2009, sobre la situación de los derechos fundamentales en la Unión Europea en el periodo temporal 2004-2008, contiene una invitación a los Estados, dotados de una legislación sobre las parejas del mismo sexo, a reconocer las normas adoptadas por otros Estados miembros. Se dirige a la Comisión un llamamiento a presentar propuestas que garanticen la aplicación, por parte de los Países de la Unión, del principio de reconocimiento recíproco por las parejas homosexuales, casadas o ligadas por una unión civil registrada, del derecho a la libre circulación, invitando a los Estados miembros que todavía no lo hayan hecho a adoptar iniciativas legislativas dirigidas a eliminar las discriminaciones frente a algunas parejas por su orientación sexual. En el informe sobre la igualdad de derechos hombres-mujeres de 2012 el Parlamento Europeo se ha pronunciado contra los gobiernos que definen la familia en sentido restrictivo por no reconocer protección legal a las parejas del mismo sexo y a sus hijos. Dignas de mención son, además, el informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo de 12 de marzo de 2015 (apartado 92, en particular) y las resoluciones del Parlamento Europeo de 22 de abril 2015, de 9 de junio 2015 y el 8 de septiembre de 2015. Esta última, en el parr. 86 “considera que hay más probabilidades de que los derechos fundamentales de las personas LGBTI sean protegidos si tienen acceso a instituciones jurídicas como la cohabitación, la unión de hecho registrada o el matrimonio; acoge con satisfacción que en la actualidad diecinueve Estados miembros ofrezcan estas posibilidades, y pide a los demás Estados miembros que consideren la posibilidad de ofrecerlas igualmente; reitera, por otra parte, su llamamiento a la Comisión para que presente una propuesta de normativa ambiciosa que garantice el reconocimiento mutuo de los documentos acreditativos del estado civil, incluidos el reconocimiento jurídico de género, los matrimonios y las uniones de hecho registradas, así como sus efectos jurídicos, a fin de reducir las trabas administrativas y jurídicas discriminatorias que deben afrontar los ciudadanos a la hora de ejercer sus derechos a la libre circulación”.

³⁰ El 16 de marzo de 2011 la institución dotada del poder de impulso legislativo ha presentado al Consejo y al Parlamento dos propuestas de reglamento, COM(2011) 126 FINAL e

Tal principio ha sido consagrado expresamente, por primera vez a nivel supranacional, en el art. 13 CE que, tras las modificaciones introducidas por el Tratado de Amsterdam, atribuyó al Consejo la facultad de dictar “las medidas oportunas para luchar contra las discriminaciones por razón de sexo, raza u origen étnico, religión o las convicciones personales, discapacidad, edad o tendencia sexual”³¹.

Pero, hoy también el art. 21 apartado 1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (plenamente vinculante con el Tratado de Lisboa) dispone que “está prohibida cualquier forma de discriminación fundada, en particular, sobre el sexo, la raza, el color de la piel o el origen étnico o social, las características genéticas, la lengua, la religión o las convicciones personales, las opiniones políticas o de cualquiera otra naturaleza,

COM(2011) 127 FINAL, respectivamente en materia de regímenes patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas. Los documentos han encontrado resistencia por parte de algunos Estados miembros, preocupados por el riesgo de que por tal vía se pudiese llegar a un reconocimiento implícito de la unión homosexual registrada. Así, no obstante, las propuestas aclaran que la noción de “unión registrada” viene definida sólo en relación al Reglamento (mientras que su contenido específico y las cuestiones preliminares tales como la existencia, validez o reconocimiento del instituto en cuestión deberían seguir siendo definidos por la legislación nacional de los Estados miembros) y que «el reconocimiento y la ejecución de una resolución relativa, total o parcialmente, a los aspectos patrimoniales de las uniones registradas, no podrían denegarse en un Estado miembro cuando la legislación nacional no los reconozca o contemple aspectos patrimoniales diferentes» (así en el considerando n. 23 del segundo de los mencionados textos) el Consejo de Justicia asuntos Internos del 3 diciembre 2015 ha debido dar acto de la falta de unanimidad necesaria –en virtud del art.81 (3) TFUE– para llegar en un plazo razonable a acuerdos políticos en materia. El 2 de marzo de 2016, la Comisión ha presentado nuevamente una Propuesta de Regulación del Consejo, “relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas” –COM (2016) 107 Final–, considerando que “entre diciembre de 2015 y febrero de 2016, diecisiete Estados miembros se dirigieron a la Comisión expresando su deseo de establecer entre sí una cooperación reforzada en el ámbito de los regímenes económicos de las parejas internacionales y, concretamente, de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales, así como de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas, y solicitaron a la Comisión que presente una propuesta al Consejo a tal fin”.

³¹ Vid., en sentido análogo, el artículo 19 TFUE (que habla de “orientación sexual”). Una expresa toma de posición en este sentido no había sido aún efectuada por el CEDH que, en el art. 14, establece: “El goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”.

la pertenencia a una minoría nacional, el patrimonio, el nacimiento, la discapacidad, la edad o la orientación sexual". Y tan importante previsión normativa es repetida expresamente por las directivas europeas núms. 2000/43 y 2000/78³², que instituyen el principio de "igualdad de trato entre las personas", subrayando que se aplica "...independientemente de la religión, de las convicciones personales, de la edad, de la discapacidad y de la orientación sexual..." (art. 1). Asimismo, hay que destacar la Directiva 2004/38/CE, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, reflejado en el considerando nº. 5, precisando el art.1 que por "familiar" también se entiende "la pareja con la que el ciudadano de la Unión ha celebrado una unión registrada, con arreglo a la legislación de un Estado miembro" (pero, este es el límite de la normativa en cuestión, solamente "si la legislación del Estado miembro de acogida otorga a las uniones registradas un trato equivalente a los matrimonios y de conformidad con las condiciones establecidas en la legislación aplicable del Estado miembro de acogida").

Más allá, pues, de lo estipulado en el art. 9 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, que no parece introducir la obligación de los Estados miembros de garantizar formas adecuadas de tutela de las parejas de hecho³³ (por lo demás, el ámbito de acción del mismo *Bill of Rights* eu-

³² Las fuentes europeas en cuestión han sido transpuestas en Italia mediante los decretos legislativos núms. 215-216 / 2003.

³³ Como correctamente ha señalado el Tribunal Constitucional en la citada sentencia nº. 138/2010, «el art. 9 de la Carta ... en afirmar que son las leyes nacionales las que regulan el ejercicio del derecho a contraer matrimonio» y a esto "hay que añadir que las explicaciones relativas a la Carta de los Derechos Fundamentales, elaboradas bajo la responsabilidad del Praesidium de la Convención que la había redactado (y que, aunque no tengan la condición de la ley, representan un indudable instrumento de interpretación), con referencia a dicho artículo 9 que aclaran (entre otras cosas) que "el artículo ni prohíbe ni impone la concesión del estatuto matrimonial a las uniones entre personas del mismo sexo"". El Comentario a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, elaborado en 2006 por la Red de expertos independientes en derechos fundamentales de la UE, establece lo siguiente en relación con el artículo 9 de la Carta: "Tendencias y desarrollos modernos en la legislación nacional de diferentes países hacia una mayor apertura y aceptación de las parejas homosexuales a pesar de que algunos Estados todavía tengan políticas públicas y/o regulaciones que prohíben explícitamente la noción de que las parejas del mismo sexo tengan derecho a contraer matrimonio. Actualmente hay un reconocimiento jurídico extremadamente limitado de las relaciones entre parejas del mismo sexo en el sentido de que las parejas del mismo sexo no pueden contraer matrimonio. La legislación nacional de la mayoría de los Estados presuponen, en otras palabras, que los que quieren casarse sean de diferente sexo. Sin embargo, en algunos países, por

ropeo es bastante limitado, teniendo en cuenta la previsión contenida en el art. 51 del documento mismo³⁴), el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado en muchas ocasiones sobre la necesidad de no crear desigualdad de trato por razón de sexo (y se ha obtenido de esta manera, en términos de reconocimiento directo o indirecto de los derechos de las parejas del mismo sexo, resultados que habrían sido impedidos si se hubiera recurrido a las reglas contenidas en el texto proclamado en Niza en 2000)³⁵.

Así, si en 2001³⁶, ocupándose de la legalidad de una norma del *Estatuto de los Funcionarios*, ha aclarado que “el artículo 1, apartado 2, letra a), del anexo VII, del

ejemplo, en los Países Bajos y Bélgica, el matrimonio entre homosexuales es reconocido legalmente. Otros, como los países escandinavos, han aprobado una ley de uniones registradas, que implica, entre otras cosas, que la mayoría de las disposiciones relativas al matrimonio, por ejemplo sus consecuencias jurídicas, tales como la distribución de los bienes, derechos sucesorios, etc., son aplicables también a estas uniones. Al mismo tiempo, es importante subrayar que la definición de “unión registrada” fue elegida intencionadamente para evitar confusiones con el matrimonio, y se estableció como un método alternativo para el reconocimiento de las relaciones personales. Esta nueva institución es, en consecuencia, una norma accesible sólo a las parejas que no pueden contraer matrimonio, y la unión homosexual no tiene el mismo *status* y los mismos beneficios del matrimonio. (...) Con el fin de tener en cuenta la diversidad de regulaciones nacionales relacionadas con el matrimonio, el artículo 9 de la Carta se refiere a la legislación nacional. Como se desprende de su tenor literal, la disposición tiene un alcance más amplio que los artículos correspondientes de los demás instrumentos internacionales. Dado que no existe una referencia explícita a “hombres y mujeres” como en otros instrumentos relativos a los derechos humanos, se puede sostener que no existe ningún obstáculo para el reconocimiento de las relaciones homosexuales en el contexto del matrimonio. No hay, sin embargo, ninguna disposición expresa que requiera que las legislaciones nacionales deban facilitar este tipo de matrimonios. Los tribunales y comisiones internacionales han hasta el momento dudado en extender la aplicación del derecho al matrimonio a las parejas del mismo sexo. (...)”.

³⁴ La disposición establece que “1. Las disposiciones de la presente Carta están dirigidas a las instituciones, órganos y organismos de la Unión, dentro del respeto del principio de subsidiariedad, así como a los Estados miembros únicamente cuando apliquen el Derecho de la Unión. Por consiguiente, éstos respetarán los derechos, observarán los principios y promoverán su aplicación, con arreglo a sus respectivas competencias y dentro de los límites de las competencias que se atribuyen a la Unión en las demás partes de la Constitución. 2. La presente Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias de la Unión, ni crea ninguna competencia o misión nuevas para la Unión, ni modifica las competencias y misiones definidas en las demás Partes de la Constitución”.

³⁵ Vid., por todas las sentencias de 17 de abril de 1986, asunto C-59/85, *Reed*; 22 de junio de 2000, asunto C-65/98, *Eyup*; 23 de marzo de 2006, asunto C-408/03, *Comisión v. Bélgica*.

³⁶ Sentencia del Tribunal de Justicia de 31 de mayo de 2001, asuntos acumulados C-122/99 P y C-125/99 P, *P.D. v. Regno di Svezia*, *Recopilación de Jurisprudencia 2001* página I-043191. Pero, después de todo, ya el 17 de febrero de 1998 con la sentencia *Grant*, asunto

Estatuto, que reserva la asignación familiar al funcionario casado, no puede considerarse discriminatoria en función del sexo del interesado”, ya que “el principio de igualdad de trato sólo puede aplicarse a las personas que se encuentran en situaciones comparables” y “la situación de un funcionario que ha inscrito en un Estado miembro una relación de pareja no puede considerarse comparable, a los efectos de la aplicación del Estatuto de los Funcionarios, a la de un funcionario casado”³⁷. El 7 de enero de 2004, en la sentencia *K.B. v. National Health Service Pensions Agency*, asunto C-117/01, (retomada luego por la de 27 de abril de 2006, *Richards c. Secretary of State for Work and Pensions*, asunto C-423/2004), reconoció al transexual que se había cambiado de sexo el derecho a obtener la pensión de viudedad (afirmando la incompatibilidad con el principio de no discriminación por razón de sexo

C-249/96, el juez comunitario había subrayado, en el apartado 35, que “en el estado actual del Derecho en el seno de la Comunidad, las relaciones estables entre dos personas del mismo sexo no se equiparan a las relaciones entre personas casadas o a las relaciones estables sin vínculo matrimonial entre personas de distinto sexo. Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un empresario a equiparar la situación de una persona que tiene una relación estable con un compañero del mismo sexo a la de una persona casada o que tiene una relación estable sin vínculo matrimonial con un compañero del otro sexo”.

³⁷ Así en los apartados 48 a 51. El Tribunal precisa que “para apreciar si la situación de un funcionario que ha inscrito una relación de pareja entre personas del mismo sexo es comparable a la de un funcionario casado, el juez comunitario no puede prescindir de las concepciones dominantes en el conjunto de la Comunidad... Pues bien, puesto que la situación existente en los Estados miembros de la Comunidad en cuanto al reconocimiento de las relaciones de pareja entre personas del mismo o distinto sexo está caracterizada por una gran variedad de legislaciones y por una falta general de equiparación entre el matrimonio, por una parte, y las demás formas de unión legal, por otra». Según los jueces europeos, sin embargo, «la equiparación, por lo demás incompleta, de la pareja inscrita con el matrimonio en un número limitado de Estados miembros no puede tener por consecuencia, mediante una mera interpretación, que se incluya en el concepto estatutario de “funcionario casado” a personas sometidas a una normativa distinta de la aplicable al matrimonio. En efecto, el término “matrimonio”, según la definición admitida en general por los Estados miembros, designa una unión entre dos personas de distinto sexo. Aunque desde 1989 un creciente número de Estados miembros han establecido, junto al matrimonio, regímenes legales que reconocen jurídicamente diversas formas de unión entre personas del mismo o de distinto sexo y que otorgan a dichas uniones determinados efectos jurídicos idénticos o comparables a los del matrimonio, tanto entre sus miembros como respecto a terceros, no obstante, además de su gran variedad, estos regímenes de inscripción de relaciones de pareja que hasta entonces no estaban reconocidas por la Ley son, en los Estados miembros que las prevén, distintos de los que regulan el matrimonio. Tales circunstancias no permiten al juez comunitario interpretar el Estatuto de los Funcionarios de modo que se equiparen al matrimonio situaciones legales que difieren de éste”. Ver los apartados 34 a 39.

de la legislación del Reino Unido que no permitía la inscripción del cambio de sexo en el Registro y, por lo tanto, la posibilidad de contraer matrimonio al transexual que haya cambiado sexo)³⁸. Un derecho similar ha sido reconocido después, en la sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de abril de 2008, causa C-267/06, *Tadao Makuro v. Vddb*, al *partner* de una unión homosexual reconocida (minusvalorando el argumento relativo a una presunta violación de las normas constitucionales en materia de familia, puesto que “prohibition of discrimination is a general principle of Union law” and “Union-law supersedes also national constitutional law”).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia se vuelve aún más severa con los Estados miembros que desatienden los derechos de las parejas del mismo sexo después de la entrada en vigor del Tratado de Lisboa.

Interpretando los arts. 1 y 2 de la citada Directiva 2000/78, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, el órgano jurisdiccional de Luxemburgo, en el 2011, con la relevante sentencia *Jürgen Römer* establece que tales disposiciones “se oponen a una disposición nacional en virtud de la cual el beneficiario que ha constituido una pareja estable inscrita percibe una pensión complementaria de jubilación de cuantía inferior a la que se reconoce al beneficiario casado que no viva permanentemente separado, si en el Estado miembro en cuestión el matrimonio se reserva exclusivamente a personas de sexo diferente y coexiste con el régimen de pareja estable inscrita, régimen reservado exclusivamente a las personas del mismo sexo, y existe una discriminación directa por motivos de orientación sexual, debido al hecho de que, en el Derecho nacional, la mencionada pareja estable inscrita se encuentra en una situación jurídica y fáctica análoga a la de una persona casada a los efectos de la pensión de que se trata”³⁹.

³⁸ Téngase en cuenta que con la sentencia en cuestión el Tribunal considera que el impacto de los derechos fundamentales europeos en un ámbito, el del Registro Civil, sin duda ajeno a la competencia de la Unión, pero se considera flexible respecto a la protección supranacional de ese derecho.

³⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 10 de mayo de 2011, asunto C-147/08, en *Recopilación de Jurisprudencia* 2011, I-03591. Los jueces afirman, además, que “la apreciación de si existen situaciones análogas es competencia del órgano jurisdiccional remitente y debe centrarse en los derechos y obligaciones respectivos de los cónyuges y de las personas que constituyan una pareja estable inscrita, tal como se regula en el marco de las correspondientes instituciones, que sean pertinentes habida cuenta del objeto y de las condiciones de reconocimiento de la prestación en cuestión” (apartado 52 y el punto 2).

En el 2013, con la sentencia *Frédéric Hay*⁴⁰, precisa que “se opone a una disposición de un convenio colectivo, como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual se excluye a un trabajador que celebra un PACS con una persona del mismo sexo del derecho a obtener determinadas ventajas que se conceden a los trabajadores con ocasión de su matrimonio, tales como determinados días de permiso especial retribuido y una prima salarial, cuando la normativa nacional del Estado miembro de que se trate no permita el matrimonio entre personas del mismo sexo, en la medida en que, habida cuenta del objeto y de las condiciones de concesión de tales ventajas, el referido trabajador se encuentre en una situación análoga a la de un trabajador que contraiga matrimonio”.

4. LOS ARTS. 8, 12 Y 14 DEL CEDH Y LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE ESTRASBURGO. DE UN ENFOQUE SUAVE A UNA POSICIÓN DURA

También ha sido particularmente importante el papel desempeñado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos para el desarrollo – especialmente en Italia, aunque no solo en este país – de una fuerte apertura hacia la constitución de modelos familiares diferentes al tradicional.

En el “*diritto vivente*” formado sobre el CEDH se ha registrado una lenta, pero incisiva, evolución en la tutela del derecho en cuestión⁴¹.

El Tribunal de Estrasburgo, basándose en una lectura literal del art. 12 del Convenio de 1950 (derecho a casarse y fundar una familia) había establecido inicialmente que familia era sólo aquella fundada en el matrimonio entre un hombre y una mujer⁴², pero con posterioridad –particularmente en

⁴⁰ Se trata de la sentencia de 12 de diciembre de 2013, asunto C-267/12.

⁴¹ Para un análisis de las primeras decisiones del Tribunal de Estrasburgo sobre el tema, vid. F. UCCELLA, “La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo su alcune tematiche del diritto di famiglia e suo rilievo per la disciplina interna”, en *Giur. it.*, 1997, IV, p. 134.

⁴² Véase la sentencia de 17 de octubre de 1986, *Rees v. Reino Unido* (recurso núm. 9532/1981), sin embargo, el Tribunal era consciente de “la gravedad de los problemas que afectan a los transexuales y su malestar”, y recomendaba “una constante revisión, teniendo en cuenta, en particular, los avances científicos y sociales”. En el asunto *Cossey c. Reino Unido*, decidido mediante sentencia de 27 de septiembre de 1990 (recurso núm. 10843/84), el Tribunal llegó a una conclusión similar, señalando que la vinculación al concepto tradicional de matrimonio proporcionaba “razones suficientes para seguir aplicando criterios biológicos para

la sentencia *B. c. Francia* (recurso n. 13343/87) de 25 de marzo de 1992– sostuvo que la negativa a que la demandante inscribiera el cambio en el Registro Civil ponía a la mujer “en una situación diaria incompatible con el respeto a su vida privada y familiar”.

Y es precisamente este último derecho (más que sobre el de casarse y fundar una familia) sobre el que los jueces europeos se han centrado, para garantizar una protección adecuada a las familias de hecho (y, por tanto, también a las parejas del mismo sexo)⁴³. Desde la sentencia *Marckx c. Bélgica* (recurso n.º. 683/74) de 13 de junio de 1979, el Tribunal extendió el concepto de vida familiar contenido en el CEDH a la familia ilegítima que, en este caso, estaba constituida por una madre y una hija nacida fuera del matrimonio⁴⁴. Mientras en el caso *Keegan c. Irlanda* (recurso n.º. 34615/97), sentencia de 26 de mayo de 1994, afirmó que la noción de familia a la que alude el art. 8 no se limita a las relaciones fundadas en el matrimonio, pudiendo superar de hecho los vínculos familiares cuando las partes conviven *more uxorio*; y en la sentencia *X, Y y Z c. Reino Unido* (recurso n.º. 21830/93), de 22 de abril de 1997, reconoció la existencia de una vida familiar entre un transexual y el hijo de su pareja, puesto que desde el momento en que “X actuó como “padre” de Z en cada ámbito desde su nacimiento. En tales circunstancias, el Tribunal considera que los tres recurrentes están unidos por lazos familiares”⁴⁵.

Sin embargo, el paso más significativo en esta materia se produce con la sentencia *Goodwin c. Reino Unido* (recurso n.º. 28957/95), de 11 de julio de 2002, en la que estimando la demanda de una mujer que había sufrido importantes discriminaciones por razón del cambio de sexo –en el ámbito laboral, de la Seguridad Social y de las pensiones, así como con respecto a la

determinar el sexo de una persona con la finalidad de contraer matrimonio” y los Estados tienen la facultad de regular con sus propias leyes el ejercicio del derecho a contraer matrimonio (concepto repetido en la detención de *Sheffield y Horsham v. Reino Unido* de 30 de julio de 1998, recursos núms. 22985/93 y 23390 / 94).

⁴³ En la sentencia de 5 de enero de 2010, *Jaremowicz c. Polonia* (recurso n. 24023/03), se aclaran las diferencias “estructurales” entre el derecho a contraer matrimonio y el derecho al respeto de la vida familiar y las consiguientes diferencias de amplitud del margen de apreciación concedido a los Estados miembros: en el caso del art. 12 CEDH, de hecho, el control del cumplimiento de la Convención debe limitarse a la verificación de la arbitrariedad y desproporción de las elecciones hechas por los Países firmantes de la Convención (§ 50).

⁴⁴ Y con la sentencia de 6 de enero de 1992, *Alilouch El Abasse c. Países Bajos*, (recurso núm. 14501/89), se ha aclarado que “constituye vida familiar la relación entre un padre bígamo y el hijo tenido con su primera mujer”.

⁴⁵ Ver el apartado 37.

posibilidad de contraer matrimonio- el Tribunal constató una violación del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), «ya que ningún factor relevante de interés público se contraponen al interés de la demandante en obtener el reconocimiento jurídico de su cambio de sexo», pero también del art. 12, puesto que no habría “ninguna justificación para privar a los transexuales del derecho a contraer matrimonio en cualquier circunstancia”⁴⁶.

La base fundamental sobre la que los jueces europeos apoyan muchas de sus decisiones a favor de los derechos de las parejas del mismo sexo se asienta precisamente en el principio (reiterado por la Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa a través de la Recomendación de 26 de septiembre de 2000, n.º. 1474) de no discriminación por razón de la orientación sexual⁴⁷.

Tal *aurea regula*, por tanto, se aplica en materia de guarda y custodia de los hijos después de la separación⁴⁸; de adopción por parte de homosexuales, cuando la legislación estatal permita la adopción a personas solteras⁴⁹; de subrogación en el contrato de arrendamiento de la vivienda común⁵⁰; de

⁴⁶ En materia de derechos de los transexuales y posibles lesiones de sus intereses, hay que destacar otras sentencias importantes del Tribunal Estrasburgo, como la *Parry c. Regno Unito y R. e F. c. Regno Unito* (recurso n.º. 25748/05) de 28 de noviembre de 2006; la *L. c. Lituania* (recurso n.º. 27527/03) de 11 de septiembre de 2007; la *Schlumpf c. Svizzera* (recurso n.º. 29002/06) de 8 enero 2009; la *P.V. c. España* (recurso n. 35159/09) de 30 noviembre 2010; la *P. c. Portugal* (recurso n.º. 56027/09) de 6 septiembre 2011; y la *Van Kück c. Alemania* (recurso n.º. 35968/97) de 12 junio 2013. Y, más recientemente, las sentencias *Hämäläinen* (recurso n.º. 37359/09) de 16 julio 2014 (en *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, I, 1139 ss., con comentario de A. LORENZETTI y A. SCHUSTER, *Corte costituzionale e Corte europea dei diritti umani: l'astratto paradigma eterosessuale del matrimonio può prevalere sulla tutela concreta del matrimonio della persona trans*) e *Y.Y. c. Turchia* (recurso n. 14793/08) de 10 marzo 2015.

⁴⁷ Dignas de mención son también las Recomendaciones de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa n.º. 924 (1981); 1470 y 1474 (2000); 1547 (2007); y n.º. 1728 (2010); así como la Recomendación del Comité de los Ministros CM / Rec (2010) 5.

⁴⁸ Se remite a la sentencia *Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal* (recurso núm. 33290/96), de 21 de diciembre de 1999.

⁴⁹ Vid. la sentencia *E. B. c. Francia* (recurso n.º. 43546/02), de 22 de enero de 2008. Por el contrario, no se considera una violación del CEDH impedir a las parejas homosexuales acceder a la adopción (permitida, sin embargo, a las *opposite-sex couples*), prevista en el ordenamiento jurídico francés. Véase la sentencia *Gas y Dubois c. Francia* (recurso núm. 25951/07), de 15 de marzo de 2012.

⁵⁰ Vid. la sentencia *Karner c. Austria* (recurso n. 40016/98), de 24 de julio de 2003, y *Kozak c. Polonia* de 2 marzo de 2010 (recurso n.º. 13102/2002). En el asunto *Kozak c. Polonia*, en particular, el Tribunal vuelve a ocuparse del derecho a subrogarse en el contrato de arrendamiento suscrito por parejas del mismo sexo y constata la violación del art. 14 CEDH en relación con el artículo 8 del CEDH. Al intento de las autoridades polacas de justificar la dife-

adopción por personas que conviven *more uxorio*⁵¹ y de *stepchild adoption*⁵²; de ver que sus propias relaciones de convivencia estable son tratadas como familias al igual que las *opposite-sex couples*⁵³ y de gozar, cuando proceda, de las mismas formas de tutela previstas para las parejas de hecho heterosexuales⁵⁴ (aunque, por el contrario, no se impone a los Estados la obligación de reconocer a las personas que conviven los mismos derechos que a los cónyuges⁵⁵).

El 21 de julio de 2015 el Tribunal de Estrasburgo decide, sin embargo, adoptar una postura firme frente a Italia y con la sentencia *Oliari e a. c. Italia* (recursos núms. 18766/11 y 36030/11)⁵⁶ condena a esta última por violación del art. 8 del CEDH (y lo hace, también, derogando las normas previstas en el Convenio sobre el requisito del previo agotamiento de los recursos internos para la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional europeo⁵⁷).

El Tribunal considera que, en ausencia de matrimonio, las parejas del mismo sexo tienen un interés particular en obtener la posibilidad de una for-

rencia de trato entre las parejas heterosexuales y homosexuales sobre la base de la necesidad de proteger a la familia basada en la unión de un hombre y una mujer, de conformidad con el art. 18 de la Constitución, los jueces europeos han respondido poniendo de relieve que, si bien dicha justificación pueda ser aceptable de forma teórica en principio, en el caso concreto el Estado podría haber adoptado diversas medidas para lograr su objetivo, conciliando así, en virtud de la evolución de la sociedad, los intereses contrapuestos que subyacen a la protección de la familia en el sentido tradicional y a la protección de los derechos de las minorías sexuales.

⁵¹ Vid. la sentencia *Moretti e Benedetti c. Italia* (recurso n.º. 16318/07) de 27 de abril de 2010.

⁵² Vid. el caso *X y a. c. Austria* (recurso n.º. 19010/07), de 19 de febrero de 2013.

⁵³ Se remite a la sentencia *Schalk y Kopf c. Austria* (recurso n.º. 30141/04), de 24 de junio de 2010.

⁵⁴ Es significativa a este respecto la sentencia (de la Gran Sala) *Vallianatos c. Grecia* (recursos números 29381/09 y 32684/09), de 7 de noviembre de 2013.

⁵⁵ Vid. las sentencias *Saucedo Gómez c. España* (recurso n.º. 37784/97), de 26 de enero de 1999; *Shackell c. Reino Unido* (recurso n.º. 45851/99), de 27 de abril de 2000; *Burden e Burden c. Reino Unido* (recurso n.º. 13378/05) de 29 de abril de 2008; *Courten c. Reino Unido* (recurso n.º. 4479/06), de 4 de noviembre de 2008.

⁵⁶ Entre los muchos comentarios a la sentencia, vid. F. ALICINO, "Le coppie dello stesso sesso. L'arte dello Stato e lo stato della giurisprudenza," en www.forumcostituzionale.it; C. NARDOCCI, "Dai moniti del Giudice costituzionale alla condanna della Corte europea dei diritti dell'uomo. Brevi note a commento della sentenza *Oliari e altri c. Italia*," en www.forumcostituzionale.it.

⁵⁷ El Tribunal consideró que tratándose de una situación persistente, por razón de la permanente laguna legal, existe una violación continua de acuerdo con su jurisprudencia y, por lo tanto, el período de seis meses no puede considerarse transcurrido (véase par. 97 de la decisión).

ma de unión civil o unión registrada, ya que sería la más apropiada para lograr el reconocimiento legal de sus relaciones y con ello garantizarían sus relaciones con las debidas protecciones – en forma de derechos protegibles en una relación estable y comprometida.

Incluso tomando en consideración la existencia en Italia de los acuerdos de convivencia y los registros de las uniones civiles, los jueces europeos consideran que tales instrumentos no son suficientes para garantizar un reconocimiento y una protección efectiva a las parejas del mismo sexo. Con respecto a los acuerdos de convivencia, en efecto, se evidencia que tienen un contenido estrictamente económico y requieren la convivencia, mientras que la experiencia demuestra cómo hay uniones (y matrimonios) estables que no cumplen este requisito⁵⁸. Con referencia a los registros de las uniones civiles, se subraya que su carácter es meramente simbólico y que, incluso, siendo relevantes a fines estadísticos, no otorgan ningún estado civil oficial, y menos aún, derechos de ningún tipo a las parejas homosexuales (además de no tener tampoco valor probatorio de la unión estable para los tribunales nacionales)⁵⁹.

El Tribunal observa que, a pesar de algunos intentos, en el transcurso de treinta años, el legislador italiano no ha logrado aprobar una ley adecuada para tutelar a las parejas *same-sex* y eso violaría los *deseos* de la comunidad nacional, incluida la población (dentro de la que ya se registra –como lo demuestran los estudios oficiales en la materia– una absoluta aceptación de las parejas homosexuales así como un amplio apoyo para su reconocimiento y tutela) y las más altas autoridades judiciales (que en repetidas ocasiones han hecho hincapié en la necesidad de garantizar los derechos y deberes de las uniones entre personas del mismo sexo)⁶⁰.

Los jueces europeos concluyen que no habiendo el Gobierno italiano alegado un interés público prevalente al ponderarlo con los importantes derechos de los demandantes, y a la luz de que las conclusiones de los tribunales nacionales en esta materia han quedado en letra muerta, el Estado ha excedido su margen de discrecionalidad y no ha cumplido la obligación de ga-

⁵⁸ Vid. el punto 169 de la sentencia.

⁵⁹ Así en el parr. 168 de la sentencia.

⁶⁰ De acuerdo con el Tribunal de Estrasburgo, esta repetida inobservancia por parte del legislador de las sentencias del Tribunal Constitucional o de las recomendaciones contenidas en ellas puede debilitar potencialmente la responsabilidad de la judicatura y en este caso ha dejado a los interesados en una situación de inseguridad jurídica que debe tenerse en cuenta.

rantizar que los demandantes contaran con un específico marco jurídico que previera el reconocimiento y la tutela de sus uniones homosexuales⁶¹.

Se condena a Italia al pago de una indemnización de 5.000,00 € a cada una de las parejas por los daños no patrimoniales (*in re ipsa*) sufridos y a pagar además todos los costes legales de los recurrentes.

5. LA NUEVA LEY ITALIANA EN MATERIA DE “REGLAMENTACIÓN DE LAS UNIONES CIVILES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO Y REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA”

Como consecuencia de la fuerte presión supranacional, era evidente que Italia no habría podido retrasarse más en introducir una normativa para la protección de los derechos de las parejas homosexuales.

El 11 de mayo de 2016 fue aprobada definitivamente una ley (la n.º 3634, conocida también como “Cirinnà”), en materia de “Reglamentación de las uniones civiles entre personas del mismo sexo y disciplina sobre la convivencia”⁶², destinada a regular, por un parte, (siguiendo el modelo alemán del *Lebenspartnerschaftsgesetz* del 2001) las uniones civiles registradas, como institución alternativa al matrimonio reservada sólo para los homosexuales⁶³, y,

⁶¹ Habiendo constatado una violación del art. 8 CEDH, el Tribunal consideró que no era necesario examinar la violación del art. 14 CEDH en relación con el artículo 8 CEDH y declaró inadmisibles las demandas en relación con la infracción del artículo 12 CEDH, solo o junto con el art. 14 CEDH, mientras que señala, sin embargo, que el artículo 12 CEDH ya no debe interpretarse como limitado al matrimonio hombre/mujer. Sin embargo, puesto que no existe consenso sobre este punto (sólo once miembros entre cuarenta y siete reconoce el matrimonio entre personas del mismo sexo), la cuestión se deja a la discreción de los Estados que tienen sobre este punto de un amplio margen de apreciación.

⁶² Para un comentario al proyecto de ley aprobado en el Senado (y luego en la Cámara de los Diputados), vid. M. SEGNI, “Unioni civili: non tiriamo in ballo la Costituzione”, *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, II pp. 707 ss.; V. F. BOCCHINI – E. QUADRI, *Diritto privato*, 2016, Torino, p. 363 ss.; G. FERRANDO, “Transazione novativa e ars notaria”, en *www.juscivile.it*; Mir. BIANCA, *Le unioni civili e il matrimonio: due modelli a confronto*, en *www.giudicedonna.it*, 2/2016; G. AUTORINO, *Manuale di diritto di famiglia*, Torino, 2016; F. DELL’ANNA MISURALE, “Unioni civili tra diritto e pregiudizio. Prima lettura del nuovo testo di legge”, en *giustiziacivile.com*, 2016; R. PACIA, “Unioni civili e convivenze”, en *www.juscivile.it*, 2016.

⁶³ Esto porque las parejas de distinto sexo pueden recurrir al instrumento típico de la consagración formal de su vínculo, es decir, el matrimonio. Concediéndoles también la posibilidad de acceder a las uniones civiles, se infringiría un grave *vulnus* a la noción tradicional de la familia, fundada en el matrimonio.

por otra, las parejas de hecho, tanto para heterosexuales como *same-sex* (a las que se dedica la segunda parte del texto legislativo)⁶⁴.

Las uniones civiles parecen producir los mismos derechos y los mismos deberes que se derivan del matrimonio, sea en la fase constitutiva de la “formación social” en cuestión⁶⁵, sea en aquella patológica de la crisis, salvo el derecho a acceder directamente al divorcio, sin separación previa (siendo suficiente el transcurso de 3 meses de la manifestación de voluntad, realizada incluso por separado, ante el encargado del Registro Civil⁶⁶). Este último se produce, además, *ipso iure* frente a una sentencia de rectificación de atribución de sexo de una de las partes⁶⁷.

Los actos de la unión civil que contienen los datos personales, el régimen patrimonial y la residencia son inscritos en el Registro Civil; y las partes pueden establecer, mientras dure la unión, un apellido común pudiendo elegir entre sus apellidos o anteponiendo o posponiendo su propio apellido (si es diferente).

Con la constitución de la unión civil, las partes adquieren los mismos derechos y los mismos deberes: tienen la obligación recíproca de asistencia moral y material y a la convivencia; y deberán, cada una en proporción a sus recursos y a su capacidad para desempeñar un trabajo profesional o doméstico, contribuir a las necesidades comunes. No se incluye la obligación de fidelidad, mientras que se ha establecido que las partes fijarán de común acuerdo el domicilio familiar donde ubicarán la residencia común.

La ley establece también una regulación específica en materia de impedimentos y nulidad de las uniones civiles (así como en materia de sucesiones) y hace extensivas las normas el Código Civil relativas al régimen patrimonial de la familia y a la comunidad de bienes a los miembros de la unión civil.

⁶⁴ El artículo 1, apartado 36, del documento normativo en cuestión establece que «se entiende con el término “pareja de hecho”, dos personas mayores de edad unidas de forma estable por vínculos afectivos de pareja y recíproca asistencia moral y material, no vinculadas por relaciones de consanguinidad, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil».

⁶⁵ Téngase en cuenta que, en comparación con el proyecto de ley original, se quitaron las “controvertidas” referencias a los artículos 29-30-31 de la Constitución y se decidió que sólo se recuerden los artículos 2 y 3 de la Carta Fundamental.

⁶⁶ La norma tiene considerables analogías con los artículos 81 y 86 del Código civil español reformado por la Ley 15/2005.

⁶⁷ Por otra parte, el artículo 1, apartado 27, de la ley establece que “la rectificación registral del sexo, en la que los cónyuges hayan expresado su voluntad de no disolver el matrimonio ni cesar los efectos civiles, se deriva el establecimiento automático de la unión civil entre personas del mismo sexo”.

Para garantizar una plena efectividad de los derechos y un total cumplimiento de las obligaciones derivadas de la unión civil, el texto normativo prevé que “las disposiciones que contengan las palabras “cónyuge”, “cónyuges” o términos equivalentes, en cualquier ley, en los actos con fuerza de ley, en los reglamentos así como en los actos administrativos y en los convenios colectivos, también se aplican a cada una de las partes de la unión civil entre personas del mismo sexo” (art. 1, apartado 20). Sin embargo, se ha aclarado (para tranquilizar a los más conservadores) que tal previsión no es aplicable “a las normas del Código Civil no mencionadas expresamente en la presente ley» y especialmente a «las disposiciones de la Ley de 4 de mayo de 1983, n.º. 184” (en efecto, se ha excluido la posibilidad de admitir para las uniones civiles la llamada *stepchild adoption*); aunque, no obstante, se haya establecido «sin perjuicio de lo dispuesto y permitido en materia de adopción por las normas vigentes» (con una “evidente alusión a la actual apertura de la jurisprudencia menor en tema de adopción por parejas del mismo sexo”⁶⁸).

En relación a las parejas de hecho, la ley, acogiendo una serie de indicaciones procedentes de la jurisprudencia constitucional, de la del Tribunal Supremo y de la jurisprudencia menor (así como supranacional), señala los efectos que derivan de las relaciones estables entre dos personas mayores de edad (también del mismo sexo) unidas “por vínculos afectivos de pareja y recíproca asistencia moral y material, no vinculadas por relaciones de consanguinidad, afinidad o adopción, matrimonio o unión civil” (art. 1, apartado 36).

A los sujetos en cuestión les son reconocidos los mismos derechos que corresponden a los cónyuges en caso de enfermedad u hospitalización (o sea, el derecho de visita, de asistencia, además del acceso a la información personal, según las reglas de organización de los Hospitales o Servicios de Salud, públicos, privados o concertados), en caso de muerte (en cuanto a la donación de órganos, al modo de tratamiento del cuerpo, a la celebración del sepelio, al derecho al resarcimiento del daño en caso de que la muerte se haya producido como consecuencia de un hecho ilícito de un tercero), pero también con respecto a la inserción en la clasificación para la asignación de Viviendas de Protección Oficial o en relación con lo que se prevé en el ordenamiento penitenciario.

Las parejas de hecho pueden regular las relaciones patrimoniales relativas a su vida en común mediante la celebración de un “acuerdo de convivencia” (que no puede ser sometido a término o a condición), redactado

⁶⁸ Así F. BOCCHINI - E. QUADRI, *Diritto privato*, cit., p. 367.

en forma escrita, bajo pena de nulidad, en documento público o privado con firma autenticada por un notario o un abogado⁶⁹. Y la ley también define los casos de nulidad insubsanables (art. 1, apartado 57) de suspensión (art. 1, apartado 58) y de resolución (art. 1, apartados 59-64) del negocio en cuestión⁷⁰.

La nueva normativa regula, además, los llamados derechos económicos vinculados a la convivencia (como la permanencia en la vivienda⁷¹, o la subrogación en el contrato de arrendamiento, en caso de muerte del conviviente, y de participación en los beneficios de la empresa familiar⁷²) o a su cese (obligación de prestar alimentos, cuando la pareja se encuentre en “estado de necesidad y no sea capaz de mantenerse por sí mismo”⁷³).

⁶⁹ El acto puede contener una indicación de la residencia, el modo de contribución a las necesidades de la vida en común (en proporción a los recursos de cada uno y a su capacidad para desempeñar un trabajo profesional o doméstico); el régimen patrimonial de la comunidad de bienes (que puede ser cambiada en cualquier momento).

⁷⁰ El apartado 61, tratando de la terminación de los efectos del contrato de convivencia por rescisión unilateral, afirma que “en caso de que el casa familiar sea de disponibilidad exclusiva del que rescinde, la declaración de rescisión, bajo pena de nulidad, debe contener el término, no inferior a noventa días, concedidos a la pareja para dejar la vivienda”.

⁷¹ Según el artículo 1, apartado 42, “en caso de muerte del propietario de la casa donde tenían la residencia común, la pareja de hecho que sobreviva tiene derecho a seguir viviendo en la misma durante dos años o por un período igual a la convivencia si hubiese sido superior a dos años y no más de cinco años. Si en la misma cohabitan niños menores de edad o niños discapacitados de la pareja supérstite, el mismo tiene derecho a seguir viviendo en la casa de residencia común por un período no inferior a tres años». Mientras que, de conformidad con el apartado 43, «el derecho mencionado en el apartado 42 se extingue en caso de que el miembro de la pareja que sobrevive deje de habitar permanentemente en la casa de residencia común o en caso de matrimonio, unión civil o de nueva convivencia de hecho”.

⁷² La ley prevé la inclusión en el Código Civil del art. 230 *ter*, mediante el cual “a la pareja de hecho que presta de forma permanente su propio trabajo dentro de la empresa de su pareja tiene derecho a una parte de los beneficios de la empresa familiar y los bienes adquiridos con ellos, así como a los aumentos de la empresa, incluso en la puesta en marcha, en consonancia con el trabajo realizado. El derecho de participación no corresponde si entre la pareja existe una relación de sociedad o de trabajo”.

⁷³ Así en el art. 1, apartado 65, donde se establece que “los alimentos se otorgan por un período proporcional a la duración de la convivencia y en la medida determinada de conformidad con el artículo 438, apartado segundo, del Código Civil. Para determinar el orden de los obligados en virtud del artículo 433 del Código Civil, la obligación de alimentos de la pareja a que se refiere el presente apartado se cumplirá con prioridad de los hermanos y hermanas”.

6. CONCLUSIONES. EL (INCIERTO) ESCENARIO FUTURO EN ITALIA DE UN DERECHO FUNDAMENTAL QUE NO PUEDE SER MÁS LESIONADO

Hay que señalar que esta es sólo el marco de la regulación general de los derechos de las parejas *same-sex*. Los redactores de la ley han decidido delegar en el Gobierno la tarea de adoptar, dentro de seis meses, uno o más Decretos Legislativos en materia de unión civil entre personas del mismo sexo, de acuerdo con los principios y directrices fijados en la Ley de Bases, para adecuar las disposiciones del Registro Civil en materia de inscripciones, y anotaciones, y para coordinar y reordenar las normas de derecho interno y de derecho internacional privado.

El 19 de enero de 2017 se aprobaron los decretos núms. 5, 6 y 7⁷⁴ y se han inscrito en Italia las primeras uniones civiles.

No obstante, aún quedan muchas cuestiones por resolver y la doctrina ha dado buena cuenta de una serie de contradicciones e inconsistencias dentro de la nueva normativa⁷⁵.

La esperanza es que el marco jurídico final, que también dependerá de la interpretación que haga la jurisprudencia de la Corte Suprema, sea conforme a las directrices previstas por los Tribunales europeos, de modo que la intervención normativa adoptada no resulte fragmentaria, incompleta y no resolutive (o incluso contradictoria y anfibológica), como muchas veces ha ocurrido en materia de derecho de familia.

En juego están, de hecho, una vez más situaciones jurídicas universalmente consideradas inviolables.

ANGELO VIGLIANISI FERRARO
Università "Mediterranea" di Reggio Calabria
via Salita Melissari, 89100,
Reggio Calabria, Italia
e-mail: avf@unirc.it

⁷⁴ Vid. <http://www.altalex.com/documents/news/2016/10/05/unioni-civili-decreti-attuativi>.

⁷⁵ Sobre el tema, véase M. BLASI - R. CAMPIONE - A. FIGONE - F. MECENATE - G. OBERTO, *La nuova regolamentazione delle unioni civili e delle convivenze*, Torino, 2016; L. BALESTRA, "Unioni civili, convivenze di fatto e "modello" matrimoniale: prime riflessioni", *Giur. it.*, 2016, pp. 1779 ss.; y M. SESTA, "Unione civile e convivenze: dall'unicità alla pluralità dei legami di coppia", *Giur. it.*, 2016, p. 1771.

**UNA REVISIÓN DE LOS CONCEPTOS DE ACCESIBILIDAD,
APOYOS Y AJUSTES RAZONABLES
PARA SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO LABORAL***

A REVIEW OF THE CONCEPTS OF ACCESSIBILITY, SUPPORTS AND REASONABLE ACCOMMODATION FOR THEIR APPLICATION IN LABOR RELATIONS

JOSÉ LUIS REY PÉREZ
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Fecha de recepción: 10-3-17
Fecha de aceptación: 16-1-18

Resumen: *La Convención de los derechos de las personas con discapacidad de 2006, utiliza a lo largo del articulado tres conceptos que son clave con el fin de garantizar un ejercicio igual de los derechos para todas las personas: la accesibilidad, los apoyos y los ajustes razonables. Existe una amplia literatura en relación a cómo deben entenderse estos tres conceptos y como se relacionan entre ellos, sin embargo, al menos desde un punto de vista teórico, estamos todavía lejos de un acuerdo sobre su significado, su alcance y sus implicaciones prácticas. Esta dificultad aparece en mayor medida cuando examinamos estos tres conceptos en el ámbito laboral y en el contexto del ejercicio de un derecho tan importante para la integración social como el derecho al trabajo. El artículo 27 de la Convención, que se centra en el derecho al trabajo, se refiere a estos tres conceptos aunque no los precisa mucho. En este trabajo se analizará que estos tres conceptos, aplicados al mundo laboral, se tienen que adaptar y reformular. Se diferenciará entre accesibilidad, por un lado, y apoyos y ajustes razonables, por el otro. La accesibilidad hace referencia a tener acceso al mercado laboral, mientras que los apoyos y ajustes razonables se dan cuando la relación laboral ya existe, esto es, cuando ya se ha accedido al empleo. Así, la política de una cuota de reserva en las empresas está orientada a lograr la accesibilidad al mer-*

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación “Madrid sin barreras: discapacidad e inclusión social” financiado por la Comunidad de Madrid (H2015/HUM3330).

cado de trabajo, a eliminar las barreras con las que de partida las personas con discapacidad se encuentran. En cambio, los apoyos o los ajustes razonables que se hagan en el puesto de trabajo solo pueden ofrecerse cuando la accesibilidad ha sido garantizada, esto es, cuando la persona ya está en el puesto de trabajo y su finalidad, por tanto, es garantizar que el desempeño de las funciones que cada puesto conlleve se haga sin discriminación. Por eso en el contexto de las relaciones laborales, parece oportuno diferenciar los tres conceptos y las medidas que se derivan de los mismos. Si llevamos esto al terreno de los derechos, cuando hablamos de accesibilidad lo estamos relacionando directamente con el derecho al trabajo, con la posibilidad de acceder al mercado de trabajo, mientras que los apoyos y ajustes razonables se relacionan con los derechos laborales, los derechos en el puesto de trabajo.

Abstract: *The Convention of the Rights of Persons with Disabilities (2006) uses three concepts that are key elements to guarantee equality in the exercise of rights for everybody: accessibility, supports and reasonable accommodations. There is academic literature about the meaning and relations of these concepts; however, at least from a theoretical point of view, there is not an agreement about their meaning and practical consequences. This is particularly relevant in the labor field and, in concrete, when we analyze the right to work of persons with disabilities. The article 27 of the Convention recognizes the right to work and talk about these three concepts although its content is vague. In this paper I will study the three concepts in the framework of labor market and I will defend that in this field it is necessary to adapt their meaning. I will distinguish between accessibility in one side, and support and reasonable accommodation in the other. Accessibility refers to access to labor market, while the other two only appear when a labor contract does exist. In this sense, the quota of 2% for handicapped people in companies is a policy which goal is the accessibility to labor market, while reasonable accommodations or supports can only be developed when accessibility has been guaranteed, when a person has a job; in this case the objective is to eliminate discrimination in jobs. That is the reason why in the context of labor relations it is important to distinguish these concepts and the policies they can imply. When we talk about rights, the concept of accessibility is related to the right to work, while the other two are related to labor rights.*

Palabras clave: accesibilidad, apoyos, ajustes razonables, discapacidad, derecho al trabajo

Keywords: accessibility, supports, reasonable accommodation, disabilities, right to work

1. INTRODUCCIÓN: CONTEXTO Y OBJETIVO: LA IMPORTANCIA DEL EMPLEO

Como señalara Nussbaum¹ uno de los tres retos todavía no solucionados de la justicia social es el trato y la inclusión que en nuestras sociedades damos a las personas que se ven afectadas por algún tipo de discapacidad. Nuestra filosofía política y, en consecuencia, nuestro Derecho, se ha construido sobre un modelo liberal de raíz kantiana que pone el acento en conceptos como la autonomía moral y personal, la libertad y el individualismo. No en vano el liberalismo y su modelo de justicia social construido sobre el contractualismo, se ha basado en hombres blancos, autónomos, heterosexuales, sin relación con los demás, que llegan al contrato social por los beneficios que para ellos la vida social reporta. La filosofía liberal considera que el ser humano opera como una mónada que no precisa de los demás. Esto ha llevado a una idea de “normalidad” que ha servido para organizar nuestras sociedades, para inspirar el contenido de nuestras normas, que ha expulsado a los márgenes a todos aquellos que no encajaban con ese canon prestablecido. Como subraya bien Ribotta, “la diferencia entre los hombres es connatural con la misma existencia humana, pero las desigualdades son producto de la forma en que los hombres nos organizamos y distribuimos los recursos y bienes sociales, y las posiciones sociales que se derivan de ellos”².

Aunque la filosofía que subyace a los derechos, basada en la idea de la dignidad de la persona entendida como que todos debemos ser considerados como fines en sí mismos y nunca como meros medios, resulta incompatible con ese modelo de normalidad que no valora la diversidad y la diferencia, lo cierto es que hasta tiempos relativamente recientes los derechos han contribuido a esa homogeneización. Quizá por ello todavía hoy nos encontramos en lo que Bobbio denominó el proceso de especificación que consiste precisamente en reconocer derechos diferenciados a determinados colectivos que pueden tener necesidades diferentes a las que aparecen en el canon de normalidad del grupo extenso de derechos³. Los últimos años del siglo XX y los

¹ M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, Harvard University Press, Cambridge, 2007.

² S. RIBOTTA, “La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y el Derecho antidiscriminatorio español. Desafíos y ajustes que la Convención le exige al Derecho antidiscriminatorio español”, en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 453.

³ N. BOBBIO, *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991.

que llevamos de siglo XXI han servido para el reconocimiento diferenciado de derechos a grupos que tradicionalmente habían sido discriminados: derechos de las mujeres, de los homosexuales, de la infancia, derechos de las personas con discapacidad. El proceso de especificación, por tanto, supone un giro en la teoría liberal clásica de los derechos porque se centra en la persona situada en determinadas circunstancias sociales y personales, en sus necesidades concretas, y trata de ofrecer una respuesta institucional que asegure la dignidad de esas personas. Los derechos valoran ahora la diversidad y la pluralidad, las diversas formas en las que las personas se manifiestan y se desarrollan, la peculiaridad con la que cada uno vive, dadas las circunstancias que le hayan tocado, como algo positivo que enriquece las comunidades. Una sociedad justa y decente solo lo es precisamente si tiene en cuenta la diferencia y atiende las necesidades de cada uno sin imponer modelos homogéneos que, o bien marginen a los que no se adaptan a ellos, o bien impongan un sufrimiento a aquellos que se ven forzados a adaptarse al modelo⁴.

Es cierto que esto, que a nivel teórico puede ser objeto de consenso, en la práctica todavía está lejos de alcanzarse. Por un lado, requiere un enfoque de derechos mucho más pronunciado e incisivo que el que está presente en nuestras políticas; por otro, precisa de una mayor cantidad de recursos que parece que no encaja con los tiempos presentes de austeridad en las cuentas públicas. Pero si nos tomamos los derechos, los derechos de todos, en serio, sería algo que habría que hacer.

Uno de los modelos de homogeneización que más ha funcionado ha sido el del trabajo, o mejor dicho, el del empleo. Nuestras sociedades se han construido sobre una concepción del empleo estándar que ha servido como forma de integración y de inserción social. En el lenguaje cotidiano a la pregunta “¿qué eres, a qué te dedicas?” se suele responder con la ocupación laboral que cada uno tiene. Esto hizo que, sobre todo en las sociedades del bienestar que surgieron tras la II Guerra Mundial, el empleo fuera el núcleo del vínculo y la integración social. Un empleo que, además, venía acompañado de una serie de seguridades que ofrecían un conjunto amplio y robusto

⁴ Como señala Torralba Roselló “no tiene sentido hablar de personas con necesidades especiales, porque todo ser humano, en tanto que ser singular, tiene unas necesidades especiales. Es fundamental forjar una terminología que supere el sesgo, la discriminación, la permanente presencia de prejuicios y, por ello, nos parece oportuno, partir de la idea de que todo ser humano es un ente vulnerable con unas capacidades singulares”, F. TORRALBA ROSELLÓ, “Genealogía del prejuicio: perspectiva filosófica” en J. L. MARTÍNEZ (ed.), *Exclusión social y discapacidad*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2005, p. 179.

de derechos laborales, que protegían la posición de las personas en su puesto de trabajo. El empleo (privado), sin embargo, nunca fue una institución del todo integradora porque a priori, aunque tenga algún tipo de regulación, su oferta depende de agentes privados que son los que toman la decisión de contratar. De ahí que aunque funcionara como vínculo social en lo que se conoce como las décadas doradas del bienestar, sirvió para excluir a muchas personas que no se adaptaban a las condiciones del mercado: mujeres sobre las que recaían las tareas de cuidado que no tenían ningún reconocimiento, personas con discapacidad que se consideraba que no rendían lo suficiente o que no podrían cumplir con las tareas encomendadas, etc.

Hoy, esa incapacidad del empleo para integrar se ha hecho más patente. Porque ya no solo no integra al diferente sino que tampoco lo hace con el que más o menos sí se adecúa a los estándares exigidos por el mercado. El desempleo es hoy un elemento estructural de nuestras sociedades y de nuestras economías, que acentúa todavía más su fragmentación: entre quienes tienen empleo y quienes no lo tienen, entre los que tienen un empleo estable y los que viven instalados en la precariedad⁵ con constantes y continuas entradas y salidas del mercado laboral; incluso entre aquellos que tienen un empleo estable se da una tensión entre los que no lo ven amenazado y los que sienten que está en peligro. Quizá por ello llevamos décadas en las que las sucesivas reformas laborales se han centrado en incrementar la flexibilidad; la flexibilidad interna haciendo que los trabajadores tengan que adaptarse a las necesidades de la empresa en lo que a la organización de su trabajo y su jornada se refiere; la flexibilidad externa, porque el coste de contratar y despedir es cada vez más reducido, y la flexibilidad salarial con la devaluación de los salarios que se ha producido sobre todo con la crisis financiera iniciada en el año 2008.

Esta visión del trabajo y del empleo es muy reduccionista porque se limita a una concepción productivista determinada por criterios mercantiles. No tiene en cuenta qué es lo que aporta una actividad a la vida y al conjunto social, en qué la enriquece, cómo favorece las relaciones sociales o la integración de todos, cómo valora la diversidad. Conceptualmente habría que distinguir entre trabajo y empleo y constatar que hay mucho más trabajo que empleo; trabajo es cualquier actividad en la que se utilizan las aptitudes y

⁵ Standing ha acuñado el término *precarizado* para referirse a este grupo de trabajadores. Vid. G. STANDING, *El precariado. Una nueva clase social*, Pasado y Presente, Barcelona, 2012.

capacidades físicas e intelectuales que sirve para interactuar con el grupo social, que aporta un valor a la sociedad en la que se realiza, mientras que el empleo lo constituyen parte de esas actividades, aquellas que el mercado valora⁶. Habría, por tanto, que caminar hacia un concepto reproductivo del trabajo que reconfigura el sentido del derecho al trabajo proclamado en la Declaración Universal de Derechos de 1948 y en la propia Constitución española, entendiéndolo como el derecho al reconocimiento social, a la inserción y participación social. Sin duda, existe un vínculo entre reconocimiento e inserción social y trabajo y no hay plena integración social sin un trabajo que tenga cierto reconocimiento social, pero ese trabajo no tiene por qué ser empleo y, de hecho, en muchas ocasiones, no lo es.

La Convención sobre los derechos de la persona con discapacidad, aprobada por Naciones Unidas en Nueva York en 2006, reconoce el derecho al trabajo y al empleo en su artículo 27. Es interesante que expresamente hable de “trabajo y empleo” diferenciando ambos conceptos, aunque es verdad que tal diferencia se queda en el título del artículo porque luego en el desarrollo de sus diversos apartados no se aparta de la concepción tradicional que suele identificar empleo con trabajo. Y de la mano de la Convención, uno de los aspectos más importantes de la integración y reconocimiento de las personas con discapacidad por parte de los diversos Estados se ha venido centrando en las políticas de empleo, en analizar y desarrollar políticas públicas que logren ir rompiendo la barrera para la inserción laboral que existe para las personas con discapacidad.

La Convención utiliza a lo largo del articulado tres conceptos que son clave para entender las acciones a realizar con el fin de garantizar un ejercicio igual de los derechos para todas las personas: la accesibilidad, los apoyos, y los ajustes razonables. Existe una amplia literatura en relación a cómo deben entenderse estos tres conceptos y como se relacionan entre ellos. Hay, por ejemplo, un debate acerca de si deben ser considerados como derechos autónomos, con un contenido específico, o más bien son instrumentos vinculados al principio de no discriminación en coherencia con la idea de la Convención de no reconocer nuevos derechos, sino de asegurar el ejercicio de los ya existentes a las personas con discapacidad⁷.

⁶ J. L. REY PÉREZ, *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Dykinson, Madrid, 2007.

⁷ R. DE ASÍS, M.C. BARRANCO, P. CUENCA y A. PALACIOS, “Algunas reflexiones generales sobre el impacto de la Convención de los Derechos de las Personas con

De Asís, por ejemplo, entiende que existe un vínculo entre apoyos y accesibilidad porque precisamente los apoyos se ponen a disposición de las personas con discapacidad para que los bienes, servicios, prestaciones y derechos les resulten accesibles. Cuando, por motivos concretos y particulares de las necesidades específicas de una persona, esos apoyos resulten insuficientes entrarían los ajustes razonables para lograr un efectivo disfrute de derechos⁸. No obstante, la Convención no delimita con claridad estos tres conceptos y es por ello por lo que ha habido, tanto en el ámbito teórico como en el práctico, discusiones acerca de cuáles son su sentido y su alcance. Al tratarse de conceptos que surgen para dar respuesta a problemas concretos, en ocasiones su significado ha venido aclarado por las resoluciones de los tribunales. La indefinición o ambigüedad de estos tres conceptos probablemente sea inevitable y conveniente. Nussbaum subraya que el enfoque de capacidades y de respeto a la dignidad exige muchas veces respuestas individualizadas y adaptadas a los problemas u obstáculos concretos que esa persona encuentre⁹. Estos conceptos son lo suficientemente flexibles para poder concretarse de diversas maneras en función del problema específico al que intentemos dar respuesta.

El objetivo de este artículo es analizar si la tríada accesibilidad, apoyos y ajustes razonables tiene un significado específico y diferenciado en el ámbito laboral. Esta reflexión parece pertinente dado el esfuerzo doctrinal que se viene realizando para lograr una homogeneización en el significado de estos tres conceptos. La forma en la que se abordará esta cuestión será sobre todo desde una perspectiva conceptual pero partiendo y concretando tal reflexión en las instituciones existentes en el Derecho español.

2. ¿QUÉ SIGNIFICA LA ACCESIBILIDAD EN EL CAMPO DEL EMPLEO?

Probablemente si hay un concepto que ha estado siempre presente en la lucha por la igualdad de las personas con discapacidad, este ha sido el de la accesibilidad, el de la accesibilidad universal. La accesibilidad está estrechamente ligada a la igualdad, en concreto a la igualdad de oportunidades y

Discapacidad en el Derecho español" en P. CUENCA GÓMEZ, *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, cit., p. 22.

⁸ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, Dykinson, Madrid, 2013.

⁹ M. NUSSBAUM, *Frontiers of Justice. Disability, nationality, species membership*, cit.

hace referencia a eliminar todos aquellos obstáculos que dificultan tal igualdad. En este sentido, se pueden distinguir dos dimensiones: una subjetiva y otra objetiva, si nos estamos refiriendo a un grupo de personas o a una serie de bienes¹⁰. De forma intuitiva, la accesibilidad se ve en una dimensión espacial, como aquellas barreras arquitectónicas que han dificultado el acceso a determinados espacios a personas que tenían una discapacidad física. Por lo tanto, habitualmente se mezclan las dos dimensiones, aunque en ocasiones cada una de ellas puede requerir acciones concretas. Por ello, la accesibilidad no puede reducirse a esa dimensión espacial o arquitectónica, sino que tiene otras muchas dimensiones: puede ser accesibilidad tecnológica, particularmente relevante en un mundo como el nuestro donde necesitamos la tecnología para un creciente número de cosas, puede ser también accesibilidad a las instituciones o procedimientos administrativos que pueden exigir traducir en un lenguaje comprensible los mismos, etc.

La accesibilidad parte de un enfoque social y no médico de la discapacidad¹¹. Como es sabido, el enfoque médico entiende que los problemas de la discapacidad se derivan de la situación de la persona que la tiene que se aparta o se sitúa por debajo de un umbral de normalidad que se pretende objetivo; se presenta como una deficiencia a la que habría que dar apoyo socialmente, un apoyo de tipo asistencial alejado del enfoque de derechos. Por su parte, el enfoque social entiende que el problema no está en las personas, sino en el diseño social que hemos hecho que obstaculiza y margina a determinadas personas por no responder a un diseño universal, “una sociedad que ha de ser pensada y diseñada para hacer frente a las necesidades de todos”¹². Habría que cambiar la sociedad precisamente para garantizar a todas las personas el pleno desarrollo de su personalidad al margen de cuáles sean sus circunstancias, entre otras cosas, porque salvo que existiera un superhombre nadie encaja con precisión en el ideal del ser autónomo liberal. Lo que ocurre es que muchas de las incompetencias que cada uno de nosotros tenemos no han sido relevantes para la organización social, cosa que sí ha ocurrido con la discapacidad: “todo ser humano tiene limitaciones para desarrollar algunas actividades: cantar, realizar cálculos matemáticos, orientarse en un lugar desconocido, correr, practicar deportes, bailar, rete-

¹⁰ VV.AA., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 62.

¹¹ Una síntesis de los diferentes modelos puede encontrarse en VV.AA., *Sobre la accesibilidad universal en el Derecho*, cit., pp. 17-23.

¹² Ídem, p. 21.

ner datos, recitar poesía, cocinar, realizar manualidades. Para la mayoría de las personas, el dato de sus limitaciones relativas a la realización de ciertas actividades es irrelevante. Las personas con discapacidad, sin embargo, han sufrido históricamente una rotulación que pone énfasis en las actividades en las que tienen limitaciones, en lugar de resaltar las actividades que sí pueden desarrollar sin dificultades”¹³. No habría por tanto unas fronteras claras entre capacidad y discapacidad, todo depende de lo que socialmente se considere como tal porque sin duda “las personas con discapacidades *objetivas* tienen también capacidades de las que carecen los capacitados”¹⁴. De acuerdo con esta idea, habría que hacer un diseño universal de los componentes sociales de forma que la accesibilidad esté asegurada y no se produzca discriminación. La falta de accesibilidad supone una forma de discriminación. Una discriminación que en unos casos es directa, pero que en la mayor parte de las ocasiones es indirecta. Como indica De Asís “la demanda de accesibilidad no se produce en abstracto ni en relación con ámbitos que poseen un alcance individual o personal, sino en comparación con los bienes, productos y servicios que algunos (la mayoría) disfrutan y se vinculan a la vida social”¹⁵. La no accesibilidad es en sí misma discriminatoria y vulnera el valor de la igualdad que subyace a los derechos. Este mismo autor diferencia entre un sentido amplio y uno restringido de la accesibilidad¹⁶. El restringido sería el definido en el artículo 9 de la Convención de los derechos de las personas con discapacidad cuando señala que “los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. Este artículo hace una enumeración que no supone un *numerus clausus* pero que expresamente se refiere a las construcciones, los transportes, las viviendas, las instalaciones médicas, los lugares de trabajo, los servicios de información y de comunicaciones, etc. En sentido amplio, De Asís liga la accesibilidad con la capacidad, con el derecho a tener derechos, y aquí lo enlaza con los apo-

¹³ C. COURTIS, “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003” *Jueces para la democracia*, núm. 51, 2004, p. 12.

¹⁴ J. L. MARTÍNEZ, “Exclusión, discapacidad y justicia social” en J. L. MARTÍNEZ (ed.), *Exclusión social y discapacidad*, cit., p. 257.

¹⁵ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 77.

¹⁶ Ídem.

yos o ajustes razonables que habrá que hacer cuando la accesibilidad no está garantizada, cuando no hay un diseño universal, lo que choca directamente con el principio de no discriminación. Dicho con otras palabras, habría una gradación (que además tendría un orden de prioridad): el diseño universal tendría que ser el objetivo, medidas que están diseñadas para todos y que incluyen a todos (que se oponen por tanto los obstáculos sociales a la igualdad que han sido creados), la accesibilidad operaría cuando ese diseño universal no es posible (porque probablemente es un diseño que no alcanza a todas las situaciones concretas, a todas las necesidades específicas en todos los ámbitos), pero sí es una medida general para todas las personas con discapacidad. Es decir, la accesibilidad opera como una corrección al mal diseño realizado que no es universal y que permite el acceso a las personas con discapacidad.

¿Tiene sentido este significado en el campo del mercado laboral? El mercado laboral no responde a un diseño universal. En su propia esencia, el mundo del mercado laboral, del empleo, es discriminatorio. No todas las actividades son valoradas igual por el mercado, no todas las personas tienen iguales oportunidades de empleo. Si hay un lugar donde no se da el diseño universal ese es precisamente el del mercado de trabajo en contextos de economías capitalistas no centralizadas. ¿Sería posible hacer un diseño universal del mercado de trabajo? Parece que no, porque los diversos empleos requieren distintas capacidades que no todos poseemos, su atribución depende de la decisión del empleador, su contraprestación en forma de salario responde a criterios económicos y de eficiencia más que de equidad y porque, dado que el empleo es un bien escaso que tiene una fuerte demanda, no podemos organizar un diseño universal de todos los empleos disponibles. Siguiendo el razonamiento de De Asís es aquí donde entraría la accesibilidad, como una serie de medidas que corregirían los obstáculos que particularmente sufren las personas con discapacidad en comparación con las personas sin discapacidad a la hora de acceder al mercado de trabajo.

Es aquí donde se ve cómo la accesibilidad juega un papel y adquiere un significado distinto. De Asís entiende que los apoyos sirven para garantizar la accesibilidad¹⁷. Sin embargo, en el campo del empleo, parece más oportuno desligar, por un lado, la idea de accesibilidad, y por otro, la de apoyos y ajustes razonables. ¿La razón? Porque estas ideas están vinculadas a derechos distintos. La accesibilidad se refiere a acceder a un puesto de trabajo,

¹⁷ R. DE ASÍS, "Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos", *Papeles el tiempo de los derechos*, núm. 3, 2016, pp. 1-3.

dicho con otras palabras, al derecho *al* trabajo. Los apoyos y ajustes razonables están vinculados con las condiciones en las que se desarrolla el empleo, tienen que ver con los derechos *en* el puesto de trabajo. El artículo 27 de la Convención, que se centra en el derecho al trabajo, habla del acceso al empleo cuando en su apartado 27.1 a) prohíbe “la discriminación por motivos de discapacidad con respecto a todas las cuestiones relativas a cualquier forma de empleo, incluidas las condiciones de selección, contratación y empleo, la continuidad en el empleo” o cuando en el apartado d) obliga a que “las personas con discapacidad tengan acceso efectivo a programas generales de orientación técnica y vocacional, servicios de colocación y formación profesional y continua”. Por otro, habla de apoyos cuando señala la necesidad de apoyar a las personas con discapacidad “para la búsqueda, obtención, mantenimiento del empleo y retorno al mismo” (27.1 e)). Y, por último, se refiere a los ajustes razonables en el apartado 27.1 i) cuando obliga a “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. De forma similar, aborda la cuestión la normativa española cuando en el artículo 35 de la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y su inclusión social, dentro de lo que se recoge como garantías del derecho al trabajo en su apartado 2 habla de “la garantía y efectividad de los derechos a la igualdad de trato y de oportunidades de las personas con discapacidad se regirá por lo establecido en este capítulo y en su normativa específica en el acceso al empleo”; y en el artículo 41 cuando define los servicios de empleo con apoyo como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo”.

Es decir, la accesibilidad a lo que hace referencia es a tener acceso al mercado laboral, mientras que los apoyos y ajustes razonables se dan cuando la relación laboral ya existe, cuando ya se ha accedido al mercado laboral. Y esto se pone de manifiesto en las distintas políticas que ponen en práctica estos principios. ¿Cuáles son en nuestro contexto jurídico las medidas que intentan lograr la accesibilidad al mercado de trabajo, la accesibilidad al derecho al trabajo?

2.1. Los Centros Especiales de Empleo (CEE)

Son una de las formas de empleo protegido que cuentan con una larga trayectoria en España desde su creación en el año 1982 por la Ley 13/1982 de integración social de los minusválidos. De acuerdo con el espíritu de esta

norma, los CEE se configuraban como una vía secundaria para garantizar el acceso al mercado laboral y por lo tanto tendrían un carácter transitorio que tuviera como fin la integración de las personas con discapacidad en el mercado laboral ordinario. Así lo establecía el artículo 37 de la citada Ley: “Será finalidad primordial de la política de empleo de trabajadores minusválidos su integración en el sistema ordinario de trabajo o, en su defecto, su incorporación al sistema productivo mediante la fórmula especial de trabajo protegido que se menciona en el artículo 41”. Esta filosofía se mantiene en el artículo 43 de la Ley General de los derechos de las personas con discapacidad de 2013 cuando los configura como “medio de inclusión del mayor número de estas personas en el régimen de empleo ordinario”. Lo cierto es que desde 1982 los CEE han jugado un papel muy importante a la hora de garantizar la accesibilidad al empleo a las personas con discapacidad, tratándose de “una fórmula de empleo reservado, tanto que sólo los puestos de gerencia y servicios internos están libres de esa condición”¹⁸.

Con todo, aunque logra la idea de la accesibilidad, no lo es al mercado ordinario de trabajo manteniéndose un entorno separado que no es coherente con la idea de misma de accesibilidad, esto es, de eliminar los obstáculos sociales que son los que generan la discriminación. De ahí que respondan más al modelo médico de la discapacidad y no al social, lo que no encaja muy bien con la filosofía de la Convención. Aunque no se puede negar el papel que los CEE han cumplido favoreciendo la autoestima, ofreciendo capacitación, formación, experiencia y hábitos laborales en un entorno que reduce el estrés del trabajador y que ofrece una mayor estabilidad en el empleo, suponen un ámbito segregado del mercado laboral común lo que genera, a la larga, mayor marginación y no logra la integración. La propia organización del trabajo en los CEE estaría marcada por una sobreprotección y una menor exigencia, no aviniéndose así al principio de normalización¹⁹. Pero quizá el mayor problema es que los CEE no funcionan con el carácter transitorio en el que el legislador estaba pensando y se convierten en el destino definitivo del trabajador con discapacidad. Como instrumento de transición podría pensarse que son un paso en la accesibilidad pero como indican Jordán de Urríes

¹⁸ D. CASADO PÉREZ, “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 50, 2004, p. 62.

¹⁹ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, “El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?”, *Estudios de Economía Aplicada*, vol. 30, núm. 1, 2012, p. 242.

y Verdugo²⁰ las tasas de transición del empleo protegido al ordinario son muy bajas, casi nunca superan el 5%²¹ y que además se dan incentivos para que los mejores trabajadores no pasen al empleo ordinario con el fin de que la productividad de los CEE no se vea reducida²². Por otra parte, el contexto laboral de los CEE es un contexto de derechos laborales atenuados donde no se aplican los convenios colectivos del sector, donde no hay representación sindical y donde en términos generales hay una mayor precarización. Según un estudio realizado por el sindicato Comisiones Obreras en los CEE el 99% de los trabajadores estaban contratados como operarios y el 75% de ellos cobraba el salario mínimo interprofesional²³.

Esto pone de manifiesto unos escasos salarios para personas que pueden tener unas mayores y específicas necesidades de gasto debido precisamente a su discapacidad y a los obstáculos sociales existentes²⁴.

Por todas estas razones, el modelo de empleo protegido de los CEE cumple un papel importante pero quizá deba ser revisado para volver al principio de transitoriedad y de último recurso que lo inspiró: "Todas estas características conducen a considerar los CEE como un modelo a revisar para su plena adaptación a las exigencias de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y a destacar su valor como una fórmula que, a la luz de los hechos y los resultados, debemos mantener, mejorar y

²⁰ FB. JORDÁN DE URRÍES y M.A. VERDUGO, "Situación de los centros especiales de empleo en España (I): impacto sobre el empleo", *Polibea*, núm. 101, 2011, pp. 15-22, y "Situación de los centros especiales de empleo en España (II): aspectos valorativos", *Polibea*, núm. 102, 2012, pp. 43-50.

²¹ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?", cit., p. 242.

²² Vid. M. A. MALO y S. RODRÍGUEZ, "Centros especiales de empleo: una breve reflexión económica sobre los cambios recientes de su normativa", *Documentación Laboral*, núm. 61, 2000, pp. 181-193.

²³ V. RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, "El empleo de las personas con discapacidad en la gran recesión: ¿son los Centros Especiales de Empleo una excepción?", cit., p. 242.

²⁴ En un estudio realizado hace unos años y por tanto previo a la crisis, Díaz Velázquez señalaba que "un 41% de los hogares con discapacidad son mileuristas por lo que van a tener más dificultades para el acceso a los recursos y bienes materiales básicos que precisen en comparación con el resto de población. El gasto medio de los hogares con discapacidad para adquirir productos, recursos y servicios necesarios por motivo de su discapacidad era en el año anterior a la encuesta [2007] de 3022,24 euros, una media de 251,85 euros adicionales de gasto al mes", E. DÍAZ VELÁZQUEZ, "Estratificación y desigualdad por motivo de discapacidad", *Intersticios. Revista de Sociológica de Pensamiento Crítico*, vol. 5, núm. 1, 2011, p. 167.

promover”²⁵. O dicho con otras palabras, la principal vía que se utiliza para asegurar la accesibilidad, en el fondo no la logra porque cuando hablamos de accesibilidad a lo que nos referimos es al acceso al mercado de trabajo común y no a uno segregado. Mantenerse en un empleo no ordinario no es acceder al mercado de trabajo, es quedarse en un estado intermedio.

2.2. Los enclaves laborales

Los Enclaves Laborales surgen en parte para solucionar el problema de los CEE como un entorno laboral segregado. El RD 290/2004 que los regula los define como un “contrato entre una empresa del mercado ordinario de trabajo, llamada empresa colaboradora, y un centro especial de empleo para la realización de obras o servicios que guarden relación directa con la actividad normal de aquélla y para cuya realización un grupo de trabajadores con discapacidad del centro especial de empleo se desplaza temporalmente al centro de trabajo de la empresa colaboradora”. Los enclaves laborales tenían como objetivo aumentar el tránsito de los CEE al mercado laboral ordinario favoreciendo el conocimiento de las capacidades de los trabajadores por parte de la empresa que quizá en el futuro les podía contratar, facilitando a los trabajadores el conocimiento de un entorno ordinario de trabajo y permitiéndoles la adquisición de habilidades y competencias.

Los enclaves han logrado aumentar el volumen de trabajo de los CEE pero están sirviendo como una vía alternativa al cumplimiento de la cuota de reserva para empresas de 50 o más trabajadores perpetuándose así la segregación laboral de las personas con discapacidad y no cumpliendo con el principio de accesibilidad al mercado laboral.

2.3. La cuota de reserva

La cuota de reserva, que consiste en nuestro país en la reserva de un 2% de los puestos para personas con discapacidad en las empresas de 50 o más empleados y en un 7% en las convocatorias de empleo públicas, es una medida de discriminación inversa que persigue aumentar la presencia social del grupo desaventajado y realizar una redistribución más justa de determi-

²⁵ VV.AA., *Impacto de la aplicación de la Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas con discapacidad en la regulación de los Centros Especiales de Empleo*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas-Universidad Carlos III, Madrid, 2015, p. 58.

nados bienes sociales (el empleo), valorar la diferencia y la diversidad como un elemento que aporta valor y, por último, una función de compensación por las discriminaciones que el colectivo de las personas con diversidad funcional ha venido sufriendo. Su objetivo, por tanto, es eliminar en el medio plazo las barreras a la accesibilidad al mercado laboral para las personas con discapacidad y dado que de lo que se trata es de acceder al mercado de trabajo público o privado ordinario y no segregado, es el principal instrumento que intenta lograr la accesibilidad. Respecto a las medidas de discriminación inversa, la doctrina exige un triple juicio para considerarlas justificadas: un juicio de razonabilidad, esto es, que cumple con los fines y valores constitucionalmente admitidos, un juicio de proporcionalidad, y que tengan un carácter temporal, cuando la presencia del colectivo se normalice entonces carece de sentido seguir prolongando la medida de discriminación inversa. En el terreno que nos ocupa, la cuota de reserva cumple de sobra con los tres requisitos, aunque algunos autores han señalado que en esta materia, por las particularidades que presenta, la valoración de estos aspectos debería realizarse de forma más flexible²⁶. Es sobradamente razonable ya que persigue lo establecido en el artículo 49 de la Constitución (“Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”). Es proporcional, aunque aquí habría más bien que señalar que es insuficientemente proporcional porque si la población con discapacidad en España es un 4,4%, establecer una cuota del 2% resulta escaso. En este sentido, hay diversas propuestas que proponen aumentar esta cuota a un 4% o incluso que variase al alza en función del número de trabajadores que tuviera la empresa²⁷. Y, por último, a la vista de los datos con los que contamos, parece justificado que esta cuota, aunque fuera establecida en 1982, se mantenga dado que no se han logrado eliminar las barreras de acceso al mercado laboral para las personas con discapacidad. Además entra de lleno en la definición de accesibilidad que da el artículo 9 de la Convención: se trata de una medida pertinente para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en este caso al mundo del empleo.

²⁶ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 120.

²⁷ J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pp. 411-412.

No obstante, se puede decir que esta medida no resulta suficiente para cumplir con lo establecido en la Convención porque al estar limitada a las empresas de 50 o más trabajadores tiene un alcance muy limitado en un país como España donde la mayor parte de las empresas son pequeñas y medianas. Como señala Rubio de Medina “mayoritariamente el tejido empresarial español privado se encuentra formado por PYMES que no superan la barrera de los 50 puestos de trabajo, con lo que la cuota de reserva de puestos de trabajo para las personas discapacitadas se reduce sustancialmente”²⁸. El legislador ha obviado esta realidad y no se ha tomado en serio las obligaciones que se derivan de la Convención que obligarían a buscar formas de asegurar la accesibilidad también en aquellas empresas que cuentan con menos de 50 trabajadores.

Por otro lado, la cuota de reserva se establece de forma genérica para todas las personas con discapacidad, pero no diferencia entre el grado de discapacidad, lo que puede funcionar de manera discriminatoria para aquellas que tienen discapacidades más severas y que previsiblemente las empresas serán más reacias a contratar. En este sentido Casado Pérez señala que “la reserva de puestos es una medida de discriminación positiva de carácter genérico, es decir, no se aplica en función de necesidades especiales comprobadas [...] la aplicación sin evaluación específica de las necesidades puede generar privilegios arbitrarios para aquellas personas cuyas discapacidades no suponen desventaja para acceder a ciertos cuerpos”²⁹. Por ello, quizá sería recomendable fragmentar la cuota reservando una parte de la misma a aquellas personas que tienen particulares dificultades para acceder al mercado de trabajo³⁰.

²⁸ M. D. RUBIO DE MEDINA, “Las referencias al empleo en la convención sobre los derechos de las personas con discapacidad y su repercusión en la normativa laboral española”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 1, núm. 1, 2013, pp. 15-16. Señala en este sentido Pérez Pérez que “la peculiar configuración del tejido empresarial español hace que el número total de empresas obligadas a reservar empleo para personas con discapacidad sea relativamente bajo, ya que no alcanza el 1% del total de las existentes en el país. En este sentido, no es de extrañar que más del 50% de las contrataciones ordinarias de personas con discapacidad se realicen en empresas de menos de 50 trabajadores, que son precisamente aquellas que no están sometidas a la cuota de reserva”, J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 408.

²⁹ D. CASADO PÉREZ, “Conocimiento y gestión del empleo de las personas con discapacidad”, cit., p. 68.

³⁰ J. PÉREZ PÉREZ, *Contratación laboral de personas con discapacidad. Incentivos y cuotas de reserva*, cit., p. 412.

Además, la accesibilidad se ve obstaculizada porque el artículo 2.1 del Real Decreto 364/2005 establece una medidas alternativas de cumplimiento que se presentaban como excepcionales y que, sin embargo, se han convertido en la vía ordinaria³¹. Esto ha provocado la progresiva desaparición del empleo de personas con discapacidad en el ámbito del trabajo ordinario, vulnerándose así el artículo 27 de la Convención no cumpliéndose con la obligación de accesibilidad³².

2.4. Subvenciones y bonificaciones

Otra medida que sirve para ir eliminando las barreras de accesibilidad al mercado de trabajo son las subvenciones y bonificaciones por la contratación de una persona con discapacidad. Hay muy diversas medidas de este tipo: desde subvenciones por la contratación de trabajadores con discapacidad a tiempo completo, hasta deducciones en el impuesto de sociedades pasando por distintas bonificaciones en las cuotas a la Seguridad Social que varían en función del tipo de discapacidad, la edad y el género de las personas contratadas.

Teniendo en cuenta la estructura empresarial existente en España que, como se ha dicho, está construida sobre pequeñas y medianas empresas, las subvenciones y bonificaciones son realmente el único instrumento y política que se ha desarrollado para favorecer la accesibilidad a este tipo de empresa. Eso hace que, aunque es cierto que hay una diversidad de planes que pueden incentivar la contratación por el ahorro que suponen a la empresa estas

³¹ Las vías que prevé el citado artículo son las siguientes: - Celebración de un contrato civil/mercantil con un CEE o autónomo con discapacidad para el suministro de materias primas, maquinaria, bienes, en cuantía igual a 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Celebración de un contrato civil/mercantil con un CEE o autónomo con discapacidad para la ejecución de actividad o servicios ajenos y accesorios a la actividad normal de la empresa en cuantía igual a 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Donaciones a fundaciones o asociaciones de utilidad pública para el desarrollo de acciones de integración laboral de personas con discapacidad en cuantía igual a 1,5 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

- Constitución de un enclave laboral con un CEE cuya cuantía mínima sea 3 veces el IPREM por cada trabajador dejado de contratar.

³² D. GUTIÉRREZ COLOMINAS, "El complemento por discapacidad y la cuota de reserva de puestos de trabajo para personas con discapacidad en la negociación colectiva de los últimos años (2012-2014)", *Temas Laborales*, núm. 131, 2015, pp. 149-179.

contrataciones, resulte claramente insuficiente esta política para lograr la integración plena de las personas con discapacidad en el modelo de empresa más común del tejido económico español. De ahí que sea necesario pensar en alternativas y en programas que tengan una mayor incidencia. Algo similar ocurre con el empleo autónomo, se hacen imprescindibles programas que estén más focalizados y mejor diseñados, que no se queden en ayudas cuantitativas (ahora para el empleo autónomo se ofrecen reducciones en los tipos de interés, cobertura de determinados costes o de los gastos de formación...) sino que tengan un carácter cualitativo, que atiendan individualmente las necesidades que tiene cada persona que quiere iniciar una aventura empresarial. La escasa atención que la Ley General de 2013 presta al empleo autónomo es muy llamativa ya que el artículo 47 se limita a señalar un principio muy general: "Los poderes públicos, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán políticas de fomento del trabajo autónomo de personas con discapacidad dirigidas al establecimiento y desarrollo de iniciativas económicas y profesionales por cuenta propia, o a través de entidades de la economía social, de acuerdo con la normativa reguladora de la materia".

De estas medidas de accesibilidad, realmente las dos únicas que son coherentes con el enfoque social de la discapacidad son la cuota de reserva y las ayudas, subvenciones y bonificaciones porque son las que están orientadas a lograr eliminar las barreras de acceso al mercado ordinario. El empleo protegido, en cambio, parece que encaja más con un enfoque médico porque mantiene un entorno segregado de trabajo con una inspiración asistencialista³³ y solo se justifican como un tránsito al empleo ordinario, en cierto sentido, como un apoyo en ese tránsito.

3. APOYOS EN EL EMPLEO

Los otros dos conceptos que se utilizan en el campo de la discapacidad y que también aparecen en la Convención son los de apoyos y ajustes razonables. Igual que ocurría con la idea de accesibilidad, no existe un acuerdo doctrinal acerca de cómo deben entenderse. Como ya se ha indicado, De Asís³⁴ entiende que la idea de apoyo está muy ligada a la de accesibilidad, esto es, que la accesibilidad se garantiza precisamente prestando medidas de apo-

³³ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., p. 127.

³⁴ R. DE ASÍS, "Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos", cit.

yo³⁵. En ese sentido, la cuota de reserva, las subvenciones y bonificaciones o el empleo protegido podían ser interpretadas como medidas de apoyo que permiten acceder al mercado de trabajo. Aunque esto tiene lógica, lo cierto es que en el campo del empleo tenemos una figura, el empleo con apoyo, donde el concepto de apoyo adquiere todo su sentido y no tiene tanto que ver con la accesibilidad al mercado de trabajo, el derecho al trabajo, como con el desempeño y desarrollo de las actividades propias de ese empleo, con los derechos *en* el puesto de trabajo. La cuota de reserva o las subvenciones están orientadas a lograr la entrada de las personas en el empleo, pero luego, una vez que éste ya se tiene, el apoyo lo que hace es facilitar su permanencia, eliminar las discriminaciones en el puesto de trabajo que pudieran darse porque socialmente las empresas muchas veces en sus diseños no han tenido en cuenta el hecho de la discapacidad.

El empleo con apoyo se reguló en el RD 870/2007 donde en su artículo 2.1 lo define como “el conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo, prestadas por preparadores laborales especializados, que tienen por objeto facilitar la adaptación social y laboral de trabajadores con discapacidad con especiales dificultades de inserción laboral en empresas del mercado ordinario de trabajo en condiciones similares al resto de los trabajadores que desempeñan puestos equivalentes”. Se trata de ofrecer un apoyo flexible, muchas veces con adaptaciones individualizadas, que permiten que la persona con discapacidad esté en igualdad de condiciones a la hora de trabajar³⁶. El apoyo puede ser variado y depende en gran medida de las características del empleo y de las circunstancias particulares del trabajador y suele tener un carácter temporal.

En primer lugar, tenemos lo que en el ámbito anglosajón se conoce como *train and place*, que consiste en un apoyo que se ofrece en los primeros momentos de incorporación al puesto de trabajo. Normalmente se trata de un monitor ocupacional que ayuda al nuevo trabajador a adaptarse a su empleo, esto es, que se encarga de un “conjunto de acciones de orientación y acompañamiento individualizado en el puesto de trabajo prestado por los

³⁵ No hay que confundir el empleo con apoyo con las unidades de apoyo que funcionan en el contexto del empleo segregado, de los CEE, vid. P. TUSET DEL PINO, *Trabajadores con discapacidad. La prestación de servicios de ajustes personales y sociales*, Grupo Difusión, Madrid, 2010, pp. 120 y ss.

³⁶ M. T. BECERRA TRAVER, M. MONTANERO FERNÁNDEZ, y M. LUCERO FUSTES, “Empleo con apoyo. Apoyo laboral a trabajadores con discapacidad intelectual en tareas que requieren autorregulación”, *Campo Abierto*, vol. 30, núm. 2, 2011, p. 44.

preparadores al discapacitado”³⁷, orientando, asesorando y acompañando la adaptación al puesto de trabajo, ayudando en el desarrollo de habilidades sociales, ofreciendo una formación específica para la tarea que se va a desarrollar, haciendo un seguimiento del trabajador, informando a la empresa de necesidades que se aprecien, etc. Este apoyo puede darse tanto dentro como fuera del puesto de trabajo. El monitor es una persona con formación específica en el campo de la discapacidad. En un momento dado, cuando el trabajador ya se ha adaptado a sus responsabilidades laborales, el apoyo se retira, de hecho la duración de este apoyo está entre los 6 meses y el año, aunque en casos de especial dificultad se puede prorrogar hasta 18 meses más. Estos programas normalmente cuentan con subvenciones destinadas a cubrir el coste del monitor que van desde los 2500 hasta los 6600 euros al año en función del grado de discapacidad del nuevo trabajador contratado. Aragón Gómez valora muy positivamente esta figura “a) porque favorece el acceso al mercado ordinario no solo desde un entorno protegido, sino también desde la situación de inactividad; b) por su carácter gratuito para la empresa ordinaria; c) por el hecho de que se exija que los preparadores acrediten un nivel mínimo de formación y una experiencia de al menos un año en actividades de integración laboral de personas con discapacidad [...] y por la existencia de incentivos económicos al objeto de financiar los costes laborales de los preparadores”³⁸.

En segundo lugar, encontramos los recursos de apoyo natural, en este caso son los propios compañeros (uno o varios) los encargados de ofrecer apoyo para facilitar la adaptación al puesto de trabajo del nuevo trabajador con discapacidad. Para ello, los trabajadores seleccionados para dar el apoyo pueden recibir una formación específica y es importante que se les libere de parte de sus responsabilidades para que no lo vivan como una carga adicio-

³⁷ R. MENÉNDEZ CALVO, “Integración laboral de las personas con discapacidad. Modelo legal tras la reforma de 2012”, *Anuario Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. V, 2012, p. 235. Esta autora señala que las medidas pueden consistir en “-Orientación, asesoramiento y acompañamiento individualizado para su adaptación al puesto de trabajo; - Acciones de acercamiento y mutua ayuda entre la persona discapacitada, el empleador y el resto de la plantilla; - Aprendizaje específico en las tareas inherentes al puesto de trabajo; -Seguimiento y evaluación del proceso de inserción de la persona discapacitada en su puesto de trabajo; -Informar y asesorar a las empresas sobre las necesidades para alcanzar la integración total del discapacitado”, *idem*, pp. 235-236.

³⁸ C. ARAGÓN GÓMEZ, “El impacto de la Convención en materia laboral” en P. CUENCA GÓMEZ (ed.), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, cit., pp. 217-218.

nal. Esta fórmula tiene la ventaja de que facilita la integración de los trabajadores, pero para que funcione es preciso que esté bien organizada a nivel empresarial, que haya un compromiso real por parte de la empresa.

Como vemos los apoyos facilitan la adaptación al puesto de trabajo cuando ya se ha accedido a él, pero no constituyen como ahora vamos a ver ajustes en el puesto de trabajo. Podríamos decir que están a medio camino entre la accesibilidad (y de ahí que algunos autores vinculen la idea de apoyo con el acceso) y los ajustes razonables. En materia laboral y puesto que el apoyo solo puede darse cuando ya existe un empleo, cuando ya se ha firmado el contrato laboral, es decir, cuando ya se ha accedido, el apoyo se enmarca más en lo que señala el artículo 27.1 e) de la Convención al hablar del apoyo a las personas con discapacidad en el mantenimiento del empleo. Se trata de un derecho laboral, del derecho a estar en igualdad de condiciones a la hora de cumplir con las responsabilidades que implique el puesto de trabajo.

4. LOS AJUSTES RAZONABLES

El cuarto concepto que junto a los de diseño universal, accesibilidad y apoyos, está presente a lo largo de la Convención y que en materia laboral juega un papel muy importante es el de ajustes razonables. Así el artículo 27.1 j) de la Convención cuando desarrolla el derecho al trabajo establece la obligación de los Estados de “velar por que se realicen ajustes razonables para las personas con discapacidad en el lugar de trabajo”. Pero si los otros dos conceptos resultaban indeterminados, éste lo es todavía más. ¿Qué hay que entender por ajuste razonable? La Convención da una definición que no despeja las dudas: “por ajustes razonables se entenderán las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art.2). El ajuste tiene por tanto un carácter individual, “se adoptan cuando falla el diseño para todos y tienen en cuenta las necesidades específicas de una persona”³⁹. Para este autor, los ajustes razonables entran en juego cuando no se puede satisfacer la accesibilidad y funcionan como un remedio a ese problema⁴⁰. De acuerdo con esta idea, cuando no se pue-

³⁹ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 79.

⁴⁰ R. DE ASÍS, “Accesibilidad, diseño, ajustes y apoyos”, cit.

de garantizar la accesibilidad por una razón justificada, el ajuste razonable es una forma de paliar la negación del derecho y restablecer su ejercicio. Si la negación de la accesibilidad no está justificada estaríamos ante un caso de discriminación y en ese caso no procedería utilizar la medida del ajuste razonable⁴¹.

En el terreno laboral parece que el sentido que hay que dar al ajuste razonable difiere y no está unido a la idea de accesibilidad que, como hemos visto, se centra en el acceso al puesto de trabajo. El ajuste razonable supone una adecuación a las necesidades concretas del trabajador y por tanto solo puede existir cuando éste ya lo es, esto es, cuando ya ha accedido al empleo. Estamos pensando en ajustes materiales como adaptaciones en el mobiliario, en los sistemas o equipos informáticos, adecuación en las pruebas o sistemas de formación, etc. En algunos casos o ante algunos tipos de discapacidad pueden estar estandarizados pero en otros muchos otros pueden requerir un diseño *ad hoc*. También en este terreno se encuentran los ajustes en los horarios, incluso una disminución del tiempo de trabajo como ha establecido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia del 11 de abril de 2013⁴².

El problema es que entendemos por razonable. Parece que en el ámbito laboral se ha interpretado que lo es cuando no suponga una carga excesiva al empleador. Pero ¿cuándo es excesiva esa carga? ¿Lo excesivo o no de la misma tiene una dimensión objetiva o debe tener en cuenta la dimensión de la empresa, su situación financiera, su coste económico? La idea es que el ajuste debe ser proporcional. De Asís señala que el principio de proporcionalidad aúna otros tres: la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto. Esto significa que denegar un ajuste solo sería posible para lograr un fin legítimo desde un punto de vista constitucional, o desde el punto de vista de los derechos humanos. La necesidad hace referencia a que la medida que se adopte debe ser la menos dañina (por ejemplo, la que suponga una menor carga a la empresa siempre que se cumpla con el derecho al ajuste que tiene la persona con discapacidad). La proporcionalidad en sentido estricto supone que solo en aquellos casos en que negar el ajuste implique una ventaja atendiendo al conjunto de derechos en comparación con su concesión

⁴¹ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., p. 80.

⁴² Sobre esta sentencia, vid. B. CUBA VILA, "Acerca la Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Segunda) de 11 de abril de 2013: diferencia de trato por discapacidad. Medidas de ajuste razonable", *Revista de información laboral*, núm. 3, 2014, pp. 163-172.

se podría justificar la negativa a realizar ese ajuste⁴³. Sin embargo, esto que parece adecuado desde un punto de vista teórico, no parece que funcione así en la práctica. Porque, por ejemplo, la Ley General de los Derechos de las Personas con Discapacidad y de su Inclusión en el artículo 66.2 habla de valorar para ver si una medida se considera razonable, sus costes, la estructura y características de la organización o empresa que tenga que realizar el ajuste, la posibilidad o no de obtener ayudas económicas y los efectos discriminatorios que su no adopción tengan para la persona. Un cajón de sastre que deja un amplio margen de apreciación que puede generar diferencias ante situaciones análogas en función de las características de la empresa donde se tenga que llevar a cabo el ajuste razonable.

Es por ello que algunos autores han venido proponiendo que a nivel legislativo se estableciera un catálogo de los ajustes que se consideran razonables. Quizá elaborar un catálogo hace que se pierda la posibilidad de tener en cuenta las circunstancias concretas del caso; pero al menos en el ámbito que nos ocupa, que es el laboral, sin tener por qué constituir un *numerus clausus*, un catálogo de ajustes razonables podría facilitar las cosas⁴⁴. En cualquier caso, creo que cuando se valora la razonabilidad del ajuste hay que partir de que estamos hablando de un derecho: la persona con discapacidad tiene derecho a que se realice el ajuste razonable, lo contrario supone una discriminación. Es un derecho que en el campo del trabajo forma parte de los derechos laborales, de los derechos en el puesto de trabajo, del derecho que todo trabajador tiene a unas condiciones laborales adecuadas y sin riesgos. Si esto es así, la denegación de un ajuste debiera tener un carácter excepcional y venir extremadamente y detalladamente justificada. Los costes que pueden suponer para la empresa, o la posibilidad o no de tener ayudas no pueden pesar más ni estar al mismo nivel que un derecho fundamental de las personas con discapacidad, de un derecho laboral. Como señala Cordero Gordillo “una cuestión tan importante como garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad no se puede hacer depender de elementos economicistas y financieros. Además este enfoque puede contribuir a reforzar la idea de que el principal resultado de una adaptación es su coste y no su potencial beneficio para lograr la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad en el ámbito del trabajo y, consecuentemente, puede per-

⁴³ R. DE ASÍS, *Sobre discapacidad y derechos*, cit., pp. 122-124.

⁴⁴ V. CORDERO GORDILLO, *Igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo*, cit., p. 137.

petuar prejuicios y estereotipos acerca del mayor coste que supone emplear a estas personas”⁴⁵. Por eso a priori habría que establecer la obligatoriedad de realizar el ajuste, obligatoriedad que solo en casos muy excepcionales podría eximirse a determinadas empresas cuando la propia supervivencia de la empresa pudiera depender de ahorrarse ese ajuste. Incluso en este caso, el Estado debería asumir el coste para asegurar así el reconocimiento del derecho a la persona con discapacidad. Mientras esto no sea así (y esto significa precisarlo de esta manera en la legislación) el ajuste razonable puede crear una cierta inseguridad jurídica a las personas con discapacidad que necesitan tal ajuste para desempeñar adecuadamente y en condiciones de seguridad su trabajo.

Otra cuestión es, en el ámbito subjetivo, hasta dónde llega la realización de ajustes razonables. Este problema se pone de manifiesto cuando, por ejemplo, el cónyuge o el progenitor de una persona con discapacidad precisa de ajustes en su empleo (permisos, ajuste de la jornada) para dar la atención adecuada a esa persona. Aunque la Convención se refiere exclusivamente a los ajustes a realizar para adaptarlos a la situación de la persona con discapacidad, lo cierto es que cabe una interpretación extensiva de este derecho y entender que a veces el ajuste es necesario realizarlo en las condiciones de empleo de otras personas. Así lo ha entendido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el famoso caso Coleman, donde una mujer londinense había sido despedida y no se le había concedido una adaptación en su horario para cuidar de su hijo con discapacidad. El Tribunal entendió que en este caso se producía una discriminación y que la Directiva 2000/78 de igualdad de trato en el empleo y la ocupación debía interpretarse entendiéndose que la discriminación también se produce cuando afecta a alguien que tiene una relación con la persona con discapacidad por motivo de esa relación⁴⁶.

5. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha intentado precisar el significado de los conceptos de accesibilidad, apoyos y ajustes razonables en el ámbito laboral prestando particular atención a la normativa e instituciones que tenemos en el ordenamiento jurídico español. Estos conceptos son transversales en los derechos

⁴⁵ Ídem, p. 150.

⁴⁶ I. BIEL PORTERO, *Los derechos humanos de las personas con discapacidad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 439.

de las personas con discapacidad y constituyen ellos mismos derechos sin los cuales el ejercicio de los otros derechos que reconoce la Convención resulta imposible. Sin embargo, cuando se hacen jugar en los diferentes ámbitos, presentan una especificidad que los puede diferenciar cuando se aplican en otros. Esto es lo que ocurre en un campo muy particular y característico como es el del empleo. Cuando se examina esta cuestión conviene diferenciar entre el derecho *al* trabajo, esto es, el derecho a acceder a un puesto de trabajo, al mercado laboral en economías libres, y los derechos *en* el puesto de trabajo que aseguran unas condiciones dignas de trabajo al empleado. Se trata de derechos diferentes que deben examinarse de manera independiente.

La accesibilidad tiene que ver con el derecho *al* trabajo, con eliminar las barreras que las personas con discapacidad normalmente se encuentran para integrarse en el mercado laboral ordinario. Las personas con discapacidad se han encontrado tradicionalmente con muchos obstáculos para acceder al empleo. La Convención adopta, correctamente, un enfoque social de la misma, entendiendo que hay que hacer un esfuerzo por borrar esas barreras de acceso al mercado laboral ordinario. El empleo segregado, siendo necesario en algunos casos, debería ser una vía secundaria porque no implica el acceso al mercado de trabajo ordinario y solo tiene sentido como una transición. Aquí sí podemos considerar el empleo protegido como una medida de apoyo al acceso al mercado de trabajo ordinario. En cambio, las otras medidas que recoge nuestra legislación, como la cuota de reserva o las subvenciones y ayudas, son medidas de accesibilidad al derecho al trabajo dadas las carencias en el diseño universal que tiene, en general pero más en concreto para las personas con discapacidad, el mercado laboral.

Los apoyos y ajustes razonables aparecen cuando la persona ya tiene un empleo. Por tanto, en el ámbito laboral, el apoyo se desliga de la accesibilidad. Es cierto que medidas como la cuota de reserva o las subvenciones y bonificaciones pueden ser vistas como medidas de apoyo al acceso al mercado de trabajo, pero en esta materia esas medidas, como se ha dicho, no son tanto apoyos como medidas de acceso al mercado de trabajo. Los apoyos que se dan a la persona con discapacidad para que se adapte al puesto de trabajo así como los ajustes razonables que se realicen para adecuar el puesto a las necesidades concretas que tenga la persona, son derechos *en* el puesto de trabajo, son derechos laborales, y solo entran en juego cuando se ha dado el salto al empleo, cuando la barrera a la accesibilidad ha sido superada. Se trata de facilitar el ejercicio de una serie de derechos en el puesto de trabajo

que en muchas ocasiones tampoco han tenido un diseño universal, por ejemplo, en todo lo que se refiere a los riesgos laborales o al diseño de las tareas que el empleado va a tener que desempeñar. Una cosa es la accesibilidad al mercado laboral y otra distinta los ajustes y apoyos que los trabajadores con discapacidad precisan y a los que tienen derecho para poder desempeñar el empleo adecuadamente. Es por esto que, en el campo del trabajo, aun compartiendo la misma filosofía, los conceptos de accesibilidad, ajustes y apoyos adquieren un significado particular, o, si se prefiere, se concretan de manera diversa a como lo hacen en otros campos.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Facultad de Derecho

Universidad Pontificia Comillas - ICADE

C/ Alberto Aguilera, 23

28015 Madrid

e-mail: jlrey@icade.comillas.edu

**EL COMPROMISO CON LA TRANSPARENCIA.
ESPECIAL REFERENCIA A LA REALIDAD GALLEGA**

*THE COMMITMENT TO TRANSPARENCY.
SPECIAL REFERENCE TO THE GALICIAN REALITY*

MILAGROS OTERO PARGA
Valedora do Pobo de Galicia
Universidade de Santiago de Compostela

Fecha de recepción: 24-2-17
Fecha de aceptación: 12-6-17

Resumen: *La sociedad actual percibe la transparencia como un valor fundamental en el Estado de Derecho. El derecho a la transparencia se perfila así como un derecho esencial dentro de las relaciones de los ciudadanos con los poderes públicos. Por ese motivo han surgido distintas leyes de carácter autonómico y estatal cuya misión es regular la transparencia y el buen gobierno. La Comunidad Autónoma de Galicia es pionera tanto en su preocupación por el tema como en la regulación legal del mismo. La Comisión da Transparencia de Galicia es prueba de ello. En este trabajo se ofrece un estudio del derecho de transparencia analizándolo en su aspecto conceptual y en su manifestación legal, haciendo especial hincapié en la regulación gallega. Al final se ofrecen algunas propuestas realistas de mejora legislativa.*

Abstract: *Today society perceives transparency as a fundamental value in the rule of law. The right to transparency is outlined as well as an essential right within the relations of citizens with public powers. For that reason have surged different laws of autonomous and state character whose mission is to regulate the transparency and good government. The Autonomous Community of Galicia is a pioneer both in its concern for the subject and in its legal regulation. The Transparency Commission of Galicia is proof of this. This paper offers a study of the right of transparency by analyzing it in its conceptual aspect and in its legal manifestation, with special emphasis on Galician regulation. At the end, some real proposals for legislative improvement are offered.*

Palabras clave: transparencia, buen gobierno, derecho a la transparencia, Comisión da Transparencia de Galicia
Keywords: transparency, good governance, right to transparency, Galician Transparency Commission

1. INTRODUCCIÓN

El derecho es un producto hecho “en, por y para la sociedad. Por eso es preciso que éste sepa adaptarse a aquella. Si no consigue este propósito corre el grave riesgo de ser absolutamente ineficaz y causar con ello un daño mucho mayor a la sociedad a la que pretende regular”¹. La exigencia de estar atentos a las necesidades y requerimientos de los ciudadanos se hace imprescindible en una sociedad como la actual en la que las personas han dejado de escucharse². Las sociedades no se detienen nunca y los juristas deben estar preparados para asumir los cambios que en ellas se producen, pero esos cambios no se deben apoyar de cualquier manera simplemente por introducir una modificación. Es preciso buscar la seguridad³, la armonía y el bien común. Es necesario garantizar el orden y la justicia pues “el orden social demanda un adecuado equilibrio armónico y a la vez postula la conjunción de la estabilidad con el ritmo del cambio; todo ello de una manera flexible y adaptada a las variaciones que este ritmo puede prestar”⁴.

Los indicadores sociales actuales parecen querer comunicar la existencia de individuos afectados de cierta indiferencia y carentes de valores. No es así, la sociedad se manifiesta, y expresa lo que le gusta y lo que detesta; en quienes confía y a quienes quiere ver lejos; lo que le interesa y lo que le abu-

¹ M. OTERO PARGA, “El derecho una realidad cambiante”, *Dikaiosyne*, núm. 7, 2001, p. 48.

² Como dice M. NÚÑEZ ENCABO, *El derecho ciencia y realidad social*, Universitas, Madrid, 1993, p. 161, “lo más importante no es que unos actos objeto de normas se den en una determinada sociedad, sino que a través de las normas se haga posible la vida social de cualquier sociedad”. La sociedad no está estandarizada, cada una es diferente y hay que escuchar las necesidades de cada grupo social concreto para mejor atenderlas asegurando la justicia.

³ Teniendo en cuenta que “las carencias concretas de seguridad jurídica no son sólo producto de la actividad jurídica humana, sino más bien de la inactividad jurídica humana. Los derechos son bienes de cada uno. Por serlo, los bienes suscitan el apetito ajeno; y con ello la pretensión de hacerlos propios; y con ello los conflictos; y con ello el mar oceánico de la inseguridad jurídica o de la fragilidad de los derechos”. M. OTERO PARGA & F. PUY MUÑOZ, *Una concepción prudencial del derecho*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 217.

⁴ J. BRUFAU PRATS, *Hombre, vida social y derecho*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 77.

re... en suma, sus preferencias. El Estado debe buscar la justicia combinada con otros valores como la legalidad, la seguridad y la estabilidad, y en este conjunto de valores ninguno puede ser preterido⁵.

En este marco surge la preocupación por la necesidad de transparencia. Los seres humanos buscamos “una experiencia estética de una lista de valores que debe constituir la base de nuestra convivencia”⁶. Entendemos por valores las “cualidades buenas que los individuos perciben en las cosas y que las hacen deseables para su apropiación, disfrute, uso o consumo”⁷. Cualquier valor se torna jurídico cuando la experiencia de la cual se predica afecta al ejercicio o disfrute de los derechos de los individuos. Y tiene todavía mayor carga jurídica cuando se controvierte el uso o disfrute de los derechos de los que se predica cualquier valor⁸. Lo mismo sucede con la transparencia. Originariamente podemos considerarla como un valor personal o social que facilita las relaciones de las personas. No es desde luego un valor de “nueva creación”⁹, pero ha entrado en el mundo jurídico con fuerza en los últimos tiempos. El valor “transparencia” se convierte en jurídico, cuando las relaciones de las que se predica o a las que afecta repercuten en el adecuado disfrute de los derechos de los ciudadanos. Es preciso medir la existencia o no de transparencia poniéndola en relación con el objeto del que se quiere predicar, pues si ésta no se analiza a la luz de alguna actividad o derecho concreto, que es el que se tiñe o no en su ejercicio de transparencia, la transparencia en sí misma es una cualidad indiferente al derecho. Sin embargo

⁵ M. OTERO PARGA, “Notas sobre la estabilidad en el ordenamiento jurídico”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, vol. XIII-XIV, 1996-97, pp. 621 ss.

⁶ J. LIZCANO ÁLVAREZ, *Por qué la transparencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 57.

⁷ M. OTERO PARGA & F. PUY MUÑOZ, *Jurisprudencia Dialéctica*, Tecnos, Madrid, 2012, p.209.

⁸ La idea de Derecho tiene también un valor en sí misma con independencia de los valores concretos que proteja el ordenamiento. Con la designación de la “idea de Derecho” expresamos que el Derecho debe realizar ciertos valores que sobrepasan el mero momento ordenador, valores jurídicos que se expresan en la positivación del Derecho siempre que en los datos de la realidad social lo permita el material jurídico. Estos valores no existen como factores reales; como ideas valorativas de la conformación del Derecho establecen un fin y con ello una tarea que ha de ser cumplida en el acto de creación o aplicación del Derecho. H. HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Taurus, Madrid, 1968, p. 489-490.

⁹ La primera ley que reconoce el derecho de acceso a la información que se considera uno de los ejes centrales de la transparencia surge en Suecia en 1766. Con posterioridad esta necesidad se va extendiendo haciéndose especialmente presente a partir de mediados del siglo XX.

cuando la transparencia se predica de un objeto jurídico surge el derecho a la transparencia que es el que ahora nos disponemos a estudiar.

El artículo que ahora se inicia quiere ofrecer algunas propuestas de mejora del ejercicio del derecho a la transparencia surgidas con motivo de la aplicación de la normativa gallega. Se trata de un estudio empírico que desde luego tiene algo de descriptivo, pero que es fundamentalmente propositivo en cuanto ofrece una serie de propuestas de mejora basadas en la experiencia personal de relación con la Comisión da Transparencia de Galicia. Dichas propuestas pueden tener a mi juicio aplicación general especialmente en el marco actual de desarrollo del derecho a la transparencia que estamos viviendo.

2. EL DERECHO A LA TRANSPARENCIA

La transparencia se ha convertido en sentido material que no formal, casi en un sinónimo de derecho. Decía Gregorio Peces Barba que el derecho es un producto humano de naturaleza normativa. De esas normas él predicaba la validez (o invalidez), la eficacia (o ineficacia) y la justicia (o injusticia)¹⁰. De modo que la búsqueda de la validez, la eficacia y la justicia constituían los elementos definitorios o incluso distintivos del derecho. Algo similar sucede hoy en día con la transparencia. De modo que un concepto que originariamente era únicamente descriptivo ha pasado a ser valorativo con exigencia normativa¹¹. La necesidad de transparencia se ha convertido en uno de los hilos conductores de la democracia en las modernas sociedades¹². No en vano,

¹⁰ G. PECES BARBA, E. FERNÁNDEZ & R. DE ASÍS, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 18 ss.

¹¹ Sucede con este concepto lo mismo que con el de justicia. Ambos son pluriformes. Pensemos en la crítica constante de la justicia, cuando se la califica como inservible o lenta, o poco clara. Los que así la tildan suelen referirse a la administración de justicia, confundiendo la parte con el todo. Reniegan de toda la justicia cuando en realidad solo analizan una de sus posibles acepciones, olvidando que puede ser entendida a la vez como valor, como principio, como institución, como virtud y como derecho. F. PUY, *Teoría Dialéctica de la Justicia Natural*, Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla, Puebla de los Ángeles, 2012, pp. 7-9.

¹² Se entiende que “la obligación de transparencia debe cohonestarse con los intereses de la ciudadanía”, ST 26/2017 de 28 de febrero de 2017 en la que RTVE demanda al Consejo de transparencia y buen gobierno por la resolución de 9 de junio de 2016 en la que el Consejo estima la reclamación contra RTVE y la insta a proporcionar la información solicitada referente a la última auditoría pública realizada por la intervención delegada de la intervención general del Estado.

la transparencia “es un instrumento clave para el control ciudadano del ejercicio del poder, entendido en su perspectiva más preventiva y represora, pero también desde la lógica de mejora de la administración pública”¹³. Esta reciente preocupación trata de romper la denominada “cultura del silencio” que muchos identifican con la excesiva burocracia y su presumible “intento de preservar su poder reaccionando con virulencia cuando se denuncia su tendencia al secretismo y a mantener en sus manos la información privilegiada. Esa reacción consiste en negar la falta de transparencia y tratar de ocultar los casos de corrupción que puedan aflorar restándoles importancia”¹⁴.

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua, la transparencia es la cualidad de transparente. Y es transparente, del latín *transparens-entis*, aquello que deja ver a través de él, de modo que es claro, evidente y se comprende sin duda o ambigüedad. La transparencia es algo “siempre” positivo. Es así porque la sociedad actual busca la claridad, quiere saber, quiere que le informen; quiere entender, quiere poder formarse una opinión y quiere sobre todo poder ejercitar y definir sus derechos¹⁵. Llegados a este punto surge la inevitable pregunta. ¿Existe el derecho a la transparencia porque previamente hay una ley que lo protege? O por el contrario ¿es precisa la existencia de una ley que proteja la transparencia porque el derecho ya existe desde antes? Y en todo caso ¿ante qué tipo de derecho nos encontramos? Me inclino a pensar que el fundamento de este derecho no es exclusivamente positivo¹⁶. Las leyes

¹³ E. GUICHOT, “El sentido, el contexto y la tramitación de la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, en VV.AA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, coordinador Emilio Guichot, Tecnos, Madrid, 2014, p. 17.

¹⁴ M. A. BLANES CLIMENT, *La transparencia informativa de las administraciones públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 79.

¹⁵ Para que este derecho sea adecuadamente protegido y no genere desconfianza o ineficacia *ab initio* es fundamental delimitar el principio de transparencia sobre el que se asienta. Coincido con la preocupación de A. GARRIGA DOMÍNGUEZ, *Nuevos retos para la protección de datos personales. En la era del Big Data y de la computación ubicua*, Dykinson, Madrid, 2015, p. 248 que manifiesta que “el principio de transparencia sea una realidad, dependerá de la regulación final de las obligaciones concretas de información y de las posibles excepciones a este derecho en la parte dispositiva del Reglamento europeo de protección de datos personales”. Pues “el principio de transparencia está íntimamente ligado al derecho a recibir una información completa, clara y sencilla relativa a todos los aspectos relevantes de un tratamiento de datos personales y a las posibles consecuencias que se podrían derivar de ese tratamiento”. *Ibid.*

¹⁶ Por eso “hay que tratar de buscar unas normas que respeten la naturaleza del ser humano y organicen la vida social de forma no solo válida sino también eficaz. Las normas jurídicas pueden ser válidas por estar legalmente constituidas, pero estas no serán nunca efi-

positivas son esenciales¹⁷ para la protección de los derechos, pero no para su creación¹⁸. Los derechos existen y por eso deben ser protegidos y no al revés¹⁹. Y por eso la función de la sociedad es tan importante, a veces para conceder, otras para negar, y la mayoría de los casos simplemente para regular los intereses detectados que suelen entrar en conflicto²⁰. El caso de la transparencia es buena muestra de ello. Las leyes españolas ya recogían la necesidad de normas claras y transparentes, pero la sociedad no la concebía como prioritaria. Buena prueba de ello la ofrece la última encuesta del Centro de Investigaciones Sociológicas de España, (febrero 2018)²¹ que se cuestiona sobre las preocupaciones de los españoles. De acuerdo con ella, el paro es el principal problema de España en este momento. Opinan de esta manera un 65,5% de los encuesta-

caces si no respetan lo que el ser humano considera justo, porque está en su conciencia, en su naturaleza, en su moral o como se prefiera denominar". M. OTERO PARGA, "¿Qué valores defienden los iusnaturalistas?", *Prudentia Iuris*, núm. 60, 2005, p. 245.

¹⁷ "Cuando los derechos naturales se quieren concebir al margen de las leyes civiles existentes, con todas sus limitaciones e imperfecciones, pero que ya cubren y garantizan muchas cosas fundamentales; cuando los derechos naturales se quieren expresar solamente como ideologías irreales, sin concretarse en normas positivas, y especialmente en costumbres y fueros, se convierten automáticamente, inexorablemente en armas de desorden y revolución". F. PUY MUÑOZ, *Teoría científica del Derecho Natural*, Porrúa, 4ª ed., México, 2006, p. 384.

¹⁸ Los juristas que así piensan suelen incluirse en algunos de los múltiples iusnaturalismos que ofrece la historia, dada la vocación pluralista del iusnaturalismo. Para conocer en profundidad esta cuestión que escapa ahora de nuestro interés inmediato, me remito a F. PUY MUÑOZ, "¿Quiénes son iusnaturalistas hoy?", *Prudentia Iuris*, núm. 60, 2005, pp. 267 ss.

¹⁹ H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, Revista de Derecho Privado, 1ª e., Madrid, 1983, p. 15, entiende en cambio el derecho como teoría pura defendiendo que "como ciencia específica del Derecho debe enderezarse al conocimiento de las normas jurídicas: no en cuanto hechos de conciencia, no a la volición ni a la representación de las normas, sino a las normas mismas queridas y representadas". En sentido similar N. BOBBIO, *Contribución a la Teoría del Derecho*, Universidad Autónoma de Madrid, 1980, p. 184 entiende que "la materia sobre la que actúa la jurisprudencia es un conjunto de reglas de comportamiento". M. ATIENZA por su parte en su obra titulada *El sentido del derecho*, Ariel-Derecho, Barcelona, 2001, pp. 158-159 define el derecho como "sistema muy complejo de control social". Otros autores como HART, abren un poco más la mano entendiendo en su *Concepto de Derecho*, Editora Nacional, 2ª ed., México, 1980, pp. 23 ss., que el derecho debe ocuparse de las diversas normas jurídicas que rigen las relaciones entre el soberano y sus súbditos.

²⁰ La realidad del derecho se ve y se reivindica como "la necesidad de captar el derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis, en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos". A. E. PÉREZ LUÑO, *Teoría del derecho. Una concepción de la experiencia jurídica*, Tecnos, Madrid, 1997, p. 41.

²¹ Estudio 3205.

dos. El segundo problema son la corrupción y el fraude con un porcentaje del 38,7%. Las cifras son similares a las de baremos anteriores. Pero la percepción ha ido cambiando reduciéndose un poco la preocupación por el paro y aumentando ligeramente la de la corrupción. Con estos números el pueblo español está diciendo a sus gobernantes que no puede estar de acuerdo, que no le gustan las conductas corruptas que afectan a la marcha de la sociedad. Porque “cuando la economía juega a la ocultación, las vías de las trampas ocultas son un atropello a los que confían en las reglas de juego”²².

La transparencia constituye un derecho individual²³, cuya naturaleza jurídica es controvertida. Es un derecho constitucional pero su ubicación dentro de la Carta Magna²⁴ no lo sitúa dentro del grupo de los derechos fundamentales, de modo que parece que la opción del legislador fue considerar a la transparencia un derecho subjetivo o quizá un principio rector de la política social y económica, pero no un derecho fundamental. Una parte de la doctrina sin embargo, y pese a la opción de los redactores de la Constitución, opina que aun considerando la situación real del derecho dentro del texto legal su naturaleza podría asimilarse a la de los derechos fundamentales por la estrecha relación que guarda con ellos. Yo creo que no nos encontramos ante un derecho fundamental *stricto sensu* sino ante un derecho subjetivo que como tal debe ser protegido y amparado²⁵. No creo que sea preciso otorgar el rango de derecho fundamental al derecho a la transparencia. No creo que sea necesaria esta cobertura que a mi juicio resulta forzada, para exigir su respeto tratando de violentar su inclusión dentro del grupo de los derechos fundamentales. Este hecho a mi juicio lejos de asegurar la eficacia y protección del derecho podría en realidad perjudicarlo²⁶. Por otro lado, y aunque el derecho a la transparencia no es un “derecho fundamental”, está teñido de

²² J. LIZCANO ALVAREZ, *Por qué la transparencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 19.

²³ Para muchos intérpretes, con cierto contenido instrumental.

²⁴ Se encuentra situado en el artículo 105 b que dice: La ley regulará “el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

²⁵ Coincido entre otros con M. A. SENDÍN GARCÍA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, 2014, p. 140.

²⁶ El propio Tribunal Supremo entiende que la Constitución regula este derecho como “derecho no fundamental, aunque relacionado con el derecho de participación política, con el derecho de libertad de información y con el derecho de tutela judicial efectiva” STS de 30 de marzo de 1999. RCJ 1999-3246, FJ, 3. También es interesante la STS de 14 de noviembre de 2000. RCJ 2001-425, FJ, 8., que recuerda que este derecho se encuentra “en una relación instru-

la protección de otros derechos que sí están legalmente protegidos: artículo 10 (dignidad), artículo 13 (igualdad), artículo 17 (seguridad), artículo 20.d) (derecho a recibir información veraz), artículo 23 (derecho de participación en los asuntos públicos), y artículo 29 (derecho de petición).

El derecho de transparencia suele ser ejercitado por cada ser humano de forma personal, pero a pesar de ello posee una gran carga social. Una carga que lo identifica con el bien común y con la buena marcha de la sociedad en su conjunto. Es así porque los sujetos activos a los que se les aplican la ley de transparencia y buen gobierno son los sujetos que prestan un servicio público, concretamente, las administraciones públicas territoriales, las entidades gestoras de la seguridad social y mutuas de accidentes de trabajo, los organismos autónomos, las agencias estatales, las entidades públicas empresariales y las entidades públicas que tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre determinado sector o actividad. También la Casa de Su Majestad el Rey, el Congreso de los Diputados, el Senado, el Tribunal Constitucional y el Consejo General del Poder judicial, así como el Banco de España, el Consejo de Estado, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo Económico y Social y las instituciones autonómicas análogas en relación con sus actividades sujetas a derecho administrativo²⁷. De esta realidad de servir al bien común y no solo al bien individual se deriva otra carga de especial protección a la transparencia, pues es bien sabido que en una sociedad democrática el bien común debe prevalecer sobre el individual.

La transparencia que interesa a los ciudadanos no es la de un particular en relación a otro. Ésta, aunque sea deseable y facilite la convivencia, no es un derecho. El derecho surge entre el particular y los poderes del Estado, pues al no ser la relación entre ellos de mera igualdad, como lo es la de los particulares entre sí, el individuo está mucho más expuesto y necesita de mayor protección para evitar arbitrariedades y abusos.

mental respecto de determinados derechos fundamentales, aun cuando no goce, en sí, de la protección reforzada de los mismos”.

²⁷ En relación con estos últimos es necesario indicar que la obligación de transparencia solo les afecta en su actuación administrativa sin que exista listado alguno que determine en qué tipo concreto de actos. El eventual establecimiento de este listado habría simplificado la tarea evitando el análisis casuístico de qué actos afectan en cada caso al ámbito exclusivamente administrativo a la vez que hubiese impedido que actos con un mismo contenido se viesan vinculados o no por la *Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* en función de cuál hubiese sido la norma aplicable. C. BARRERO, “Transparencia: ámbito subjetivo”, en VV.AA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, E. GUICHOT (Coor.), Tecnos, Madrid, 2014, p. 73.

Estamos pues ante un derecho individual con marcada relevancia social, cuyo contenido u objeto material presenta una doble faceta que normalmente se llama publicidad activa y publicidad pasiva. De acuerdo con el artículo 12 de la *Ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno* (en adelante LTBG), el objeto del derecho es la información, circunstancia esta que constituye en sí misma una importante novedad, ya que hasta esta regulación el objeto del derecho se circunscribía únicamente a los documentos en sí mismos.

No obstante lo dicho, esta aparente ampliación del objeto de la transparencia queda oscurecida por el artículo 13 de la misma ley que establece las causas de inadmisión de las solicitudes y cuya amplitud puede llegar a ser excesiva²⁸. Sea como fuere, y aunque el artículo 13 LTBG “no ofrece la claridad exigible a toda norma jurídica, puede entenderse que el precepto reconoce un derecho de acceso tanto a la información accesible en el momento en que se formula la solicitud - esto es, la información disponible - como también a la información necesitada, a fin de hacer posible el ejercicio del derecho de un tratamiento de datos”²⁹.

Por lo que se refiere a la transparencia activa el asunto se concreta en torno al derecho de publicidad activa, o lo que es lo mismo, al derecho de los ciudadanos a poder acceder fácilmente a la información que precisen sobre la actividad de la administración pública que constituye el sujeto pasivo del derecho. En la actualidad se considera una exigencia democrática que las autoridades pongan la información sobre su actividad “a disposición de todos *motu proprio* sin esperar el planteamiento de solicitudes individuales, en especial aquella más relevante para alcanzar la finalidad para la que nació el derecho de acceso a la información: posibilitar el conocimiento, la participación y el control de las personas sobre los asuntos públicos”³⁰.

²⁸ Es importante señalar que “los límites no operan ni automáticamente a favor de la denegación, ni absolutamente en relación con los contenidos...la aplicación de los límites no será en ningún caso automática, antes al contrario, deberá analizarse si la estimación de la petición de información supone un perjuicio (test de daño) concreto, definido y evaluable”, R. ARTIGAS MONGE. y L. I. PÉREZ GARCÍA, “La defensa” en VV.AA., *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, prólogo José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2017, p. 64.

²⁹ C. BARRERO, “Transparencia: ámbito subjetivo”, en VV.AA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, cit., p. 70.

³⁰ C. BARRERO, E. GUICHOT & C. HORGUÉ, “Publicidad activa”, en VV.AA, *Transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*, cit., p. 144.

En torno a este derecho se desarrolla una normativa compleja que paso a exponer a continuación.

3. LEGISLACION ESPAÑOLA SOBRE TRANSPARENCIA

El nuevo marco legal en torno a la transparencia comenzó a regir en España en 2013 al promulgarse la *Ley 19/2013 de 9 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno*³¹. Esta ley establece en su preámbulo que “la transparencia, el acceso a la información pública y las normas de buen gobierno deben ser los ejes fundamentales de toda acción política”. ¿Por qué? Porque “sólo cuando la acción de los responsables públicos se somete a escrutinio, cuando los ciudadanos pueden conocer cómo se toman las decisiones que les afectan, cómo se manejan los fondos públicos o bajo qué criterios actúan nuestras instituciones, podremos hablar del inicio de un proceso en el que los poderes públicos comienzan a responder a una sociedad que es crítica, exigente y que demanda participación de los poderes públicos”.

Las palabras del preámbulo de esta ley dejan poco margen de duda. La transparencia se impone en la sociedad española como una necesidad sin cuyo concurso sería difícil asegurar la implicación de los individuos en la actividad de la *polis*.

Los españoles del siglo XXI deben comprometerse con los asuntos que afectan a su país. Deben hacerlo si quieren alcanzar la mayoría de edad democrática. Deben hacerlo porque este es sin duda su derecho pero también porque su deber se lo impone.

Ninguna sociedad puede avanzar si piensa únicamente en la forma de asegurar el ejercicio de sus derechos, sin comprender que todo derecho lleva necesariamente aparejado al menos un deber concomitante. Los ciudadanos de un Estado social y democrático como el que nosotros disfrutamos deben tener una legítima exigencia de disfrute de sus derechos y de sus libertades.

³¹ A la LTBG se adelantaron cuatro leyes autonómicas que conviene mencionar: la Ley 4/2006 de 30 de junio de transparencia y buenas prácticas en la Administración Pública Gallega; la Ley 4/2011 de 31 de marzo de la buena administración y del buen gobierno de las Islas Baleares; la Ley Foral 11/2012 de 21 de junio de la transparencia y del gobierno abierto de la Comunidad Foral de Navarra; y finalmente la Ley 4/2013 de 21 de mayo de gobierno abierto de Extremadura. Cfr. *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, p. 201.

Ahora bien, “afirmar que la libertad de los ciudadanos es el objetivo primero de la acción pública significa” dos cosas. “En primer lugar, perfeccionar, mejorar, los mecanismos constitucionales, políticos y jurídicos que defiende el Estado de Derecho como marco de libertades”. Y “en segundo lugar, y de modo más importante aún, significa crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo en el que desarrollar su opción personal”, o dicho de otro modo, la cancha “en la que jugar libremente su papel activo” y “en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado”³². De nuevo la tensión imprescindible derecho-deber que no debe ser olvidada ni simplificada en ningún caso y tampoco en el de la transparencia.

Bien es cierto que no existía mucha cultura democrática en este sentido y que quizá la necesidad de transparencia no había sido demasiado demandada. Pero esta situación ha cambiado, el pueblo ha hablado una vez más, y lo ha hecho para pedir transparencia.

¿Cómo entiende la ley el concepto de transparencia? La Ley 19/2013 afirma que tiene un triple alcance: “incrementa y refuerza la transparencia en la actividad pública –que se articula a través de obligaciones de publicidad activa para todas las Administraciones y entidades públicas–; reconoce y garantiza el acceso a la información –regulado como un derecho de amplio ámbito subjetivo y objetivo–; y establece las obligaciones de buen gobierno que deben cumplir los responsables públicos, así como las consecuencias jurídicas derivadas de su incumplimiento –lo que se convierte en una exigencia de responsabilidad para todos los que desarrollan actividades de relevancia pública–”.

El concepto de transparencia, que no era desconocido ya para la legislación española, pero que en muchos casos se entendía como principio meramente programático, se agranda y se equipara al ya presente en otras democracias europeas. La misma ley lo advierte afirmando, todavía en su preámbulo, que “este sistema busca que los ciudadanos cuenten con servidores públicos que ajusten sus actuaciones a los principios de eficacia, austeridad, imparcialidad y, sobre todo, de responsabilidad”.

Para vigilar la eficacia del nuevo sistema, la ley crea el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, con sede en Madrid, que está trabajando

³² J. RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ & M. A. SENDÍN GARCÍA, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, 2014, p. 25.

arduamente en colaboración con las Comunidades Autónomas, para hacer real la aspiración de plena transparencia³³.

Como consecuencia de esta iniciativa, y por necesidades reales de funcionamiento, poco a poco fueron surgiendo otra serie de normas de carácter estatal que completaron la recién nacida ley 19/2013. Entre ellas deben recordarse las siguientes: Ley 3/2015 de 30 de marzo reguladora del ejercicio del alto cargo de la Administración General del Estado; Ley 39/2015 de 1 de octubre de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas; y Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público. Algunas de estas leyes, como por ejemplo las de procedimiento administrativo, resultan a juicio del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno un poco disfuncionales, pues su aplicación a los procedimientos de transparencia dificulta la capacidad de gestión y la necesaria apertura. Yo coincido con esta opinión en gran medida³⁴.

Por lo que a la administración autonómica se refiere las leyes hasta ahora aprobadas³⁵, en España son las siguientes que paso a ordenar por orden alfabético de Comunidades Autónomas:

Andalucía

Ley 1/2014 de 24 de junio de transparencia pública de Andalucía.

Aragón

Ley 8/2015 de 25 de marzo de transparencia pública y participación ciudadana de Aragón, actualizada el 23 de junio de 2017, completada por la Ley 5/2017 de 1 de junio de integridad y ética pública.

³³ Este Consejo estuvo serio, objetivo, profesional y vocacionalmente dirigido hasta hace escasos meses por Esther Arizmendi recientemente fallecida, y a quien quiero rendir hoy modesto homenaje.

³⁴ Las leyes de procedimiento administrativo establecen una serie de condicionantes de carácter formal de obligado cumplimiento que dificultan en algunos casos la realización de procedimientos como los de transparencia que precisan no estar tan sometidos a limitaciones legales. En el funcionamiento de la Comisión da transparencia de Galicia observamos este hecho en muchas situaciones, consecuencia quizá de que el procedimiento administrativo es garantista y por lo mismo rígido por la propia función que debe cumplir. Mientras que el procedimiento de la transparencia puede ser más flexible habida cuenta de que en su caso los tiempos de respuesta cuentan y son breves y además el silencio en su caso es negativo, abriendo así las posibilidades de apelación.

³⁵ No se incluyen resoluciones ni otro tipo de normativa siempre que no afecte de forma sustancial a la transparencia.

Canarias

Ley 12/2014 de 26 de diciembre de transparencia y acceso a la información pública.

Castilla-León

Ley 3/2015 de 4 de marzo de transparencia y participación ciudadana de Castilla-León.

Castilla-La Mancha

Ley 4/2016 de 15 de diciembre de transparencia y buen gobierno de Castilla-La Mancha.

Cataluña

Ley 19/2014 de 29 de diciembre de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Decreto Ley 1/2017 de 14 de febrero que crea y regula el Registro de grupos de interés de Cataluña.

Comunidad Valenciana

Ley 2/2015 de 2 de abril de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana.

Modificación de la Ley 2/2015 de 2 de abril de la Generalitat, de transparencia buen gobierno y participación ciudadana de la Comunitat Valenciana introducida por la Ley 10/2015 de 29 de diciembre de medidas fiscales, de gestión administrativa y financiera y de organización de la Generalitat.

Ley 2/2016 de 4 de marzo de la Generalitat de modificación de la Ley 2/2015 de 2 de abril de transparencia, buen gobierno y participación ciudadana de la Generalitat de la Comunitat Valenciana.

Ley 5/2016 de 6 de mayo de cuentas abiertas para la Generalitat Valenciana.

Ley 13/2016 de 29 de diciembre de medidas fiscales de gestión administrativa y financiera de organización de la Generalitat.

Extremadura

Ley 4/2013 de 21 de mayo de gobierno abierto de Extremadura.

Galicia

Ley 1/2016 de 18 de enero de transparencia y buen gobierno.
Ley 4/2006 de 30 de junio de transparencia y de buenas prácticas de la Administración Pública Gallega.

Islas Baleares

Ley 16/2016 de 9 de diciembre de creación de la oficina de prevención y lucha contra la corrupción en las Illes Balears.
Ley 4/2011 de 31 de marzo de la buena administración y del buen gobierno de las Illes Balears³⁶.
Ley 3/2017 de 7 de julio de modificación de la ley 20/2016 de 15 de diciembre municipal y de régimen local de las Illes Balears.

Murcia

Ley 12/2014 de 16 de diciembre de transparencia y participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia.
Modificada por las siguientes normas:
Ley 12/2015 de 30 de marzo de Cámaras oficiales de comercio, industria, servicios y navegación de la región de Murcia.
Ley 7/2016 de 18 de mayo de reforma de la Ley 12/2014 de 16 de diciembre de transparencia y participación ciudadana de la Comunidad Autónoma de la región de Murcia.
Ley 1/2017 de 9 de enero de presupuestos generales de la C.A. de la región de Murcia.

Navarra

Ley foral 11/2012 de la transparencia y del gobierno abierto, modificada por la ley 5/2016 de 28 de abril y por la Ley foral 16/2016 de 11 de noviembre de cuentas abiertas.

País Vasco

Ley 2/2016 de 7 de abril de Instituciones locales de Euskadi (título VI se refiere a la transparencia).

³⁶ Efectivamente no es ésta una ley de transparencia propiamente dicha pero es lo más próximo a ella dentro de la legislación de esa Comunidad Autónoma. Por otro lado el propio Consejo de Transparencia y Buen Gobierno la considera como tal ofreciéndola en la lista de la legislación española sobre transparencia.

La Rioja

Ley 3/2014 de 11 de septiembre de transparencia y buen gobierno de La Rioja.

No disponen en este momento de ley específica Cantabria, Comunidad de Madrid y Asturias³⁷.

4. LEGISLACIÓN GALLEGA SOBRE TRANSPARENCIA

De esta normativa autonómica me interesa centrarme ahora en la *Ley 1/2016 de 18 de enero de Transparencia y Buen Gobierno* de la Comunidad Autónoma de Galicia. Obsérvese que esta ley es una de las últimas de las hasta ahora producidas. Es así porque Galicia sigue modernizando su normativa y esto constituye una iniciativa valiosa en sí misma ya que esta misma Comunidad Autónoma fue pionera en 2006 al elaborar su primera ley, anterior a la estatal de 2013, de la que derivan en general el resto de las autonómicas.

En su exposición de motivos, la ley gallega explica la razón de su existencia afirmando que “los mecanismos de transparencia y de buen gobierno funcionan como contrapesos que garantizan la protección de la ciudadanía frente a hipotéticas arbitrariedades del poder público y del uso indebido del dinero o patrimonio público”.

Estas primeras palabras de la ley recogidas en su exposición de motivos, sirven de base para la explicación que viene después. Una vez más las exposiciones de motivos de las normas, a pesar de no ser texto positivo y por tanto de obligado cumplimiento, proporcionan al lector de la norma las razones de lo que viene a continuación, ofreciéndole con ello los motivos de por qué está obligado a cumplirlas³⁸, así como la mejor guía para interpretarlas lealmente. Unas razones que, si la ley está bien hecha, van mucho más allá del simple temor al castigo. Unas razones que constituyen en general el alma de las leyes, y por eso son en muchos casos más valiosas incluso que el propio cuerpo de las mismas.

³⁷ Aunque las tres comunidades referenciadas disponen en la actualidad de proyectos de leyes autonómicas.

³⁸ M. C. ROVIRA FLÓREZ DE QUIÑONES, *Valor y función de las “exposiciones de motivos” en las normas jurídicas*, Universidad de Santiago de Compostela, 1972.

La nueva ley, continua explicando la exposición de motivos, no es el primer texto gallego que regula la necesidad de controlar la labor de la administración. De hecho “en el ámbito gallego, la rendición de cuentas había sido ya abordada por dos leyes específicas: por una parte, la Ley 9/1996, de 18 de octubre, de incompatibilidades de los miembros de la Xunta de Galicia y altos cargos de la Administración autonómica, y, por otro, la Ley 4/2006, de 30 de junio, de transparencia y de buenas prácticas en la Administración pública gallega”. Pero era preciso dar un paso más. Un paso y todos los que fuera necesario para modernizar la administración pública gallega al servicio de la ciudadanía, vigilando los posibles abusos o problemas de corrupción de los que la sociedad se queja.

Con estos precedentes los gallegos no partían de cero pues -sigue explicando el citado preámbulo normativo- “las dos leyes supusieron importantes avances en el control de la actividad pública en Galicia. La Ley 9/1996 fijó el primer régimen de incompatibilidades de los responsables públicos de Galicia, instaurando las precauciones necesarias para garantizar su objetividad e imparcialidad. La Ley 4/2006, por su parte, introdujo la transparencia como principio rector de la actividad de la Administración Autonómica y supuso la concreción legal de prácticas hoy habituales como la publicación de la información sobre los convenios y contratos públicos, las convocatorias de subvenciones y la resolución de estas o la información retributiva de los cargos públicos”.

Pero era preciso seguir avanzando, pues así lo exigían los tiempos y la necesaria adecuación del paso de la Comunidad Gallega con las demás Comunidades y con el Estado Central. Galicia había sido pionera en la preocupación por la transparencia. Ahora debía seguir manteniendo el paso dado. Por eso, dice la exposición de motivos de la nueva ley, que “a las obligaciones de transparencia y buen gobierno exigidas por estas leyes se les han ido uniendo, a lo largo de los años, otras obligaciones en leyes sectoriales reguladoras de materias como las subvenciones, la ordenación urbanística, las prestaciones sanitarias, el sistema de archivos, la calidad de los servicios públicos, e incluso la propia Ley 16/2010, de 17 de diciembre, de Organización y funcionamiento de la Administración general y del sector público autonómico de Galicia”.

Con todas estas modificaciones que, manteniendo el espíritu de la primera ley gallega, varían sustancialmente la amplitud de sus contenidos, Galicia se mantiene al frente del proyecto de transparencia y buen gobierno

que el pueblo español quiere para sí³⁹. Galicia muestra una voluntad clara de proporcionar a los gallegos la más alta participación posible en el control del Estado de Derecho. De hecho su ley autonómica es una de las más exigentes en cuanto a los índices de publicidad activa⁴⁰.

Otra prueba de ello es la estrecha colaboración⁴¹ que mantiene Galicia con el Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con el que instituciones como el Valedor do Pobo realiza continuos contactos y reuniones⁴².

Pero no basta con el deseo y ni siquiera con la voluntad de colaboración. Es preciso dar un paso más. Es necesario no fiar un tema tan importante como éste a la buena voluntad de las partes, pues aunque ésta sea imprescindible, no es suficiente. Por eso fue precisa la elaboración y posterior aprobación de la ley gallega de 2016.

Esta norma se estructura en un título preliminar y tres títulos numerados, cada uno de ellos dedicado a regular: la transparencia, el buen gobierno de las administraciones públicas autonómicas, y el régimen sancionador. Una vez expuesto el marco general de la ley y hecho un somero repaso de la historia de su nacimiento y evolución, cumple ahora referirse a una peculiaridad importante, que es su incidencia en la Institución del Valedor do Pobo. Creo que esta precisión resulta interesante pues el Valedor do Pobo de Galicia es la única defensoría española garante de derechos humanos que a

³⁹ M. C. CAMPOS ACUÑA, "Ley 1/2016 de 18 de enero de transparencia y buen gobierno de Galicia. Impacto y repercusión en el ámbito local", *El Consultor de los Ayuntamientos*, núm. 5, marzo de 2016.

⁴⁰ También y a diferencia de la ley estatal, la normativa gallega establece infracciones disciplinarias en el caso de incumplimiento de las obligaciones recogidas en ella. Otras muchas obligaciones se pueden ver en el informe sobre *La normativa autonómica en materia de derecho de acceso a la información pública*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 2016, pp. 190-191.

⁴¹ M. OTERO, "Los organismos independientes de control: dificultades y oportunidades", *Transparenta, Revista del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno*, núm. 0, septiembre 2016, p. 36.

⁴² El alto comisionado gallego se ofreció para participar como colaborador directo en un proyecto de análisis y control de las instituciones. El Valedor fue de las pocas instituciones españolas que aceptaron el reto y pasó el examen con un buen rendimiento. Tan bueno en realidad, que recientemente la consultora internacional *Transparencia Pública*, después de someter toda la red de defensorías de España a un control de transparencia riguroso, otorgó el "Premio a la Institución más transparente de España" a la Institución del Valedor do Pobo por segunda vez consecutiva, presea que sigue manteniendo a Galicia a la cabeza de la transparencia en España.

día de hoy tiene atribuida la presidencia de la Comisión da Transparencia, de modo que su estudio resulta novedoso.

El artículo 3 de la Ley gallega 1/2016 de 18 de enero encargado de establecer el ámbito subjetivo de aplicación de la norma recoge en su letra d), que están sometidos entre otros al control de transparencia el Parlamento de Galicia, el Consejo Consultivo, el Valedor do Pobo, el Consejo de Cuentas, el Consejo Económico y Social, el Consejo Gallego de Relaciones Laborales y el Consejo de la Cultura Gallega “en relación con sus actividades sujetas al Derecho Administrativo y, en todo caso, respecto de sus actos en materia de personal y contratación”⁴³.

Con este mandato la norma somete a las instituciones y a los órganos estatutarios al control de transparencia y buen gobierno, exigiéndoles la obligatoriedad de realizar de forma ejemplar su labor de manejo de fondos públicos, para mejor asegurar a los gallegos el pleno disfrute y ejercicio de sus derechos. Esta medida inclusiva me parece muy acertada pues son este tipo de organismos los que en muchas ocasiones toman el verdadero pulso de la democracia y de la transparencia de un país.

Establecida la obligación de transparencia es preciso dotarla de contenido. Dicho de otro modo, es necesario establecer qué entiende la norma por transparencia, pues sólo conociendo la amplitud de la obligación será posible determinar la profundidad del derecho. El artículo 1º de la ley soluciona el problema pues define lo que entiende por transparencia. Me parece muy adecuado que lo haga pues la amplitud o estrechez del significado que se quiera dar al concepto establecerá la dimensión del derecho.

El artículo 1º de la ley entiende por transparencia a los efectos de control, la que se refiere a la actividad pública, entendiéndose por ésta la que se desarrolla sujeta a una “financiación pública”⁴⁴. Esta determinación es a la vez estrecha y amplia, pues afirma que los ciudadanos tienen derecho a saber qué es lo que pasa con el dinero público⁴⁵. Sólo con el dinero público, desde

⁴³ Sólo la normativa gallega amplía el sometimiento de transparencia a los actos en materia de personal y contratación.

⁴⁴ No define la ley, como a mi juicio sería conveniente, qué entiende estrictamente por transparencia, esquivando definir legalmente el concepto.

⁴⁵ Tal y como recoge el FJ 2 de la ST 13/2017 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, sección 7 de la Audiencia Nacional referida a la petición de información solicitada por el sindicato de policía relativa a su derecho a acceder a los expedientes de las personas que habían sido distinguidas con condecoraciones de ingreso en el cuerpo policial con distintivo rojo. En ese caso el tribunal determinó que el posible carácter discrecional del

luego, pero en relación con él, el ciudadano puede preguntar todo, pues ¿qué acto administrativo no tiene alguna repercusión económica o implicación presupuestaria?

En el mismo artículo 1º establece la ley que, además de procurar la transparencia es preciso asegurar el buen gobierno. Por tanto, la presente ley se debe ocupar de determinar las obligaciones del sector público autonómico además de aquellas otras de las personas que ocupen altos cargos en el mismo, incluyendo “su régimen de incompatibilidades, de conflicto de intereses y de control de sus bienes patrimoniales”⁴⁶.

Me interesa mucho analizar o al menos recoger siquiera, los principios por los que debe regirse esta ley, porque éstos señalan los mandatos que debe respetar una administración que quiera ser transparente. Me interesa el tema porque, como es bien sabido, el término jurídico *principio* se refiere a los mandatos más relevantes; y en este caso se trata de mandatos que son exigibles por el pueblo a través de la formulación legal que realizan las leyes, y no sólo por su propia racionalidad práctica.

De acuerdo con el artículo 2º de la norma, los principios sobre los que se asienta la transparencia son los siguientes: a) accesibilidad, b) participación

otorgamiento de dichas distinciones “no conlleva que el sindicato deje de tener acceso a los expedientes si ello responde como queda acreditado a los fines perseguidos por dichos sindicatos y si tales condecoraciones tienen efectos presupuestarios”. En sentido similar la ST 19/2017 de 7 de febrero en donde se discutía si era procedente o no la entrega del listado de pasajeros que habían acompañado a las autoridades transportadas por la flota del grupo 45 de la Fuerza Aérea Española, o por otros medios que hubiesen transportado autoridades españolas. En este caso en Consejo de Transparencia y Buen Gobierno estableció que “teniendo en cuenta que el transporte se realizaba a cargo de fondos públicos y haciendo uso de material de carácter público y que se enmarca dentro de la actividad pública desempeñada por el grupo de la Fuerza Aérea Española, debe estimarse la reclamación”, aunque parcialmente debido a otras circunstancias que ahora no interesan.

⁴⁶ La ley gallega es de nuevo aquí más amplia que la normativa nacional ya que amplía el control público sobre el régimen de incompatibilidades existente en la Comunidad Autónoma de Galicia, extendiéndolo a todos los altos cargos, y no sólo a los miembros del gobierno gallego. Se hace obligatorio también publicar la relación de actividades que el alto cargo desempeñara en los años anteriores a su toma de posesión, introduciendo igualmente el deber de abstención en los asuntos que afecten a las entidades privadas en las que hayan tenido papeles de dirección o administración en esos años. Por último se establece que en los dos años posteriores a su cese, las personas que fuesen altos cargos de la Xunta de Galicia, deben informar de cualquier actividad que vayan a realizar a la oficina de incompatibilidades de la Xunta para que ésta informe si dicha actividad se ajusta o no al régimen de incompatibilidades.

ciudadana, c) veracidad, d) responsabilidad, e) no discriminación, f) reutilización de la información, g) integridad, h) honestidad, i) imparcialidad, j) objetividad, y k) respeto al marco jurídico y a la ciudadanía.

A mi entender, estos principios explican el marco en el que debe entenderse el derecho a la transparencia y al buen gobierno. Obsérvese que dentro de estos principios hay algunos que podríamos llamar *afirmativos*⁴⁷, en cuanto establecen deberes de la administración para propiciar la transparencia, y otros que podríamos llamar *negativos*⁴⁸, en el sentido de que determinan en qué condiciones debe producirse la transparencia. Una vez más encontramos el eterno juego jurídico de los derechos y los deberes. No todo vale. Hay que atender al derecho siempre en relación con el deber. La legalidad en relación con la justicia, la rigidez matizada por la oportunidad. Me gusta este enfoque porque es racional a la par que estimativo, y porque pone en relación al derecho con la responsabilidad de su adecuado ejercicio⁴⁹. Si buscamos una sociedad con buen gobierno debemos crear las condiciones necesarias para que esto sea posible. Unas condiciones que pasan por el buen entendimiento del derecho. Sólo si lo hacemos así evitaremos el riesgo de ahogar por exceso y abuso un derecho que resulta muy estimulante cuando se utiliza de la forma adecuada.

La redacción de este artículo es restrictiva, pero es lógico que lo sea porque su contenido impone deberes concretos y sancionables. Aun entendiendo esta realidad, creo que podría ser ampliado el alcance de la exigencia de responsabilidad extendiéndola también hacia el peticionario de la información. Lo creo porque en la práctica se observa ya algún problema de falta de responsabilidad que puede llegar a ser abuso, dentro de las primeras peticiones que llegan a la Comisión da Transparencia de Galicia. Estos excesos, que a veces rozan la falta de sentido común en relación con lo que se pide, deben ser evitados desde el principio a fin de que el derecho se asiente sobre bases fuertes y seguras. Bien es cierto que para evitar situaciones poco menos que absurdas la propia ley ha previsto algún mecanismo de corrección, como por ejemplo el establecido en el artículo 18.1 de la ley 19/2013 por lo que a causas de inadmisión se refiere. Este artículo determina que:

⁴⁷ Accesibilidad, participación de los ciudadanos, veracidad, responsabilidad, reutilización de la información, integridad, honestidad, imparcialidad, objetividad y respeto.

⁴⁸ No discriminación.

⁴⁹ Aunque es importante destacar que la redacción de este artículo en su letra e) sólo exige responsabilidad a las entidades sujetas a lo dispuesto en la presente ley, y nunca a otras.

“Se inadmitirán a trámite, mediante resolución motivada, las solicitudes:

a) Que se refieran a información que esté en curso de elaboración o de publicación general⁵⁰.

b) Las referidas a información que tenga carácter auxiliar o de apoyo como la contenida en notas, borradores, opiniones, resúmenes, comunicaciones e informes internos o entre órganos o entidades administrativas⁵¹.

c) Las relativas a información para cuya divulgación⁵² sea necesaria una acción previa de reelaboración⁵³.

d) Las dirigidas a un órgano en cuyo poder no obre la información, cuando se desconozca el competente.

⁵⁰ No puedo ofrecer jurisprudencia en este ni en ningún otro sentido porque en Galicia todavía no se ha producido ninguna sentencia contra las decisiones de la Comisión da Transparencia, sin embargo puedo informar que ha habido algunas inadmisiones o no concesiones del supuesto derecho, debidas a la petición extemporáneas del interesado, al abuso en cuanto al objeto pedido o a la necesidad de reelaboración de la información por parte de la administración.

⁵¹ La ST de la Sala de lo Contencioso –Administrativo, sección 7 de la Audiencia Nacional en su recurso contra la ST estimatoria de 18-11-2016 dictada por el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo en un procedimiento interpuesto por el Ministerio del Interior como demandante frente al Consejo de Transparencia y Buen Gobierno entiende en el FJ 3 que no pueden negarse al interesado “la notas tomadas que puedan servir de base a la calificación y valoración que haga el órgano asesor, pues estas contienen el verdadero fundamento y razonamiento en el que se basa la calificación”, pues “en dichos documentos se recogen pormenorizadamente los derechos del aspirante”.

⁵² La divulgación de la información se considera fundamental siempre que exista un interés público superior, pero debe ser adecuadamente ponderado este derecho pues en algunos casos se puede producir un abuso injustificado del mismo. Es el caso por el ejemplo que se discutió en la ST de 23 de noviembre de 2016, C- 673/2013, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala quinta, en la que se analizó si el efecto de la divulgación podría en ese caso haber atentado contra el derecho de las empresas a no ser copiadas en los procesos productivos. En este caso concreto se determinó que ese derecho no debía prevalecer.

⁵³ Esta misma cautela es recogida en alguna sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por ejemplo en la ST de 6 de diciembre de 2001, C-353/99 P/1999 que en su punto 8 advierte de que “en casos particulares en los que la extensión del documento o la de los pasajes que deban censurarse le suponga un trabajo administrativo inadecuado, el principio de proporcionalidad permite al consejo ponderar, por una parte, el interés del acceso público a dichas partes fragmentadas y, por otra, la carga de trabajo que se derivaría. de modo que en casos especiales, el Consejo podría salvaguardar el interés de una buena administración”.

e) Y las que sean manifiestamente repetitivas o tengan un carácter abusivo, no justificado con la finalidad de transparencia de esta Ley”.

También advierte aquí el legislador que “en el caso en que se inadmita la solicitud por concurrir la causa prevista en la letra d) del apartado anterior, el órgano que acuerde la inadmisión deberá indicar en la resolución el órgano que, a su juicio, es competente para conocer de la solicitud”.

La aplicación razonable de estas causas de inadmisión⁵⁴ es a mi juicio igual de importante que la amplitud de miras por lo que a la necesidad de transparencia y buen gobierno se refiere, porque sólo logrando el equilibrio imprescindible entre aquello a lo que la ciudadanía tiene derecho, y aquello que resultaría abusivo pedir, estaremos en condiciones de asegurar la eficacia del derecho.

Insisto en esto porque me parece de suma trascendencia práctica. Es importante asegurar la correcta aplicación de la ley en los primeros momentos de su utilización, pues sólo así se conseguirá marcar de forma definitiva el buen funcionamiento de los órganos de control de la transparencia *ad futurum*.

Es preciso crear una cultura de los derechos⁵⁵. Es necesario crear en la ciudadanía la conciencia cierta de sus responsabilidades⁵⁶. Y es necesario en fin, hacerlo sin deshacer en ningún momento la dualidad derecho-deber, exigencia-responsabilidad, pues hacerlo de otro modo malograría el derecho a la transparencia y al buen gobierno *ab initio*.

⁵⁴ “Ningún derecho es absoluto. El derecho de acceso a la información pública tampoco. Existen excepciones. Si bien no parece discutible que los poderes públicos deben ser transparentes y facilitar la información que se les pida, es igualmente cierto que las administraciones públicas están obligadas a preservar otros intereses públicos o privados concurrentes”, M. A. BLANES CLIMENT, *La transparencia informativa de las administraciones públicas*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2014, p. 304.

⁵⁵ El paso principal con relación a situaciones anteriores es que ahora el principio es pro acceso y por lo mismo debe favorecerse en todo momento el ejercicio del derecho de acceso que permita a los individuos acceder a la información pública, información que solo se puede negar de forma motivada con expresión de la causa concreta expresamente recogida en la LTBG que fundamente la denegación del acceso. M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, *El derecho de acceso a la información pública*, Instituto Vasco de Administración Pública, 2015, p. 26.

⁵⁶ Esta conciencia se va extendiendo poco a poco afectando a otras instituciones que no son directamente administraciones públicas. Entre ellas las Universidades. M. P. COUSIDO GONZÁLEZ (Coord.), *Libro blanco sobre gestión de oficinas de transparencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

Una vez analizado el concepto de transparencia, su nacimiento como derecho, su regulación legal a nivel estatal y autonómico, los principios por los que se rige y los límites que presenta, creo que hemos trazado, aunque muy brevemente y con muchas lagunas todavía, los cimientos sobre los que se basa el edificio conceptual del derecho a la transparencia. Los huecos de sus cimientos deberán ser rellenados por el uso administrativo y las decisiones contenciosas. Las leyes tendrán que seguir mejorando la institución. Pero podrán hacerlo ya sobre bases más seguras.

5. LA COMISION DA TRANSPARENCIA DE GALICIA

La Comisión da Transparencia de la Comunidad Autónoma de Galicia es un órgano que resulta novedoso en toda España. Su estudio es interesante pues ofrece un ensayo práctico sobre la eficacia real de la normativa general sobre transparencia.

Esta Comisión tiene encomendadas importantes funciones de transparencia que deben ser desarrolladas y puestas en acción atendiendo a la imprescindible misión que tiene encomendada, aunque resulten un poco extrañas o chocantes con algunos usos hasta ahora practicados⁵⁷.

Para apoyar las funciones de control de la transparencia y buen gobierno, el artículo 32 de la Ley gallega de Transparencia y Buen Gobierno crea el Comisionado da Transparencia cuyas funciones se atribuyen al Valedor do Pobo. El Valedor en consecuencia, acrecienta sus responsabilidades frente a la sociedad gallega en su conjunto. Por un lado, mantiene las funciones que ya tenía, dirigidas a asegurar el efectivo respeto de los derechos de los ciudadanos por parte de la administración. Y por otro, en sus recientemente adquiridas funciones de Comisionado da Transparencia, debe realizar las tareas de control del cumplimiento de las obligaciones de transparencia. Ambas funciones no se entorpecen. Al contrario, se coordinan. Pero son de por sí diferentes.

⁵⁷ “La sociedad arrastra desconfianza en todo el viejo continente, mientras nuestro país tiene sin solucionar demasiados problemas que ahondan en esa actitud de vivir de espaldas a la ciudadanía, a base de cerrar filas para filtrar todos los intentos de participación que desean sanear el sistema. Tenemos dos problemas, el interno y los que la vieja Europa no ha resuelto. Es por ello preciso que los proyectos de cambio tengan esa doble visión, porque la democracia tiene que presidir todas las sociedades, y a su vez la democracia de cada país tiene que sumar valores para que el resultado final sea más democracia”. J. MOLINA MOLINA, *Por qué transparencia*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2015, p. 126.

Por lo que a estas últimas funciones se refiere, el artículo 32.3 de la ley dispone que el Valedor, en su condición de Comisionado da Transparencia, ejercerá las funciones siguientes:

a) Responder a las consultas que, con carácter facultativo, le sean formuladas por los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley.

b) Adoptar recomendaciones para el mejor cumplimiento de las obligaciones legales en materia de transparencia y buen gobierno, oída la Comisión de la Transparencia.

c) Asesorar en materia de transparencia del derecho de acceso a la información pública y buen gobierno.

d) Emitir informe, con carácter previo a su aprobación, sobre proyectos de ley o de reglamentos en materia de transparencia y buen gobierno, oída la Comisión de la Transparencia.

e) Efectuar, a iniciativa propia o a causa de denuncia, requerimientos para la subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse de las obligaciones establecidas en materia de publicidad activa previstas en la presente ley.

f) Aquellas otras funciones que le sean atribuidas por una norma legal”.

Una vez establecido que debía ser el Valedor do Pobo la institución que funcionase como Comisionado da Transparencia (esto sólo sucede de manera parecida, aunque no igual, en el caso de Castilla-León), fue preciso que la ley delimitase el equipo de colaboración directa para el cabal desarrollo de esta función. La pertinencia de este requerimiento era obvia. Pensemos que el Valedor do Pobo es una institución que por sí misma no tiene carácter coercitivo ni sancionador⁵⁸, pues sólo funciona por la vía de la convicción y de la *auctoritas*. Era necesario por tanto separar la función del Valedor que se manifiesta a través de recomendaciones, de aquella otra función de Comisionado da Transparencia que obliga al Valedor a emitir mandatos en los que se dirige la obligación legal de dar o no una información determinada.

⁵⁸ “El Valedor do Pobo con motivo de sus investigaciones podrá formular a las autoridades y funcionarios de las administraciones públicas advertencias, recomendaciones, recordatorios de deberes legales y sugerencias para la adopción de nuevas medidas”, establece en su artículo 32 la vigente Ley do Valedor do pobo, 6/1984 de 5 de junio, modificada por las siguientes: Ley de 3/1994 de 18 de julio; Ley de 1/2002 de 26 de marzo; Ley de 8/2008 de 10 de julio; Ley de 10/2012 de 3 de agosto; y Ley de 1/2016 de 18 de enero. Como bien se ve, el Valedor no podrá sancionar en ningún caso.

Para coadyuvar en el buen desempeño de esta función y de algún modo superar este escollo, que de otro modo sería insuperable, la misma Ley de transparencia gallega creó la Comisión da Transparencia como órgano colegiado independiente adscrito al Valedor do Pobo.

Una vez creado el órgano, el paso inmediato fue determinar cuáles deberían ser sus miembros. Ésta no era una cuestión baladí, ya que era importante asegurar a la Comisión una representación plural que garantizase su plena independencia, unida a su idoneidad para ocuparse del asunto para cuya vigilancia había nacido, esto es, la transparencia. Teniendo en cuenta todos estos aspectos, el artículo 33. 2 de la Ley determinó que los miembros de la Comisión fueran los siguientes:

- a) Presidente o presidenta: Valedor o Valedora do Pobo.
- b) Vicepresidente o vicepresidenta: el adjunto o adjunta a la institución del Valedor do Pobo.
- c) Vocales: una persona representante de la Comisión Interdepartamental de Información y Evaluación de la Xunta de Galicia, una persona representante del Consejo Consultivo de Galicia, una persona representante del Consejo de Cuentas, y una persona representante de la Federación Gallega de Municipios y Provincias.

La composición plural de la Comisión garantiza, creo que de una forma impecable, la adecuada representación de los principales órganos llamados a gestionar y controlar el ámbito de la transparencia, a la vez que asegura una representación rica y plural de los ciudadanos gallegos a través de sus instituciones autonómicas.

En su funcionamiento ordinario, cada uno de los miembros de la Comisión tiene un voto, y en caso de empate el presidente, presidenta en ese caso, lo tendrá dirimente.

Creada la Comisión había que ponerla en funcionamiento, y para construir de nuevo sobre bases firmes y sólidas, era necesario establecer de forma clara los criterios de funcionamiento. Dichos criterios fueron exigidos pero no establecidos de forma legal. El artículo 34 de la ley establece, en efecto, la necesaria separación de funciones y medios entre el Valedor do Pobo por una lado y el Comisionado y la Comisión da Transparencia por otro. Pero no especifica mucho más. Fue preciso establecer esta distinción con nitidez por la confluencia en la persona del Valedor do Pobo de la dirección de la institución que lleva ese nombre, con la Presidencia de la Comisión da Transparencia, ya que su calidad de comisionado presidente de la Comisión le reclama igualmente una labor de dirección y coordinación de los trabajos de la misma.

Pese a que este mandato resulta claro en su redacción, lo cierto es que la falta de dotación presupuestaria de la Comisión da Transparencia como tal Comisión, hizo que fuese el personal y los medios adscritos al Valedor los que debían sufragar todos los gastos y hacer todos los trabajos que la Comisión requería. De modo que Valedor y Comisión comparten no sólo dirección, sino también medios. Sería conveniente, a mi juicio, que en el futuro se dotase a la Comisión de algún personal específico que pudiera hacerse cargo al menos de los trabajos administrativos de la Comisión. Mientras esto no sea así, la Comisión estará funcionando con el personal del Valedor lo cual exige un esfuerzo extra⁵⁹. Como contrapartida de este inconveniente, y de acuerdo con el artículo 35 de la ley, “los sujetos incluidos en el ámbito de aplicación de la presente ley prestarán la colaboración necesaria al Valedor do Pobo para el correcto desarrollo de sus funciones, facilitando la información que les solicite en su respectivo ámbito competencial”. Con esta colaboración, y confiando en el buen hacer de todos, se ha iniciado el camino de esta nueva labor aprovechando los mimbres que se tienen e intentando construir el mejor cesto de los posibles. He dicho “intentando”, pero en realidad no se trata de un intento sino de una “obligación” real que no podrá ser satisfecha realizando un simple intento. Muy al contrario, es responsabilidad del Valedor do Pobo asegurarse de que la Comisión da Transparencia que preside en su condición de Comisionado da Transparencia, funcione de la mejor manera posible, aplicando prudentemente los principios que la rigen. Es decir, tomando sus decisiones con independencia, con celeridad, con objetividad, con responsabilidad, y sobre todo con justicia. El pueblo gallego debe confiar en sus representantes y debe hacerlo con plenitud. La Comisión da Transparencia no se escapa de esta necesidad y por eso está establecido que:

“El Valedor do Pobo incluirá, en el informe presentado anualmente ante el Parlamento de Galicia, previsto en el artículo 36 de la Ley 6/1984, de 5 de junio, un apartado relativo al grado de aplicación y cumplimiento de la presente ley, en el que recogerá, en todo caso:

- a) Los criterios interpretativos y las recomendaciones que haya formulado durante ese año.
- b) La relación de reclamaciones presentadas contra denegaciones de solicitudes de acceso y el sentido de su resolución.

⁵⁹ Pues aunque la ley de transparencia establece el incremento de una persona dentro del personal fijo del Valedor, la realidad práctica es que esta persona no desarrolla únicamente esta función, con lo cual la carencia material de medios es manifiesta.

- c) La actividad de asesoramiento realizada en materia de transparencia, del derecho de acceso a la información pública y buen gobierno.
- d) Los requerimientos efectuados de subsanación de los incumplimientos que pudieran producirse. Y
- e) La evaluación del grado de cumplimiento de las obligaciones de publicidad activa por parte de los distintos sujetos incluidos en su ámbito de aplicación, formulándose requerimientos expresos en el caso de cumplimiento insuficiente”.

Además, “el informe anual que se presentará al Parlamento estará también a disposición de la ciudadanía dentro del portal de transparencia y gobierno abierto, así como en la página web del Valedor do Pobo”.

Los legisladores gallegos han querido dar cumplimiento de este modo y con estas cautelas, a la exigencia del pueblo que demanda transparencia y buen gobierno.

Expuestas las líneas legales fundamentales de la Ley de transparencia, así como lo que se refiere a su implementación, control y vigilancia a través de la Comisión da Transparencia, pasaré ahora a mencionar muy brevemente algunos datos que ayuden a vislumbrar la aplicación real de la ley en la Comunidad Autónoma Gallega.

La Comisión da Transparencia se constituyó en la Comunidad Autónoma de Galicia el 10 de mayo de 2016⁶⁰, y comenzó a funcionar desde ese momento, aprobando su reglamento interno el 14 de junio de ese año. La Comisión se constituyó de acuerdo con el precepto legal en la sede del Valedor do Pobo, bajo la presidencia de su titular. Su composición es: Valedora do Pobo, presidenta. Adjunto al Valedor, vicepresidente, y un representante por cada uno de estos organismos autonómicos: Consello de Contas, Federación Galega de Municipios, Consello Consultivo y Xunta de Galicia.

Desde su constitución la Comisión ha trabajado reuniéndose de forma periódica. Hasta este momento ha recibido 132 reclamaciones⁶¹ de la más variada índole. Su funcionamiento no es sencillo porque se trata de crear una cultura de transparencia que hasta ahora no existía o no al menos en la amplitud que la nueva ley exige, y por lo mismo era preciso antes que nada ir determinando

⁶⁰ Los datos que siguen han sido tomados de las actas de la Comisión que se custodian en la sede del Valedor do Pobo de Galicia.

⁶¹ De estas 132 quejas, 111 fueron resueltas; 56 de forma favorable (39 concediendo acceso total, y 8 otorgándolo parcial); 32 fueron inadmitidas; y 20 fueron archivadas., 1 desestimada y en 2 se ordenó la retroacción del expediente. Estos datos están tomados en marzo de 2018.

con tacto los ámbitos de actuación, los protocolos y los criterios generales que habían de servir de base para en adelante. En este trabajo, la Comisión aprende de sus propias dudas y hasta de sus propios errores, pues es pionera no sólo a nivel gallego sino también a nivel nacional. En su día a día sus miembros cuentan con la experiencia del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno con el que mantienen mutuas relaciones de colaboración. Creo que de todo lo expuesto podemos deducir que el trabajo en pro de la transparencia se ha iniciado y creo que está mostrando buenos frutos, pero que resta mucho por hacer. Es necesario romper moldes. Es necesario convencer a los ciudadanos y a los poderes públicos de la importancia de la transparencia a fin de que ésta se convierta en una “forma de vida” en una cultura identificativa de todo un pueblo. Para conseguir esta finalidad hay que vencer todavía muchos obstáculos que superan la voluntad de las personas e instituciones para adentrarse en lo que podíamos llamar carencias o defectos legales. De esta realidad surgen una serie de retos legales que paso a exponer brevemente.

6. RETOS LEGALES DE LA TRANSPARENCIA

El poder legislativo autonómico y central ha ido creando poco a poco normativa de transparencia. En ella se observan duplicidades y carencias. No obstante los fallos, la legislación actual es muy valiosa en cuanto permite vislumbrar por vía empírica y práctica los defectos que toda nueva regulación presenta, sobre todo por la envergadura real y conceptual de la institución político-administrativa que ésta está creando. De los muchos elementos que a mi juicio deberían ser corregidos, he aislado los siguientes:

A) Mejoras materiales

1. Mejorar la dotación de medios materiales⁶² exclusivos para atender las necesidades de la transparencia, y en algunos casos, simplemente crearla⁶³.

⁶² Por citar únicamente los datos generales del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno, este organismo tiene a día de hoy 19 personas en plantilla. Su presupuesto de 2017 es de 2.919.02 de euros, de los que al descontar los gastos de personal y de alquiler de la sede, apenas restan 400.000 euros para operar durante el año. Esta situación se hace todavía más penosa toda vez que la administración le obliga recurrentemente a pleitear en los tribunales, gastando así parte de sus fondos ya magros de por sí.

⁶³ Hay Comunidades Autónomas que simplemente no disponen de ninguna dotación para realizar esta función.

2. Mejorar el acceso⁶⁴ a los portales de transparencia de los organismos e instituciones obligados a mantenerlos.
3. Mejorar la publicidad de los contenidos activos en formato reutilizable, actualizado y de fácil manejo.
4. Reajustar las obligaciones de publicidad activa que en algunos casos son muy ambiguas, o no se ajustan a las necesidades o posibilidades reales de las entidades obligadas.
5. Reajustar el ámbito subjetivo de aplicación de la ley que en este momento es muy amplio y afecta a entidades muy heterogéneas y provistas de recursos también muy dispares.
6. Mejorar los tiempos de espera de la información solicitada⁶⁵.
7. Evitar en la medida de lo posible el fácil recurso a la necesidad de reelaboración de la información.
8. Evitar en la medida de lo posible la negativa a entregar información amparada en un derecho a la protección de datos mal entendida.

B) Mejoras formales

9. Establecer la conveniencia de motivar las solicitudes de acceso a la información a fin de evitar abusos y mala praxis⁶⁶.
10. Simplificar el lenguaje administrativo y burocrático.
11. Crear una legislación más clara de control de la transparencia.
12. Aquilatar algunos de los conceptos que se emplean de forma errónea o incorrecta. Por ejemplo en la administración local no existen los altos cargos a los que se refiere la ley.
13. Mejorar la oferta de suministro abierto de datos a fin de evitar duplicidades y poder conseguir datos fiables de estadísticas públicas.

⁶⁴ Por ejemplo, con la implantación casi generalizada de la firma electrónica, dejando sólo para casos muy especiales otras posibilidades.

⁶⁵ Esta necesidad se observa y reclama no solo en el ámbito autonómico o estatal sino también en el europeo. ST del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Sección 3, 27 de octubre de 2009, Rec. 21737/2003 en la que se analiza el incumplimiento por las autoridades de su obligación positiva de ofrecer a los interesados un procedimiento que les asegure el ejercicio efectivo de su derecho de acceso a la información en un plazo razonable.

⁶⁶ Soy consciente de que el derecho tal y como está legalmente determinado no exige motivación alguna pero están ya surgiendo voces doctrinales que aconsejan la pertinencia de algún tipo de motivación especialmente en algunos casos en los que se aprecia un intento de abuso de derecho.

14. Fomentar la separación de funciones en el control. Por un lado está el control del derecho de acceso y por otro la supervisión de las obligaciones, la pedagogía. No separar estos extremos genera mucha confusión en una población ya de por sí confundida.

C) Mejoras funcionales

15. Regular facultades reales de sanción en mayor o menor amplitud, para poder velar por el cumplimiento de la ley⁶⁷.
16. Regular facultades reales de inspección en mayor o menor amplitud, para poder velar por el cumplimiento de la ley.
17. Establecer medidas secundarias para que las administraciones puedan interactuar entre sí y con los organismos encargados de vigilar la transparencia de forma electrónica⁶⁸, sin que la falta de medios adecuados produzca desajustes innecesarios.

D) Mejoras de promoción

18. Sensibilizar a la ciudadanía explicándole la simplificación de requisitos y formularios de acceso al derecho a la información a fin de que usen mejor de los procedimientos.
19. Luchar para que no se produzca la llamada “brecha de la transparencia” (se visitan muchos portales pero se solicita poca información).
20. Evitar el abuso en la aplicación de los límites al derecho a la transparencia.
21. Fomentar mayor participación ciudadana, para evitar lo que ya se viene produciendo de que la mayor parte de los conten-

⁶⁷ Es muy importante proceder a una regulación armónica y real en la que no se produzcan lagunas. En la actualidad por ejemplo la normativa gallega no tiene en cuenta la posibilidad de que la Comisión da Transparencia sancione a los ayuntamientos por las faltas de publicidad activa. Aunque del contenido general de la ley sería lógico deducir esa posibilidad, lo cierto es que expresamente no aparece en la ley de modo que se produce un vacío legal que debería ser rellenado.

⁶⁸ Incentivar el uso de la forma electrónica en ningún caso supondría privar de posibilidad de ejercer sus derechos a las personas que no dominen estas técnicas. Significa simplemente que fomentar su uso podría hacer más rápido y eficaz el disfrute del derecho.

- ciosos en materia de transparencia sean presentados por las administraciones afectadas, en vez de por los particulares⁶⁹.
22. Incentivar la aplicación del régimen sancionador previsto en materia de buen gobierno, pues eso mejoraría en gran medida la ética pública.
 23. Evitar contentarse con la publicación de cantidades ingentes de información que no puede ser digerida. Parece más razonable seleccionar y publicar lo que sea realmente interesante.
 24. Actuar con responsabilidad para que el derecho tenga una implantación real y efectiva, y no débil y quebradiza.

7. CONCLUSIONES

La sociedad actual está cambiando. Los valores que persiguen los ciudadanos son distintos porque la experiencia vital de cada individuo y del conjunto de todos demanda nuevos intereses. En este escenario irrumpe con fuerza la necesidad de transparencia. Los ciudadanos necesitan saber, quieren tener información sobre lo que sucede, pero especialmente sobre aquello que afecta a la buena disposición de las cosas que se refieren al gobierno de la *polis*. La corrupción se ha convertido en una de las mayores preocupaciones de los españoles que creen que su incidencia sería mucho menor si el derecho a la transparencia lograra ser implantado en nuestra sociedad como uno de los principios rectores del Estado de Derecho.

Desde luego la transparencia entendida como el derecho de todos los ciudadanos a obtener información sobre cualquier cosa que afecte al manejo del interés público, y a que ésta sea accesible y fácil de localizar, puede ayudar a garantizar la falta de corrupción... Pero modestamente creo que sólo una ética pública debidamente asentada sobre una ética individual bien orientada será capaz de resolver este problema. La vigilancia ayuda, pues dificulta al posible infractor la comisión del delito, es cierto. Pero estimo que

⁶⁹ ST 17/2017 es uno de los casos en los que se rompe esta tendencia, al ser presentado el recurso por un particular que solicita le sean entregados los nombres y apellidos de los expertos que emitieron informe de evaluación de la ANECA (Agencia Nacional de Evaluación de la calidad y acreditación). En este caso se desestimó el recurso por entender que la identidad de estos juzgadores debe ser desconocida para garantizar la independencia, libertad e imparcialidad de su juicio.

solo la convicción de la improcedencia de la comisión del delito es garantía de respeto a la ley y al bien común.

Los seres humanos deben asumir con sentido de la responsabilidad los retos que la sociedad les demanda. Deben asumirlos conscientes de ser parte de una cadena humana donde cada eslabón es importante. Un engranaje donde cada persona tiene la obligación de atender a lo suyo con conciencia de unidad, pero sin desatender el bien común y su seguridad de formar parte del grupo.

Yo creo en la transparencia y en la oportunidad histórica de implantarla y desarrollarla en las sociedades modernas. Creo en la necesidad de crear una cultura de transparencia. Me parece necesario que los poderes públicos comiencen a vivir con transparencia entendiendo que el manejo de los asuntos públicos no es patrimonio de nadie sino derecho de todos, y que por lo mismo todos deben conocer la forma en que se ha actuado, las decisiones que se han tomado y los motivos por los que se ha elegido algo y se ha desechado otra cosa similar.

La transparencia significa cultura de claridad, de limpieza, de buen hacer. Es una exigencia que nos implica a todos en la lucha común por conseguir una sociedad mejor. Una sociedad de pleno disfrute de los derechos. Una sociedad en la que todos estemos implicados y podamos sentirnos orgullosos del trabajo hecho. Una sociedad en suma que no tenga nada que ocultar.

Los individuos están más preparados y las sociedades deben estarlo. Por eso necesitan saber y no únicamente asentir, y por eso el derecho a la transparencia trasciende al derecho individual a la información para convertirse en un derecho más completo. Un derecho que implica participación, libertad y hasta dignidad. Todas ellas condiciones *sine qua non* para asegurar la justicia. Una justicia que se constituye y que se vislumbra por la sociedad española como un derecho; como el derecho base de la sociedad en la que quiere vivir. Un derecho cuya realización precisa de la implicación de todos. Un derecho muy dependiente de la transparencia.

La oportunidad está creada. Éste es el momento de aprovecharla. Es preciso hacerlo con responsabilidad. Los poderes del Estado deben ayudar en este proceso facilitando las vías de satisfacción de la publicidad activa y de la pasiva. Y los ciudadanos deben hacer uso de su derecho con proporcionalidad y justa causa, sin incurrir en el abuso, pues sólo de ese modo seremos capaces de construir una realidad mejor. Un mundo en el que la transparen-

cia suponga limpieza, claridad y pulcritud. Un mundo en el que los seres humanos se sientan conocedores y partícipes de su destino.

MILAGROS OTERO PARGA
Facultad de Derecho.
Universidad de Santiago de Compostela
Avda Dr. Ángel Echeverri s/n.
15782 Santiago de Compostela
e-mail: milagros.otero@usc.es

RECENSIONES

**José María CONTRERAS MAZARÍO, José María,
¿Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política,
Editorial Tirant Humanidades, 2017, Valencia, 455 pp.**

OSCAR CELADOR ANGÓN
Universidad Carlos III de Madrid

Palabras clave: integración sociocultural, minorías religiosas, religión islámica, libertad religiosa
Keywords: sociocultural integration, religious minorities, Islamic religion, religious freedom

Las políticas públicas que promueven la integración sociocultural de las minorías culturales y religiosas están llamadas a desempeñar un papel central en la agenda política del siglo XXI, debido a la necesidad de integrar a un sector de la población que cada vez es más numeroso y se ha asentado de forma estable en nuestro país. En este debate debe contextualizarse la monografía del Profesor Contreras Mazarío titulada “Hacia un Islam español? Un estudio de Derecho y Política”, la cual, como su nombre indica, es un estudio a caballo entre el Derecho y la Política, pues estudia las principales políticas públicas y la regulación jurídica de la que ha sido objeto el islam en nuestro país. Se trata de un trabajo que se beneficia de la dilatada experiencia del autor, primero como estudioso experto en la problemática jurídica que acompaña a las minorías religiosas, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en el Derecho internacional, después como Director General de la Fundación Pluralismo y Convivencia, y por último como Director General de Asuntos Religiosos, en el Ministerio de Justicia.

La monografía se divide en 8 capítulos principales y un último capítulo donde se presentan las conclusiones del estudio. La sistemática utilizada para realizar la investigación es sobresaliente, y se articula sobre las siguientes temáticas: el proceso de socialización de la población musulmana española, los procesos de institucionalización del islam en Occidente y de

las comunidades musulmanas en España, el marco normativo del islam en España, el Estatuto jurídico de los musulmanes y de las comunidades musulmanas en España, la islamofobia y el odio religioso, las políticas públicas y las comunidades musulmanas desde la perspectiva de las estrategias de gestión pública, y el papel de los movimientos islámicos en las políticas públicas de seguridad.

Pese a que el título de la monografía se refiere a nuestro país, el autor recurre de forma reiterada al estudio del derecho comparado para mostrar cómo ordenamientos jurídicos, teóricamente más avanzados en la temática objeto de estudio, pueden ofrecernos sugerencias para resolver los problemas que se plantean en nuestro ordenamiento jurídico, eludiendo de esta manera recurrir a soluciones de laboratorio que poco o nada suelen aportar a la solución de problemas reales. El recurso al derecho comparado es especialmente útil en la parte del estudio dedicada a los procesos de institucionalización del islam en Occidente, y a las medidas contra el radicalismo violento y el terrorismo en Europa. Con este objeto se analizan los ordenamientos jurídicos alemán, belga, canadiense, estadounidense, francés, italiano, británico y de los Países Bajos.

Uno de los principales inconvenientes que presenta la comunidad musulmana en sus relaciones con los poderes públicos es la ausencia de un sistema de gobierno jerarquizado, que permita organizar el modelo de relaciones con un único interlocutor. Esta situación se complica si se tiene en cuenta que, dado que las comunidades musulmanas establecidas en España son muy jóvenes, no reconocen con facilidad la interlocución o la representación de terceros. El estudio del derecho comparado indica que, con independencia de cuáles sean los modelos jurídicos de integración del islam utilizados por los países de nuestro entorno jurídico, todos ellos coinciden en la necesidad de institucionalizar al islam en los diferentes procesos de negociación y de acogida de este colectivo; asimismo, los ordenamientos jurídicos estudiados coinciden en dos elementos, por una parte, con independencia de que muchos de los miembros de las comunidades musulmanas hayan nacido en Europa y sean hijos o nietos de europeos, en numerosos supuestos son estereotipados como extranjeros en las sociedades de acogida; y por otra, el islam es considerado principalmente en su aspecto cultural y no religioso, lo cual refuerza la idea de que no estamos ante una manifestación de un derecho fundamental sino ante una tradición cultural diferente de la local y, en consecuencia, extranjera.

Como expone el autor, “en los distintos procesos se pone de manifiesto la ausencia de una segunda generación que sería clave para la consideración de lo musulmán como una manifestación religiosa propia de la sociedad local y los musulmanes percibieran la pertenencia a dicha sociedad” (p. 129). De esta manera, el autor denuncia la necesidad de disociar religión y cultura, de forma que las segundas y posteriores generaciones de emigrantes puedan ser percibidas como nacionales del país de recepción que practican una religión, y consecuentemente ejercen un derecho fundamental. La situación contraria, y la consiguiente vinculación entre la pertenencia a una sociedad y la práctica de una religión específica presenta una doble problemática, pues impide la integración sociológica de los miembros de una comunidad por el mero hecho de practicar una religión, y en el medio y largo plazo genera conflictos de difícil solución en la medida en la que se legitima una concepción de ciudadano que es del todo ajena a las necesidades y retos que plantea la sociedad del siglo XXI.

Una de las conclusiones que aporta el extenso estudio de derecho comparado que aporta la primera parte de la monografía, es que, con independencia de cuál sea el modelo de relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas establecido en los países analizados, los poderes públicos son conscientes de la necesidad de integrar en sus sociedades a las comunidades inmigrantes; así como de crear cauces estables y fiables de comunicación que permitan a unos conocer las necesidades de la población de origen inmigrante, y a los otros acceder a los mecanismos que la sociedad de acogida pone a su disposición para su integración.

Esta parte del extenso estudio del Profesor Contreras explica cuáles han sido los principales motivos que han generado el establecimiento de flujos migratorios entre países de mayoría musulmana y las sociedades de acogida. Como regla general cabe hablar de una relación directa entre la nacionalidad de los emigrantes y el país de establecimiento, debido a relaciones coloniales o motivos económicos; por ejemplo, la mayoría de los musulmanes establecidos en Francia son de origen argelino o marroquí, en Alemania son de origen turco, y en el Reino Unido proceden principalmente de las antiguas colonias británicas en Asia. Estados Unidos y Canadá se configuran como supuestos especialmente relevantes en este ámbito, por tratarse de países con una fuerte tradición de acogida (debido a su vasta extensión y poca población inicial), lo cual en cierta manera, y aunque con políticas de integración autónomas, ha permitido difuminar las connotaciones religiosas de las comunidades mi-

grantes. Esto explica porque en Estados Unidos y Canadá las autoridades públicas no han creído necesario implementar procesos de institucionalización organizativa del islam.

El autor pone de manifiesto cómo los modelos utilizados tradicionalmente por las sociedades de acogida han fracasado. El modelo asimilacionista representado por Francia propone reducir las diferencias culturales y religiosas de su población apostando por una identidad nacional común, que se soporta en el disfrute de la ciudadanía francesa; mientras que el denominado modelo multicultural, característico de sociedades como Noruega, Alemania o el Reino Unido, si bien reconoce y valora positivamente las diferencias culturales y religiosas, ha sido incapaz de articular una política específica que permita la plena integración de los inmigrantes. La ausencia de políticas públicas efectivas que permitan integrar plenamente a las primeras generaciones, presenta el inconveniente adicional de que genera segundas y terceras generaciones de nacionales de un país que son percibidos como extranjeros por la sociedad de origen y, peor aún, que pese a disfrutar de la ciudadanía se auto perciben como diferentes a los demás nacionales. Esta situación genera el conocido efecto *gueto*, que suele agrupar a los miembros de un colectivo en determinadas zonas residenciales por motivos tanto económicos y sociales como religiosos y culturales, generando una cadena circular donde la educación (formal e informal) contribuye a general una identidad de clase y grupo social desfavorecido de muy difícil integración cuando se dan la mano tantos factores, pues indirectamente se está creando una micro-sociedad que se retroalimenta de forma constante por factores de carácter identitario y que se integra dentro de la sociedad de acogida.

Desde la perspectiva sociológica, el caso español es especialmente interesante ya que, de acuerdo con los exhaustivos estudios estadísticos que ofrece el autor, en nuestro país residen entre 1,3 y 1,5 millones de musulmanes que representan más del 2 % del total de nuestra población, incluyendo tanto a los inmigrantes como a las segundas generaciones y a los españoles que se han convertido al islam. En este proceso, y dado el parón en la recepción de flujos migratorios que ha venido recibiendo nuestro país en las últimas décadas, cabe hablar de una población en proceso de evolución desde una generación de inmigrantes principalmente provenientes del norte de África hacia otra de españoles musulmanes. Como señala el autor, el fenómeno migratorio ha contribuido a romper el tradicional binomio español y católico, y ha generado la necesidad de que los poderes públicos diseñen po-

líticas que integren a esta masa poblacional, promoviendo la cohesión social y evitando que en el futuro surjan problemas de desarraigo, estigmatización e inseguridad. El diseño de políticas debe tener en cuenta que la mayoría de los musulmanes (70 %) reside en cuatro comunidades autónomas: Cataluña, Andalucía, Madrid y Valencia, y dicha localización se fundamenta principalmente en motivos de naturaleza económica y laboral.

El capítulo tercero explica el proceso de institucionalización de las comunidades musulmanas en España, destacando en este apartado los logros obtenidos en el periodo 2004-2016, caracterizado por la integración y el pluralismo religioso de la sociedad española. En este contexto, el Profesor Contreras pone en valor la creación por el Gobierno, en 2004, de la Fundación Pluralismo y Convivencia, que es una entidad del sector público estatal creada por el Ministerio de Justicia, entre otros motivos, con el objeto de apoyar las actividades y proyectos de carácter cultural, educativo y de integración social de las confesiones religiosas (a excepción de la Iglesia católica) que tienen celebrado Acuerdo de cooperación con el Estado. La Fundación ha reconocido a las comunidades religiosas como actores sociales, lo cual ha permitido que en numerosos supuestos éstas intervengan en la esfera pública y sean más visibles para la sociedad en su conjunto.

La parte del estudio dedicada al análisis del marco normativo del islam en España (capítulos IV y V) es, desde la perspectiva jurídica, una de las partes más interesantes de la monografía. El análisis normativo se realiza a partir de una triple coordenada: primero el estudio del marco constitucional y los principios informadores en materia de libertad religiosa; a continuación al autor guía al lector de lo general a lo especial, prestando especial atención en el Acuerdo entre el Estado español y la Comisión Islámica de España (Ley 26/1992, de 10 de noviembre); y finalmente se estudia el estatuto jurídico de los musulmanes y las comunidades musulmanas en nuestro país, para lo cual analiza: el régimen jurídico de los lugares de culto y los ritos funerarios musulmanes, los ministros de culto y el personal religioso, los efectos jurídicos del matrimonio celebrado en forma islámica, la asistencia musulmana en centros públicos, la articulación de la enseñanza religiosa islámica en centros docentes, el régimen financiero-económico de las comunidades musulmanas, la relevancia jurídica de las festividades religiosas islámicas y el descanso semanal, el patrimonio cultural islámico y su protección, y la garantía por parte de las administraciones públicas de acceso a la alimentación Halal.

Una de las peculiaridades que presenta el ordenamiento jurídico español es que, a diferencia de lo que ocurre en el resto de los países de nuestro entorno jurídico, nuestro país ha firmado un acuerdo de colaboración con las comunidades islámicas establecidas en nuestro país. La técnica de los acuerdos se ha sustituido en muchos países europeos por normas de carácter unilateral, ya que esta fórmula permite a los Estados escuchar a las confesiones religiosas durante el proceso de elaboración legislativa, y es mucho más flexible en lo que se refiere a su aprobación, derogación y ejecución. En nuestro ordenamiento jurídico, los Acuerdos con las confesiones religiosas se configuran como uno de los recursos que tienen a su disposición los poderes públicos para cooperar con éstas, pero su uso por parte de los poderes públicos no es obligado. En el momento actual, y en un contexto de posible renovación o firma de un nuevo acuerdo que actualice el de 1992, existen ciertos problemas en lo que se refiere a la Comisión Islámica de España, y especialmente respecto a su organización y funcionamiento, debido a las tensiones y divisiones internas que existen entre las comunidades musulmanas pues, aunque ya se ha dicho anteriormente, hay que recordar que entre ellas son autónomas e independientes y carecen de un sistema de gobierno jerarquizado que facilite la resolución de conflictos internos de naturaleza organizativa.

Otro aspecto reseñable del estatuto jurídico del islam en España se refiere a su financiación, y en concreto a la necesidad de articular mecanismos que permitan a las comunidades musulmanas autofinanciarse, así como conocer de alguna manera las ayudas que estas comunidades reciben de terceros países y las finalidades a las que se destinan. En otras palabras, no se trata tanto de conocer las cuentas de las comunidades islámicas, como de evitar que fondos opacos procedentes del extranjero puedan destinarse a actividades ajenas a los fines religiosos de las comunidades. En este sentido, el autor destaca el papel del fondo "Ibn Jaldún" que, en colaboración con la Comisión Islámica de España, identifica necesidades y proyectos de las comunidades religiosas que posteriormente serán financiados por el fondo, participando en este apartado la Fundación Pluralismo y Convivencia con el objeto de asegurar la transparencia y el uso adecuado de los fondos.

La islamofobia y el odio religioso se analizan en el capítulo VI, a partir de un intento de definir el alcance y contenido de lo que debe entenderse por islamofobia debido a la ausencia de un concepto jurídico a este respecto; a continuación, dicha definición es analizada en el ámbito del Derecho penal

(la discriminación religiosa como agravante, y la tipificación de los delitos de odio e intolerancia religiosa). Uno de los elementos centrales de este debate es delimitar el alcance de las libertad de expresión e ideológica, ya que, como señala el profesor Contreras, “ni la libertad de expresión ni la libertad ideológica pueden ofrecer cobertura al llamado discurso del odio, esto es, a aquel desarrollo en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos o en general contra determinadas razas o creencias en particular” (p. 281). La parte final del capítulo aborda los diferentes informes realizados sobre la islamofobia, tanto en Europa como en nuestro país, destacando en este sentido los informes realizados por la Plataforma Ciudadana contra la Islamofobia y el Observatorio Andalusi.

El capítulo VII estudia las políticas y las estrategias de gestión públicas específicas para las comunidades musulmanas. En este contexto, destaca la parte del estudio dedicado a las mezquitas, pues estos espacios no están dedicados exclusivamente para la práctica del culto religioso y, en su calidad de centros de reunión y debate, desempeñan un papel central en la vida social de las comunidades musulmanas y en la construcción de la identidad de este colectivo. La gestión pública de las mezquitas desde los ayuntamientos se realiza desde una triple óptica, la seguridad, la localización del edificio en lugares que no generen conflictos relacionados con el mantenimiento del orden público y la paz social, y la necesaria concesión de licencias y permisos administrativos. Aquí probablemente se localiza uno de los principales problemas del colectivo musulmán pues, pese a que las mezquitas son un instrumento necesario para el ejercicio colectivo de un derecho individual, en muchos casos los ayuntamientos son reacios a autorizar la apertura de mezquitas en los centros urbanos por presiones de las asociaciones vecinales, lo que obliga a estos grupos a establecerse en localizaciones poco apropiadas (en mucho casos en polígonos industriales), con la consiguiente marginalización del colectivo y la creación de un estereotipo social y religioso negativo.

El capítulo VIII se dedica a los movimientos islámicos y a la seguridad. Se trata de un tema de enorme actualidad pero que presenta numerosas dificultades para su estudio, pues el terrorismo yihadista, si bien tiene una conformación y carácter internacional, requiere el diseño y adopción de medidas conducentes tanto a evitar las manifestaciones terroristas como a evitar que se estereotipe socialmente y en los medios de comunicación a los musulmanes como terroristas. En este sentido, destaca la parte del capítulo dedicada al estudio de las medidas diseñadas contra el radicalismo, tanto desde la

Unión Europea, como por Alemania, Bélgica, Francia, Países Bajos y el Reino Unido.

La monografía finaliza con un último capítulo que sirve para que el autor ofrezca las consideraciones finales de su estudio. Se trata de una serie de dieciséis consideraciones que sistematizan de forma seria y rigurosa el trabajo de investigación realizado previamente por el autor. Esta parte de la monografía es la que más se beneficia de la experiencia del autor, tanto como académico de reconocido prestigio, como en su faceta de gestor público en el Ministerio de Justicia. El profesor Contreras traslada su preocupación por cómo desde los atentados del 11-S, 11-M y 7-J, el islam ha pasado de tener escasa visibilidad social y política a ser contextualizado como un “problema”, por los siguientes motivos: “i) hay una percepción identitaria sobre la religión que hace que la gestión pública en este ámbito no responda a criterios de normalidad, lo que hace que no se sepa cómo actuar, la primera; ii) se entiende el islam como un asunto de extranjeros, lo que impide la normalización social –lo musulmán no es de aquí– y lo sitúa en el ámbito migratorio, la segunda; y iii) se lee y se afronta desde una perspectiva de seguridad, la tercera” (p. 447). A partir de esta argumentación, el autor apunta que, dado que en nuestro país las comunidades musulmanas se agrupan atendiendo al origen de sus integrantes, no debería hablarse del islam en sentido genérico sino desde la perspectiva nacional.

Según Contreras, las mezquitas deben desempeñar un papel central en el terreno de la integración de la comunidad musulmana, pues: “éstas no deben ser vistas únicamente como lugares de culto, o como lugar de cobijo de terroristas, sino como centros de servicios sociales y, por lo tanto, espacios para la integración y la acción social, lo que conllevaría a que los poderes públicos no sólo tuvieran que promover el pleno dialogo con las comunidades religiosas, sino también verlas como destinatarias de ayudas económicas (subvenciones) para la integración, así como incorporar a sus líderes a los distintos foros y mesas de participación que existan en los Estados y ello no sólo a nivel estatal sino también a nivel local” (p. 452). Con este objeto, el autor es partidario del uso de un concepto de laicidad que evite la beligerancia de los poderes públicos frente a lo religioso, y que permita a los poderes públicos, y a la sociedad en su conjunto, reflexionar acerca del papel que lo religioso debe tener en la sociedad plural del siglo XXI.

En el apartado de las relaciones entre el Estado y las comunidades islámicas, el autor reclama la adopción de una nueva estructura que permi-

ta agrupar a las comunidades islámicas, que voluntariamente quieran integrarse en la misma, y solucione los graves problemas de legitimidad y de representación que presentan las actuales estructuras, especialmente desde la perspectiva de la representación territorial. Para ello, el Estado debe dar un paso hacia adelante y atender a las especificidades que tienen las comunidades musulmanas, pues lo contrario dificulta de forma notable las negociaciones y relaciones entre las partes y, más importante, el desarrollo de los derechos reconocidos en el Acuerdo de cooperación entre el Estado español y la Comisión Islámica de España de 1992. El profesor Contreras reclama el diseño de políticas públicas de integración que valoren la especificidad de las comunidades musulmanas, de forma que la integración se produzca en lo que denomina “los tres conceptos de igualdad”, entendidos como la igualdad en los derechos civiles individuales, en los derechos étnicos colectivos y la libertad religiosa.

Asimismo, son destacables las consideraciones finales del profesor Contreras en el contexto de la seguridad y el papel de los medios de comunicación, donde el autor demanda que se realice una clara distinción entre el islam y el terrorismo, de forma que, con independencia de que individuos que se autocalifiquen como musulmanes puedan llevar a cabo atentados terroristas, no por ello se criminalice a los más de 1.200.000 de musulmanes. En este terreno es necesario adoptar políticas públicas que tengan en cuenta el carácter universal de los derechos humanos, de forma que no se pueda (ni se deba) hablar de reciprocidad entre los Estados ya que estamos ante derechos que deben ser garantizados con independencia de la regulación o situación en el país de origen de los individuos, pues son derechos irrenunciables; así como que las políticas que se adopten tengan tanto un componente nacional como internacional, ya que el terrorismo tiene incidencia en ambos contextos espaciales.

En resumen, estamos ante una obra de enorme actualidad que cubre sobradamente la temática objeto de estudio, la cual: por una parte, responde las numerosas cuestiones que plantea la conformación de un estatuto jurídico para la comunidad musulmana establecida en nuestro país; por otro, aporta luces que permitan solucionar los continuos retos y problemas que presenta la integración sociocultural del colectivo musulmán en nuestro país, tanto desde la perspectiva jurídica como política; y por último, gracias al uso que el autor realiza del Derecho comparado, aporta numerosas propuestas que pueden evitar los problemas que los países de nuestro entorno

jurídico vienen resolviendo y gestionando desde hace décadas en la materia estudiada. Por todo ello, los estudiosos del Derecho público en general, y del Derecho eclesiástico del Estado en particular, estamos de enhorabuena, felicitamos al profesor Contreras por su excelente aportación al estudio de las relaciones entre el Estado y las confesiones religiosas, y recomendamos encarecidamente la lectura de su última obra.

OSCAR CELADOR ANGÓN
Universidad Carlos III de Madrid
e-mail: oscar.celador@uc3m.es

José Antonio GARCÍA SÁEZ,
Kelsen versus Morgenthau. Paz, política y derecho internacional,
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2016, 512 pp.

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid

Palabras clave: Estado, Derecho internacional, paz, norma fundamental
Keywords: State, international Law, peace, fundamental law

En los últimos tiempos ha surgido en numerosos foros y a través de bastantes volúmenes académicos, artículos y discusiones, un interés creciente por las inveteradas distinciones entre política y derecho. Por tales motivos, sin duda, este trabajo merece una especial atención, ya que aborda, a través de dos célebres autores, las dificultades de la juridificación de las relaciones internacionales debido precisamente a su carácter eminentemente político, una tarea laboriosa emprendida por la ONU y otros organismos de carácter regional desde no hace tantos años.

José Antonio García Sáez nos descubre, así, y con una obra que se ve acompañada por un estupendo prólogo de Cristina García Pascual y que ha merecido el premio “Luis Díez del Corral” del Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, la trayectoria de Hans Kelsen y Hans Morgenthau. Y lo hace tratándola bajo la diferenciación de aquellos dos campos de la razón práctica, el derecho y la política, que serviría a ambos para emprender caminos distintos (aunque coincidieran en cuanto a exilio y país de destino) y llegar a conclusiones diversas. La posibilidad de relacionarlos resulta evidente desde las primeras líneas del trabajo, vistos su común lengua nativa y su origen judío y el desarrollo de sus iniciales trabajos en medio de la convulsa Europa de entreguerras, y más aún con el telón de fondo de la república de Weimar. En este sentido, además, los datos biográficos que ofrece García Sáez son numerosos y de gran interés y explicarían muchas de las características que sus respectivas obras contienen. La diferencia de edad entre Kelsen

y Morgenthau, por otra parte, dado que el segundo era unas dos décadas más joven, tampoco obsta de todas maneras para realizar la comparación que recorre el libro, puesto que ambos influyeron claramente en el mundo intelectual que advino tras la segunda guerra mundial.

Es evidente, asimismo, que existe una cierta asimetría, sobre todo para el lector proveniente de las ciencias jurídicas, entre ambos personajes: resulta claro que Morgenthau es menos conocido, y pienso que no sólo en nuestro país. Pero tal extremo guarda relación directa con el tipo de audiencia a la que este experto en relaciones internacionales se dirigía, a saber, diplomáticos, hombres de estado y estudiosos de los ámbitos de su trabajo o promociones de nuevas elites que vinieran a sustituir a aquéllos en sus tareas. Sea como fuere, García Sáez opta por dejar a Morgenthau para la segunda parte de su libro y comienza el volumen exponiendo las ideas de Kelsen.

Y lo hace señalando los aspectos más importantes de la teoría “pura” que el austríaco quiso construir, y aunque muestre, sin embargo, una mayor atención a su teoría jurídica en torno a las relaciones internacionales, que es al fin y al cabo el núcleo de su explicación en todo el texto que redacta. El razonamiento “estrictamente lógico-jurídico” (p. 103), basado en cierta interpretación de Kant (p. 100), impulsó a Kelsen a elaborar la “doctrina de la proposición jurídica”, de acuerdo con la cual “toda norma jurídica consiste en un hecho (llamado hecho antijurídico o ilícito) asociado a otro hecho (llamado consecuencia jurídica o sanción) mediante un vínculo específico (llamado imputación)” (p. 101). De acuerdo con esta teoría, el derecho podía analizarse (que no construirse, puesto que éste sería otro asunto), con aquel esquema propio de una auténtica ciencia jurídica y fuera del cercado de la moral (ídem): Kelsen afirmaba, por tanto, que no se podía acudir a criterios morales con el objeto de determinar la validez de las normas jurídicas. Entendía que ésta en realidad resultaba suministrada por una posición concreta de la regla en el conjunto del ordenamiento, advertido así como un todo en el que las normas dependerían unas de otras de modo jerárquico y hasta llegar a un último eslabón en el que existiría la llamada “norma fundamental” (fenómeno que Kelsen denominaría “validez dinámica”: p. 135).

Esta última pieza no resulta identificada además con la constitución, sino con “una condición lógico-trascendental, como una hipótesis que permite entender el conjunto del sistema jurídico” (p. 121). Por tanto, se desprende de todo esto que el Estado carece de personalidad en el sentido en que le la atribuían autores como Jellinek o Heller, pues vendría encarnado

por un ordenamiento específico (p. 451: sería en realidad un conjunto de normas jurídicas y un “centro de imputación normativa”, p. 161).

El Derecho, en consecuencia, vendría a ser un orden coactivo que tendría por objeto determinar la conducta humana (p. 108: revistiendo así las características de sistematicidad, coactividad y funcionalidad). Un sistema cerrado que se autorreproduce y se autoexplica (p. 115) y en el que tanto las sentencias como los actos administrativos serían “normas jurídicas individuales” (p. 118). Desde esta perspectiva de la ciencia jurídica Kelsen considera importantes las obligaciones y no los derechos subjetivos, debido a su percepción de que “el derecho de uno no es sino consecuencia el deber de otro” (p. 113). Su titular se halla facultado para exigir ante una instancia jurídica la obligación de otros (p. 114). Y “decir que la norma es válida es afirmar que su contenido es considerado como obligatorio” (p. 136, “validez estática”). Kelsen entiende que la eficacia de las normas no es idéntica a la validez ya señalada (p. 123), aunque de hecho aquélla sea una condición de ésta, si bien respecto al conjunto del sistema, sin que la ineficacia de alguna norma concreta implique lo contrario (p. 124).

En toda esta construcción cabe además el Derecho Internacional, aunque con diversas peculiaridades. Así, Kelsen vino a afirmar que la norma fundamental del Derecho internacional es la norma que instituye que la costumbre sea acto creador de derecho (p. 126). En este Derecho consuetudinario es así donde debe encontrarse el fundamento de validez del resto de normas jurídicas internacionales, que se encontrarían en una posición subordinada en relación con él (p. 127). En este sentido, además, dos serían las normas de tal marco consuetudinario, a saber: el principio de efectividad de la norma y el *pacta sunt servanda* que otorga validez a los tratados internacionales; pues ambas supondrían una delegación o habilitación a otra autoridad inferior jerárquicamente (ídem), y de modo que, aunque cierto estado no hubiera aplicado nunca determinada norma de derecho internacional consuetudinario, tal extremo no implicaría que se hallara desvinculado de aquélla (p. 129: por ejemplo, cuando nace un estado).

Las normas del derecho internacional, además, serían incompletas según Kelsen, porque aunque definen el objeto al que se refieren, es decir, prescriben cierta conducta, no señalarían claramente al sujeto que ha de realizarla, cometido que correspondería al derecho de cada país (p. 162), y con el añadido de que el primero tendría un ámbito delimitado por el segundo (p. 136). El derecho internacional, además, incluye la posibilidad de crear

por vía consuetudinaria tribunales del mismo carácter (p. 132). No existe, así pues, y siempre según Kelsen, ámbito alguno reservado a los derechos nacionales (p. 138), y ello aunque no pudieran “existir derechos subjetivos de los individuos en el derecho internacional, no por la propia naturaleza de este ordenamiento, sino por su escaso nivel de desarrollo técnico, puesto que en aquel tiempo no existía ningún tribunal internacional ante el cual el individuo se pudiera dirigir para instar la satisfacción de tales derechos” (p. 114). En todo caso, ese derecho internacional podría ser configurado como sistema jurídico, dado que prevería la utilización de la guerra u otras medidas para su protección (p. 136, la “validez general”): “a través del principio de efectividad el ordenamiento internacional está realizando una delegación: delega la facultad de dictar normas de rango estatal en quien sea capaz de asegurar el cumplimiento de un orden jurídico de forma estable en un determinado territorio” (p. 140, con descentralización de tal ordenamiento, pues, pero bajo un postulado de la unidad del conocimiento jurídico que implica que sólo puede admitirse un único conjunto normativo como obligatorio en un mismo tiempo y lugar, p. 171).

Ahora bien, Kelsen da aquí un importante salto añadido que conlleva el hincapié en la fuerza de ese derecho internacional: así, y además de poder percibirse que el ámbito de su validez material es ilimitado, debe considerarse que “delega tácitamente a los ordenamientos estatales la regulación de todas las materias de las que él mismo no se ocupa”, y que desde el momento en que regula algún asunto ha de abstenerse de dictar normas cuyo contenido material sea contrario a las normas de derecho internacional aceptadas, especialmente cuando se trate de normas de *ius cogens* (de nuevo algo a lo que obliga el postulado unitario antedicho). El ordenamiento internacional, en otro orden de cosas, es pleno y coherente, pues carece de lagunas (p. 141). Y en virtud del principio de efectividad, “basta con que un poder pueda ejercer la coacción de forma efectiva en un territorio determinado para que tal ordenamiento deba ser considerado como un ordenamiento jurídico” (p. 147). Para el derecho internacional, pues, no hay gobiernos legítimos o ilegítimos en otro sentido (p. 148).

Morgenthau parece arrancar precisamente de esta última acotación kelseniana para fundamentar su teoría sobre las relaciones internacionales de otro modo distinto al austríaco. Así, y pese a tener su trabajo como referencia inicial (p. 293), opta por apartarse de su enfoque: otra cosa es que, como bien señala García Sáez, existan ciertas discrepancias académicas sobre hasta qué punto lo consigue.

Y es que, en primer lugar, Morgenthau se muestra escéptico respecto al poder de la razón en determinados ámbitos, y más específicamente en el de carácter político: es más, consideraba que el positivismo aplicado al derecho internacional pretendía una “política exterior sin política” (p. 287). Rechaza la analogía que pretende el liberalismo, al emplear técnicas como la instauración de tribunales y otras trasladándolas al ámbito internacional del mismo modo que las propugna para el doméstico (p. 288). De hecho, la herramienta que mejor puede contribuir a la paz internacional no es el derecho, sino la negociación diplomática adecuadamente emprendida (p. 292). Aquí, sin embargo, el autor de nuestro ensayo confiesa que las disertaciones de Morgenthau en torno al positivismo le parecen confusas (p. 293), si bien queda claro que el alemán rechaza la teoría pura kelseniana porque “no sería más que una exclusión artificial de factores sociales y políticos que de hecho influyen en la creación de las normas jurídicas” (p. 296), y ello pese a reconocerle el gran mérito de haber superado ciertos límites de aquél (p. 304).

Morgenthau adopta una definición muy amplia de la política, según la cual se referiría a todo aquello que se hallara dentro de la vida pública (p. 316); y al respecto no existen reglas en el derecho internacional que separen materias políticas de otras jurídicas (p. 318). Defiende que ha de advertirse su vinculación con la realidad social (p. 322), pero además tiene un criterio de validez distinto al kelseniano: para este autor norma jurídica dotada de tal característica será toda aquella que cumpla los requisitos formales correspondientes, sin importar que derive en última instancia de alguna norma fundamental. De esta manera, validez y eficacia son indistinguibles en la práctica (325): “se dice que una norma es válida si tiene la facultad abstracta de determinar la voluntad. Se dice que una norma es [subjétivamente] eficaz si efectivamente determina la voluntad” (p. 326). Eso sí, quien pretenda el cumplimiento de la norma deberá conseguir que posea “la facultad abstracta de convertirse en psíquicamente eficaz”, de modo que habrá de conferirla “un contenido que no se encuentre en contradicción con las leyes de la naturaleza” (p. 326).

En función de todo lo expuesto puede entenderse fácilmente que Morgenthau no conceda a la costumbre internacional el estatus que sí le otorga Kelsen, pues en general tendría sólo “influencia causal o psicológica, pero nunca normativa” (p. 336): “una norma exclusiva puede ser producida través de un acto único de voluntad dirigido a la realización de sanciones. La existencia de una costumbre no es necesaria ni suficiente” (cit. en idem). El

realismo de este autor aflora enseguida cuando declara que el Estado “existe en exclusiva por la fuerza propia de sus valedores, y de ningún modo porque el derecho internacional le preste, a través de una delegación, algo de su propia fuerza normativa” (p. 346). Asimismo, el orden internacional por entero estaría apoyado en la *voluntad* de todos los jefes de estado que forman la comunidad internacional (p. 350) y no es posible entender que el derecho internacional pueda sancionar de manera directa a un individuo sin pasar antes por el filtro del Estado, porque sus normas sólo resultan vinculantes para individuos específicos a través del derecho estatal correspondiente (p. 352). “El derecho internacional descansa, como todo orden jurídico, sobre una norma fundamental, la cual no puede ser de naturaleza jurídica, sino que pertenece necesariamente al ámbito de la moral o de las costumbres; esta norma sirve al sistema como punto final que garantiza la autonomía teórica del sistema, y como bisagra entre los diferentes ámbitos normativos y el ámbito del derecho” (p. 356). Además, el derecho internacional podría ser de carácter no político, fundado sobre intereses permanentes y estables, y de tipo político, que se basaría en intereses de naturaleza temporal y cambiante (p. 357). El primero se hallaría compuesto de un pequeño número de normas sobre la soberanía nacional o acerca de su propia interpretación, las cuales vincularían a todos sin importar su consentimiento, y dado que sin ellas no habría en ningún caso derecho internacional (*ídem*, y p. 366).

Por otra parte, y siempre según Morgenthau, la validez normativa estaría relacionada con la capacidad real de la norma para devenir eficaz (p. 358). Sólo existen tres elementos que pueden poner límites a la lucha por el poder en el ámbito internacional: el equilibrio del poder, la moralidad internacional sumada a la opinión pública mundial, y finalmente el derecho internacional, sin existir prevalencia entre ellos (p. 361), y en todo caso, considerando que este último es un tipo de “derecho primitivo” por descentralizado (p. 364, una opinión cercana a la de Kelsen). Tal percepción se basa en que el llamado “derecho internacional necesario” por Morgenthau, el “derecho internacional no político”, en realidad posee una fuerza obligatoria que no afecta a la soberanía de las naciones (p. 373): ésta condiciona la relación de los estados con los tribunales internacionales, así como la prohibición de injerencia que supone (p. 374), y nunca podrá ser compartida (p. 377).

En resumidas cuentas, pues, Morgenthau estaría menos interesado por la racionalización del Derecho que diera lugar a un sistema y un modelo analítico aptos para cierta metodología estrictamente jurídica (algo que sin

embargo sí que intentaría Kelsen), y más por un fiel reflejo sobre los acontecimientos del mundo (p. 310) que tuviese en cuenta diversas disciplinas. Y de acuerdo con la sociología alemana que conoció muy bien en su juventud, bien representada por hombres como George Simmel o Karl Mannheim, en las ciencias sociales aquella imagen, la “auténtica”, vendría dada por la premisa de que la verdad no existiría por sí misma, al contrario que en las naturales, sino que derivaría en todo caso de la situación (p. 311): “la teoría de la política internacional desarrollada por Morgenthau sería, por lo tanto, una teoría situacionalmente determinada, limitada por los condicionantes tiempo y espacio”, pues para este autor “sólo a partir del conocimiento de casos históricos concretos se pueden realizar las generalizaciones que se necesitan para orientar el comportamiento de los estadistas y los diplomáticos” (p. 313). Y es que, a su criterio, “el derecho internacional sirve para las cosas pequeñas, pero no para las grandes cosas (como, por ejemplo, la construcción de la paz)” (p. 364), máxime si se considera que las reglas contenidas en los tratados son deliberadamente ambiguas con el fin de que puedan suscribirlas un mayor número de países (p. 369) y que no cabría que gozaran de intérprete alguno que pudiera imponerse a los estados (p. 370).

El volumen de García Sáez, así, es abundante y no despista el detalle y el análisis minucioso de los dos autores abordados, más difícil en Morgenthau, como vemos, dada la vaguedad de sus categorías y su preocupación central por servir cierto utillaje intelectual a la *práctica* de la política, y no tanto a su teoría. Pero conviene detenerse muy brevemente en los reparos que harían emerger los textos de uno y otro autor y que provendrían de la perplejidad producida por algunas de sus propuestas.

En primer lugar, y sobre las debilidades del pensamiento kelseniano, lo cierto es que se ha escrito ya mucho, y no sólo en lengua castellana. Su influencia en la reflexión iusfilosófica es bien conocida, pero eso no debería arredrarnos para reiterar algunas críticas pertinentes. Así, desde un primer momento el formalismo de Kelsen dispone en realidad de asideros difíciles, si reparamos un poco en algunos de sus detalles: por poner un ejemplo, un primer problema de la validez kelseniana y, en general, el de su modelo normativo, es el del “punto de vista”, como bien advirtió Hart. Es verdad que para Kelsen decir que una norma es válida supone firmar que su contenido es obligatorio (p. 136), pero, ¿quién realiza esa aseveración? ¿Con qué autoridad? Esta despersonalización propia de la teoría pura, a nadie se le escapa, da lugar asimismo a la idea de que el Estado en realidad es un conjunto

de normas. Pero elude también de forma demasiado cómoda los problemas consiguientes de legitimación que pueda sufrir aquél. Alguien podría afirmar, en torno a este punto, que la pretensión de Kelsen consigue salvar tal obstáculo porque “a la ciencia jurídica no le interesa el ser humano en cuanto a tal, como realidad natural, sino en la medida en que pueda ser considerado como sujetos de derechos y deberes” (p. 169, esto último, además, con el hincapié que antes hemos visto). Pero, ¿cómo puede ser compatible tal afirmación con la de que en rigor el Derecho no regula relaciones entre personas, también kelseniana? (cit. en p. 174).

La propuesta de Kelsen, asimismo, presupone cierto modelo antropológico claramente valorativo, en contra de lo que podría deducirse de sus afirmaciones: se trata del presupuesto de la autonomía personal, tan caro a Kant, y del que Kelsen evidentemente no puede (ni creo que quisiera) escapar. Es más, en este sentido tampoco se entiende porqué Kelsen puede sostener que la justicia es un ideal irracional (cit. en la p. 222) y sin embargo defiende el derecho como lo hace y con el alcance que le otorga: recordemos que el austríaco intenta una juridificación que alcanzaría las relaciones internacionales de forma decidida y que incluso abarcaría, en consonancia precisamente con la idea de responsabilidad antes expuesta, la imputación de crímenes a los individuos concretos que encarnaran conductas estatales desde su posición de máximos dirigentes o mandos militares, de jefes de la burocracia en resumidas cuentas.

A estas contradicciones contribuye además su idea de que hay ordenamientos jurídicos “primitivos” (p. 222), y de que el derecho internacional tendría algunos de sus rasgos principales. Si esto es así, aquí hay presupuesta una idea de evolución de los órdenes jurídicos. Y por tanto, la prosecución de un fin que se ve como benéfico y que no es otro que el defendido en la teoría pura por favorecer la mayor seguridad jurídica para los seres humanos. A este respecto, no estoy seguro que teoría evolutiva alguna pueda escaparse de alguna atribución moral o cuanto menos, y esto Kelsen lo rechazaría aún con más vigor sin embargo, alguna filosofía de la Historia.

Pero, pasando a Morgenthau, si bien en un primer momento son más difíciles de detectar sus contradicciones, dado su escaso interés por edificar un sistema, algo que en cambio le hace más ardua la tarea a Kelsen y su pretensión central, el alemán no escapa tampoco de la posibilidad de formularle varias críticas, entre ellas la derivadas de cierto pragmatismo de cortos vuelos que posiblemente no fuera en verdad tan “realista” como él pretendía. La

vaguedad de los términos en que se expresaba quizás ayudara a hacerle más escurridizo al respecto, pero no creo que lograra ocultar las debilidades de su enfoque.

De esta forma, y pese a destacar la sociología y la psicología como disciplinas que sirvieran para examinar el ámbito internacional, así como la importancia de las relaciones sociales (p. 322), Morgenthau no responde a dos preguntas relevantes: ¿en qué *modo* se produce esa conexión?, ¿con qué *consecuencias*? Aunque no me considero especialista en los textos del autor, me temo que García Sáez ya intenta averiguar algo sobre estos extremos sin éxito, y esta es otra falla de Morgenthau, al igual que su fracaso a la hora de conceptualizar una “validez” que en realidad se mueve entre la eficacia y la referencia a las normas morales e incluso a los usos sociales, eludiendo la escuela del derecho natural pero al tiempo acudiendo a ella cuando lo necesita, sin explicar ese cambio de marcha. Su obsesión por el territorio como anclaje para la soberanía (p. 377), por otra parte, también resulta poco fundamentada, y más aún en un mundo en el cual los capitales y las transacciones financieras ya se movían (no digamos ahora) a gran velocidad de un extremo a otro del planeta y donde los centros de poder quizás se correspondan en pocas ocasiones con los gubernamentales de los diferentes estados, que a menudo no concuerdan ni en sedes ni en personas. Asimismo, no llega a definir qué es el “mínimo consenso moral” que defiende para el entendimiento entre Estados (p. 391). Y sobre todo, si Morgenthau rechaza los intentos de racionalización que él considera fallidos en otros autores, ¿por qué deberíamos confiar en la racionalidad de diplomáticos y dirigentes, como depositarios de una cualidad epistémica mayor que los demás? (cit. en p. 278).

Llegados a este punto, mal consuelo parece el de que elementos como el equilibrio del poder (algo difícil de entender en la era nuclear), la moralidad internacional y la opinión pública mundial (de cobijo difícil, en el primer caso porque Morgenthau no la fundamenta, y en el segundo, porque ni siquiera Habermas se atrevió a defender tal idea de manera desarrollada, puesto que él y Dewey se referían con sus propuestas a sistemas democráticos sobre todo), y menos aún un Derecho internacional al que se concede un mínimo papel dada la soberanía de los Estados, puedan todos ellos por sí solos frenar la marcha hacia la destrucción mutua, las guerras o conflictos con millares de muertos, hambrunas, daños medioambientales irreparables y contiendas por los recursos energéticos. En este sentido, y aun recordando las deficiencias de su modelo supuestamente “cerrado” kelseniano, al me-

nos la pretensión del austríaco de que existan normas de juego uniformes y pacificadoras merced a tribunales internacionales y mecanismos similares permiten algún atisbo de esperanza frente al acercamiento extremadamente escéptico de Morgenthau. Es más, puede que el supuesto rasgo realista de este autor no lo sea tanto, y tal y como ya adelanté, dado que su perspectiva considera únicamente la sola *voluntad* de los Estados y sus dirigentes, algo que parece conducir a la somera conclusión de que el poder de hecho sobre los distintos territorios del planeta correspondería en exclusiva a quienes comandaran *de hecho* de los ejércitos en cada país (y que el que fuera más considerable obtendría así el mayor poder). ¿Por qué Morgenthau frena su razonamiento sobre la fuerza a las puertas del mandatario estatal? Tal posición, y aquí brindaría una cierta discrepancia con el autor del libro, García Sáez, pienso que sí supone una “mitificación” del Estado debido a su afán de mantener su cualidad de “soberano”, y ello aunque sea bajo cauces distintos a la kelseniana, que bajo su postulado de unidad del conocimiento en realidad también refleja cierto estatalismo, bien que moderado y matizado por su propia vivencia y conciencia frente a las terribles confrontaciones bélicas de su época y los horrores del nazismo y que abreva finalmente en la idea de descentralización normativa.

El trabajo de García Sáez nos ofrece la posibilidad, pues, de asomarnos a ambos autores en profundidad y con gran acopio bibliográfico de respaldo. El paralelismo de sus respectivas trayectorias, sus puntos de acuerdo y de desacuerdo, examinados a través de un largo período, resultan analizados en las líneas del volumen de manera prolija y minuciosa y en el supuesto de Morgenthau, dicho sea de paso, acaso mereciendo mayor encomio dada la ambigüedad de sus propios textos. La peripecia biográfica de uno y otro, sobre todo en su primera parte, añade amenidad a la lectura, pero sin que vaya en detrimento del hilo expositor acerca de sus ideas.

Por otra parte, y aunque García Sáez muestra mucha humildad en sus líneas y evita tanto grandes aspavientos intelectuales como pasajes fáciles (podría haberse cebado mucho más en ambos autores), no deja por ello de aportar una serie de propuestas, como por ejemplo, y a fuer de destacable, la de que la teoría kelseniana en realidad ofrecería una *coordinación* entre los sistemas jurídicos estatales y el internacional (p. 134), de forma que no estarían así realmente en relación de subordinación. En efecto, uno de los grandes desafíos filosóficos del Derecho internacional es la fundamentación del *ius cogens* y de los efectos *erga omnes*: ¿qué normas son obligatorias siempre

y para todos los Estados, aun en el supuesto de que éstos no hayan suscrito tratados que contemplen determinadas reglas? Sólo basándonos en una reflexión jurídica y política más sutil, tal y como la que ofrece García Sáez, podríamos activar medidas que persiguieran el cumplimiento del derecho internacional e incluso la sanción contra sus infractores con un alto grado de justificación y sin detrimento del principio democrático y el respeto a los derechos humanos.

En torno a este punto, hay un problema también constante, incluso en el caso de mínimos acuerdos: ¿quién interpreta esas normas, si unos suponen que sí dieron su consentimiento y otros que no? Una de las posibles soluciones, como bien señaló Kelsen, pasa por el establecimiento de tribunales y organismos internacionales que puedan dirimir los conflictos sobre tal interpretación y a eso se encaminan los intentos institucionalizados de las últimas décadas, *más allá* de la responsabilidad estatal, y un poco *más acá* de la individual.

RICARDO CUEVA FERNÁNDEZ
Universidad Autónoma de Madrid
e-mail: ricardo.cueva@uam.es

Fernando LLANO ALONSO,
El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón,
Aranzadi, Navarra, 2017, 201 pp.

MICHELE ZEZZA
Universidade Federal de Goiás

Palabras clave: pensamiento iusfilosófico, iusnaturalismo, republicanismo, humanismo cosmopolita
Keywords: philosophical-legal thought, Natural Law theory, republicanism, cosmopolitan humanism

El trabajo del Profesor Fernando Llano Alonso (Universidad de Sevilla) asume por objeto el pensamiento iusfilosófico de Marco Tulio Cicerón (106-43 a.C.)¹, dedicando una particular atención al contexto de la cultura jurídica romana de su época y a las razones principales de su permanente actualidad, y adoptando un enfoque interdisciplinar que permita combinar perspectivas heterogéneas, aunque a la vez complementarias.

Como afirma Alfonso Castro Sáenz en el prólogo, el volumen toma como punto de partida el objetivo de realizar un “análisis de la aportación ciceroniana al pensamiento jurídico-político clásico (y por tanto occidental), ubicándolo en su contexto sin amputarlo de sus matices y vertientes diversas y con la familiaridad exigible respecto de los sedimentos imprescindibles de

¹ Al pensamiento jurídico-político de Cicerón el autor ya había dedicado varios estudios: F. LLANO ALONSO, *La presencia del republicanismo ciceroniano en la idea de Estado de José Ortega y Gasset*, en Id., *Cicerón, el hombre y los siglos*, Granada, España, Editorial Comares, 2016, pp. 435-494, Id., *Cicero and Natural Law*, en “*Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie*”, 2012, 98, pp. 157-168; A. CASTRO SÁENZ, F. LLANO ALONSO (a cargo de), *Cicerón, el hombre y los siglos*, Granada, Editorial Comares, 2016; Id., ‘Cicero’ para la sección “History of Legal Philosophy” de la *Encyclopedia for the Philosophy of Law and Social Philosophy*, Ed. by M. Sellers, K. Stephan, Springer, Berlin, 2019, en prensa).

la cultura jurídica de Roma”². Dentro de las múltiples dimensiones del pensamiento ciceroniano, el autor opta por dedicarse a una de las más inéditas, aunque también de las más sugestivas desde un punto de vista interdisciplinar, puesto que en ella se entrecruzan dos de las disciplinas más cultivadas por el Arpinate: la filosofía y el derecho³. Más concretamente, el estudio analiza la estructura tridimensional de la doctrina iusfilosófica ciceroniana: el iusnaturalismo ecléctico, por lo que se refiere a la dimensión jurídica; el republicanismo, en cuanto a su ideología política; y el humanismo cosmopolita, como postura ética ante la vida.

Derecho, política y ética constituyen tres dimensiones que integran el pensamiento iusfilosófico y filosófico-político ciceroniano, tres órdenes normativos intrínsecamente relacionados entre ellos: la causa auténtica de la coherencia interna que se puede hallar en el pensamiento ciceroniano es identificada en el relato realizado por la razón humana, que lleva a considerar la existencia individual en su triple condición de sujeto moral, de ciudadano romano y parte integrante del género humano. El estrecho vínculo que une a estas tres dimensiones analizadas se puede apreciar en el testimonio que el propio Cicerón expresa en un diálogo entre Marco y Ático donde el primero justifica el tratado *De legibus* afirmando lo siguiente: “el objetivo de todo nuestro discurso es la consolidación de los Estados, dar estabilidad a sus

² A. Castro Sáenz, en F. LLANO ALONSO, *El gobierno de la razón: la filosofía jurídico-política de Marco Tulio Cicerón*, Aranzadi, Navarra 2017, p. xvii. “[S]in las bases jurídicas estrictamente romanas situadas previamente por el autor de un modo suficiente, el tratamiento luego afrontado de su proyectarse hasta nuestro inmediato ayer [...] hubiese sido imposible” (*ibid.*, p. xix).

³ Cabe recordar que ya GUIDO FASSÒ calificaba Cicerón de “il primo e vero filosofo del diritto” (*Storia della filosofia del diritto. I: Antichità e Medioevo*, Bologna, Patron editore, 1974², p. 133). Esta idea es aceptada por el mismo F. LLANO ALONSO (cfr. cap. I, § 1 y n. 26 del presente libro) y por A. CASTRO SÁENZ (*ibid.*, p. xvi), quien afirma que “solo en el contexto de una cultura capaz de generar una ciencia jurídica como modo de enfrentarse desde dentro a la juridicidad del problema humano, independizando el análisis de sus elementos propiamente jurídicos de cualesquiera otros –y ello no ocurrió en Grecia, sino en Roma–, podía configurarse una auténtica filosofía del derecho (y no simplemente un hacer filosófico), de cuya trayectoria secular otros eslabones serían, ya en el Principado, Séneca y cierto Tácito, y a cuyos efluvios más que impregnatorios no es tampoco ajeno un jurista ortodoxo y crepuscular como Ulpiano, en una línea hacia atrás que lo conecta a Celso y, dentro del naufragio textual tardo-republicano, por diversos indicios textuales, al ciceroniano Servio Sulpicio Rufo: juristas emblemáticos” (del mismo autor, cfr. también *Compendio histórico de derecho romano. Historia de la cultura jurídica europea: Roma, Bizancio, Europa*, Madrid, 2006³, Sevilla, El Giralduillo, 2015⁴, p. 249 y n. 2137).

fuerzas y velar por la salud de los pueblos”⁴. El ser humano, en este marco, constituye la cúspide⁵ de un sistema de ideas que se revela extraordinariamente articulado, polifacético, multidisciplinar.

En la ética humanista de Cicerón –observa el autor– el hombre ocupa un puesto preeminente, y su defensa de la dignidad humana, de la condición racional y de la fraternidad del género humano le situará entre los clásicos más influyentes en el desarrollo de la doctrina iusnaturalista racionalista, antes a la de la moderna teoría de los derechos humanos, tanto en el Renacimiento (especialmente en las *Relecciones* de Francisco de Vitoria) como en la Ilustración (sobre todo en la doctrina iusfilosófica de Immanuel Kant)⁶.

De hecho, el autor pretende demostrar cómo en el iusnaturalismo ciceroniano, con sus caracteres de racionalidad y universalidad, se puedan hallar tanto los fundamentos del *ius communicationis* vitoriano, entendido como profundización en el vínculo de fraternidad y/o solidaridad entre todos los seres humanos, que se eleva por encima de su diversidad y de su nacionalidad, así como la justificación de la adopción del ideal humanista cosmopolita por parte de Kant, centrado en el ideal de una comunidad formada por todos los hombres y pueblos de la tierra, cuyo orden normativo correspondiente es el *ius gentium* fundado en el derecho natural. Al igual que Cicerón, tanto en Vitoria como en Kant, al tratar problemas como las causas justas para la guerra (*ius ad bellum*), la regulación de la misma (*ius in bello*) y los medios para conseguir que prevalezca la paz, emerge una clara interacción entre la teoría y la práctica que tiene en la razón su nexo de unión.

Siguiendo la tradición iusnaturalista de raíz estoico-ciceroniana, Vitoria recuperará un principio fundamental para el posterior desarrollo de su teoría del *ius inter omnes gentes*: la igualdad esencial entre todos los seres humanos. Este principio le llevará a concebir el consenso, la amistad entre los hombres y la hospitalidad con los extranjeros como derechos derivados de la sociedad y

⁴ *De legibus*, I, 13, 37.

⁵ “La preeminencia del hombre como ser racional en el pensamiento jurídico-político de Cicerón, al margen de los intereses nacionales, se pone de manifiesto en las tres principales obras iusfilosóficas que han sido objeto de estudio en este trabajo: *De re publica*, *De legibus* y *De officiis*. En estos tratados Cicerón defiende unas ideas y principios iusracionalistas, humanistas y universales que inspirarán siglos más tarde a grandes clásicos del pensamiento jurídico considerados precursores de la doctrina de los derechos humanos y fundadores del moderno sistema de Derecho internacional” (*ibid.*, pp. 154-155).

⁶ *Ibid.*, p. 12.

la comunicación natural a los que no cabe sustraerse sin causa justa⁷. El autor subraya cómo el mayor punto de convergencia entre Cicerón y Vitoria radique justamente en los aspectos que se refieren a las relaciones entre los pueblos y en su común posicionamiento sobre la guerra justa y la paz como *telos* (τέλος), donde emerge con claridad la necesaria relación entre el derecho y la moral y la subordinación de la política internacional a ambos ordenes normativos.

Por otra parte, el planteamiento humanista e iusnaturalista kantiano se remite al pasaje del *De legibus* en el que Cicerón sostiene que existe un único derecho, que constituye el vínculo de la sociedad humana: el derecho basado en la ley de la recta razón (a saber, el derecho natural) en cuanto manda o prohíbe; esta ley no podemos sustituirla por otra en todo ni en parte, ni tampoco derogarla, y quien no la obedezca, advierte en *De re publica* Cicerón, “se verá obligado a huir de sí mismo y por haber despreciado la naturaleza humana sufrirá los más graves castigos, aunque haya logrado escapar a los demás suplicios considerados como tales”⁸.

La metodología seguida en el trabajo, que el autor concibe como una aplicación de la idea del perspectivismo orteguiano a la estructura de la doctrina iusfilosófica ciceroniana, está en cierto modo requerida por su propio eclecticismo, plasmado en una doctrina receptora de fuentes heterogéneas (principalmente platónicas, aristotélicas y estoicas). Más allá de la dimensión estrictamente ético-jurídica, de hecho, los propios intereses culturales de Cicerón, así como su producción literaria, se caracterizan por su poliedricidad: como es sabido, el Arpinate fue al mismo tiempo abogado y político, literato y erudito, orador forense y pensador práctico, estudioso de la historia política griega y del derecho público romano, conocedor de las leyes y de las costumbres romanas. Siguiendo a José Ortega y Gasset⁹, en este sentido, se puede considerar a Cicerón como uno de los pensadores que mejor sintetizan la simbiosis entre el sentimiento de la vida en libertad de los ciudadanos romanos, la República y sus principales magistraturas e instituciones.

⁷ Al respecto, Vitoria se remite a las fuentes del derecho romano y de la cultura clásica: “Y, como se dice en el Digesto, “la naturaleza ha establecido cierto parentesco, como una fuerza entre todos los hombres”. Por consiguiente, es contra el Derecho natural que el hombre rechace al hombre sin causa alguna. Pues no “es lobo el hombre para el hombre”, como dice Ovidio, sino hombre” (F. VITORIA, *Relecciones, Sobre el poder civil, Sobre los indios y Sobre el derecho de la guerra*, Tecnos, Madrid, 2007², p. 133).

⁸ *De re publica*, III, 22, 33.

⁹ Cfr. J. ORTEGA Y GASSET, “Del Imperio romano” (1941), *Obras completas (VI)*, Fundación José Ortega y Gasset/Taurus, Madrid, 2006, p. 108.

En la primera parte (“*Justicia y derecho en el pensamiento iusfilosófico ciceroniano*”), de corte más estrechamente iusfilosófico, la atención se centra en la cultura jurídica de la época en la que vivió el Arpinate, es decir, principalmente el ámbito generacional y cultural en el que se formó y desarrolló su actividad forense, como orador y abogado, constituido por los principales jurisconsultos de su época. El análisis trata de evidenciar los rasgos más relevantes de la metodología y la argumentación jurídica que caracterizan la reflexión filosófico-jurídica ciceroniana. En particular, se subraya el papel básico ejercido, dentro de la estrategia argumentativa utilizada por Cicerón, por la idea estoica de la *recta ratio* diseminada en la naturaleza, que actúa a su vez como fundamento del derecho: de acuerdo con la visión de la ciudad peculiar del estoicismo, las leyes representan el auténtico soporte de la vida en sociedad¹⁰. Se reflexiona, de esta manera, sobre la humanización del derecho natural¹¹, así como sobre su aportación en aras de la dignificación de la jurisprudencia y la oratoria, esbozando los principios de la ética pública y las virtudes cívicas que conforman el pensamiento ciceroniano. El estu-

¹⁰ “El humanismo ciceroniano sirve, hasta cierto punto, para justificar relativamente la libertad humana o, dicho en otros términos, para establecer relativamente sus fundamentos. En efecto, para Cicerón, la moralidad humana deriva de la razón que es común a todos los hombres y que les somete al imperio de su ley (la ley de la *recta ratio*). Por eso, nuestro autor, reconoce en el hombre un cierto grado de libertad que lo eleva a una forma de moralidad ennoblecida por el concepto de responsabilidad del individuo. Así pues, es en esta concepción del común legado de la razón que comparten todos los hombres donde se encuentra la última ratio de la doctrina estoico-ciceroniana sobre la fraternidad humana» (*ibid.*, p. 141).

¹¹ De especial importancia, en este sentido, es uno de los epígrafes principales del primer capítulo, dedicado al estudio de una de las cuatro virtudes cardinales, la justicia, en el que se analiza su doble dimensión moral e iusnaturalista. La *iustitia* representa, en la doctrina ciceroniana, un concepto universal que promana de la naturaleza como aplicación práctica del *ius naturae*. En el epígrafe se estudia la vertiente práctica de la justicia representada en el principio *suum cuique tribuere*, el cual se concreta en dos obligaciones derivadas de la justicia: en primer lugar, la prohibición de causar perjuicio a nadie, ni por acción (justicia activa), ni por omisión (justicia pasiva), a no ser en caso de legítima defensa; en segundo lugar, el deber de usar los bienes comunes como comunes y los privados como propios. Además, ya que la idea de justicia no sólo actúa como elemento de mediación media dentro de las relaciones interpersonales, sino que también se extiende a las relaciones internacionales, de hecho, el autor analiza el papel ocupado por el concepto de guerra justa (*bellum iustum*) en el pensamiento de Cicerón. Por otra parte, la idea de justicia se encuentra asociada con la equidad (*aequitas*) y la buena fe (*bona fides*), virtudes complementarias igualmente derivadas del derecho natural. En particular la equidad, concepto contrapuesto al *ius strictum* (*summum ius*), adquiere una relevancia especial como principio de interpretación del derecho, y al mismo tiempo es un principio rector del derecho natural que inspira al *ius civile* y al *ius gentium*.

dio de la doctrina ciceroniana del derecho natural se puede considerar como funcional a la comprensión de su concepción del *ius civile*, lo cual le permite compararlo con principios no jurídicos y, al mismo tiempo, extender su idea de *lex* al *ius gentium*.

La segunda parte del libro (“*El pensamiento republicano de Cicerón y su legado doctrinal*”), estructurada en dos capítulos dedicados al pensamiento republicano del Arpinate, profundiza en el concepto ciceroniano de *res publica* a través del análisis de sus principales tratados políticos: *De oratore*, *De re publica* y *De legibus*¹², en los que se puede apreciar, por una parte, la influencia de la tradición platónico-aristotélica en torno a la *politeia*, y, por la otra, su explícita preferencia por un modelo de constitución mixta que combina la monarquía, la aristocracia y la democracia en cuanto órdenes principales de la República sometidos a la autoridad del derecho y bajo la autoridad del Senado.

Un elemento fundamental que caracteriza al pensamiento ciceroniano es que una sociedad se puede considerar auténticamente justa solamente cuando esté constituida conforme al derecho: una *civitas* que carece de ley nunca podrá ser una verdadera ciudad. El imperio del derecho, en este sentido, representa la clave que diferencia a la sociedad jurídicamente constituida de otras formas de asociación ilegítimas (por ejemplo, las sociedades creadas con fines ilícitos). La República es justamente entendida como la forma de gobierno más respetuosa con la *libertas* romana y que mejor se adecua al ideal del imperio de la ley de la razón, sólidamente establecida y realizada en la mente del hombre, que esta “grabada en nuestra naturaleza” y prescribe “lo que debe hacerse y prohíbe lo que es preciso evitar”¹³. Se evidencia de esta manera el papel fundamental desarrollado, para la restauración de la tradición republicana (*vetus res publica*), por la idea de *libertas* vinculada al respeto del imperio de la ley.

¹² “Aunque, a decir verdad, existen abundantes referencias a temas filosófico-jurídicos en gran parte de los escritos ciceronianos, sobre todo los que afectan a problemas que surgen en la vida práctica y que tienen que ver con la justicia y la ley, las obras que más nos interesan desde un punto de vista iusfilosófico son, fundamentalmente, estos tres tratados: *De officiis*, *De legibus* y *De re publica*. En estos escritos se pueden descubrir los cinco conceptos clave que definen el contorno de la doctrina iusfilosófica ciceroniana: el Derecho natural (*ius naturale*), la justicia (*iustitia*), la equidad (*aequitas*), el Derecho de gentes (*ius gentium*) y el Derecho civil (*ius civile*)” (*ibid.*, p. 21).

¹³ *De legibus*, I, 6, 18.

La segunda parte también está orientada a analizar, sin renunciar a la profundidad de la metodología histórica¹⁴, la proyección del pensamiento republicano ciceroniano en la cultura occidental: la recepción de su legado jurídico-político en el republicanismo humanista italiano y la tradición republicano-liberal anglosajona, y, con ello, algunas claves esenciales de la modernidad del patriotismo republicano del Arpinate. Más en general, el autor pretende mostrar cómo el legado del patriotismo republicano romano será recuperado a partir del *Quattrocento*, cuando las ciudades-republicas proclaman la *libertas* frente a la tiranía de los príncipes y la amenaza de invasión de potencias extranjeras. Este redescubrimiento del patriotismo republicano de los autores romanos influirá en la doctrina del republicanismo renacentista e ilustrado a ambas orillas del Atlántico.

Al respecto, en el tercer capítulo se trata de evaluar la influencia que tuvo la propuesta de *concordia ordinum* (la concordia entre ordenes sociales) en el republicanismo posterior, sobre todo en el Renacimiento italiano y la Ilustración europea y norteamericana, aunque con la plena conciencia de que el principio de supremacía aristocrática afirmado por Cicerón impida verlo como precursor del sistema republicano moderno de *checks and balances*. Particularmente relevante, además, es el epígrafe dedicado a la enseñanza de las virtudes republicanas que, según Cicerón, deben formar parte de la instrucción de sus conciudadanos, así como al cultivo en éstos del sentimiento de amor a la patria (*pietas, caritas patriae*), puesto que sirve de aproximación a la teoría de las dos patrias de Cicerón (la patria natural, donde se nace, y otra legal, de la que se recibe la ciudadanía)¹⁵.

¹⁴ Respecto a la visión de la experiencia jurídica como fenómeno constitutivo del devenir histórico, parece poderse detectar el influjo ejercido por el magisterio de ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (cfr. espec. *La filosofía del derecho en perspectiva histórica: Estudios conmemorativos del 65º aniversario del autor. Homenaje de la Facultad de Derecho y del Departamento de Filosofía del Derecho de la Universidad de Sevilla*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2009), y aún antes de GUIDO FASSÒ (cfr. espec. *La storia come esperienza giuridica*, Milano, Giuffrè, 1953, pp. 7-12, 95-132), a cuyo estudio el propio FERNANDO LLANO dedicó su primera monografía (*El pensamiento iusfilosófico de Guido Fassò*, Madrid, Tecnos, 1997).

¹⁵ Como explica el autor, la patria legal llegará a adquirir un sentido universal cuando Roma dejará de ser una potencia mediterránea, como anteriormente lo fueron las ciudades-Estado griegas o Cartago, para fundar un imperio (*caput orbis*) con una cosmovisión de la república entendida como patria común de los hombres libres de la Península Itálica y más adelante, a medida que su territorio se vaya extendiendo, incluso llegará a representar la patria de todos los pueblos que se vayan integrando en el ámbito de la *romanitas*, educándose de acuerdo con los cánones de la *humanitas* y la observancia del derecho romano, hasta que, casi tres siglos después del asesinato de Cicerón (el 7 de diciembre del 43 a. C.), se terminará

Finalmente, la tercera parte del libro (“*La ética humanista y universal de Cicerón*”), de corte más propiamente filosófico-moral, se centra en el análisis de la ética humanista y universal de Cicerón, dedicando una específica atención a su humanismo cosmopolita, a través de la referencia a los principios de convivencia y de común sociedad del género humano (*a quo initio profectam communem humani generis societatem persequimur*). La política internacional es justamente vista como subordinada a la moral y el derecho, con arreglo a una visión universalista e integradora de los derechos y las libertades del hombre.

En los últimos trabajos se puede apreciar el interés del Arpinate por el estudio de la naturaleza entendida como guía suprema de la vida y del comportamiento humano; por otra parte, emerge en los escritos el deseo de conocer la influencia de las leyes de la naturaleza en la conducta de los hombres. Es justamente en estos últimos ensayos filosóficos donde Cicerón traza las líneas fundamentales de lo que podría denominarse como humanismo ético, centrado en los sentimientos de alteridad, empatía y solidaridad. En particular, el análisis evidencia cómo el ideal de fraternidad humana esté también presente en el legado universalista e iusnaturalista ciceroniano (expresado a través del *ius naturae* y el *ius gentium*), y su rastro reaparecerá siglos después en la doctrina humanista cosmopolita de Immanuel Kant (que pervive en el universalismo contemporáneo de autores como John Rawls, Jürgen Habermas y Martha C. Nussbaum)¹⁶.

En el último capítulo se puede comprobar el intento, llevado a cabo por el Arpinate, de conjugar armónicamente republicanismo e iusnaturalismo en una suerte de humanismo universal en el que la acción racionalizadora de la romanidad se expande al resto del mundo a través del *ius gentium* y de la universalización de la *humanitas* (que para Cicerón tiene un doble valor: el de ser una consigna y un programa, además de representar un símbolo de la nueva doctrina). En este marco, el género humano llega a ser concebido

reconociendo la ciudadanía universal a todos los habitantes del imperio en 212 d. C. tras la promulgación de la *constitutio Antoniana*.

¹⁶ Respecto al tema de la guerra, el autor identifica en el planteamiento de Cicerón una postura intermedia entre el pacifismo incondicional o ético, que considera a la guerra como un acto criminal en todo caso, y el belicismo radical o absoluto, que niega la existencia de límites a la misma. Para el Arpinate, “son injustas las guerras que se acometen sin causa, pues puede haber guerra justa si no se hace a causa de castigo o para rechazar al enemigo invasor [...], y no es justa si no se ha declarado y anunciado, y si no se hace por reclamar la restitución de algo” (*De re publica*, III, 23, 35).

como sujeto principal de las relaciones jurídicas internacionales, de las que, por otro lado, son agentes las repúblicas.

MICHELE ZEZZA
Universidade Federal de Goiás
e-mail: michele.zezza@for.unipi.it

NOTICIAS

**Seminario “Novecento del diritto”, Dipartimento di Giurisprudenza,
Università di Macerata, 23 y 24 de enero 2018**

Novecento del diritto ha sido el tema del encuentro organizado y dirigido por el Prof. Adriano Ballarini, que tuvo lugar en las Università di Macerata durante los días 23 y 24 de enero de 2018, y que ha propiciado la discusión, o quizás fuera mejor decir el encuentro, entre estudiosos de las Universidades de Macerata, Carlos III de Madrid, Pisa, Ferrara, Nápoles, Bolonia, Milán, Catanzaro, Teramo y Trento, por citar sólo a los intervinientes anunciados oficialmente.

Tras la suspensión del año anterior, por razón de los terremotos que golpearon duramente la región, la ocasión ha permitido retomar un diálogo entre colegas, por la bella intervención del Prof. Francisco Javier Ansuátegui Roig dedicada a la consistencia conceptual de las nociones de “derecho” y “deber”, argumentando también con referencia a la elaboración que de ellas ha hecho, y continúa haciendo, uno de los relatores, también presente en el seminario, el Prof. Tommaso Greco, a cuya exposición nos referiremos posteriormente.

El carácter “dialogico” de la ponencia introductoria permitió entrar inmediatamente en el núcleo del seminario abriendo, también en las sucesivas intervenciones, espacios inmediatos de discusión, demostrando que el *Novecento del diritto*, aunque no fuera necesario decirlo, está más vivo que nunca presentando problemas y argumentos que, teniendo en cuenta el conjunto de las discusiones que tuvieron lugar, van más allá de aquellas que en cierto sentido han sido presentadas como las grandes divisiones en el interior de la Filosofía del Derecho (las célebres diferencias entre “analíticos” y “continentales”, entre “neoconstitucionalismo” y “positivismo jurídico”, ya sea inclusivo o no, entre otras muchas).

La variedad de aproximaciones teóricas a los desafíos que el Novecientos ha aportado desde un punto de vista histórico, vale la pena recordarlo –aunque pueda parecer excesivamente reductivo– como el totalitarismo y sus nefastas consecuencias, fue puesta de relieve a lo largo de la primera jornada, con intervenciones en las que, además de las del Profesor Ansuátegui,

la Profesora Valeria Marzocco, retomó y revisó algunas líneas del realismo jurídico americano, la Profesora Marina Lalatta discutió a partir de la teoría crítica de Habermas y del principio de responsabilidad de Jonas, el Profesor Vito Velluzzi, –partiendo de una perspectiva analítica– presentó argumentos de reconstrucción crítica del método interpretativo en la jurisprudencia, y el Profesor Carlo Sabbatini, que en clave histórica reelaboró un debate presente en la Alemania de los primeros años del siglo XX y que hoy podría definirse tranquilamente como una especie de “gender study” *ante litteram*.

Estos temas –que de por sí merecerían seminarios enteros– en relación con las grandes divisiones a las que se ha hecho referencia han mostrado en el debate que el *Novocento* (del Derecho) puede reunir, al menos teóricamente, diversos estudiosos en torno a conceptos sobre los que discutir de manera que más que buscar una superioridad de unos planteamientos sobre otros, su integración produce excelentes resultados.

Por ejemplo, ver cómo la distinción “derecho-deber” puede estudiarse siguiendo una aproximación, incluso en sentido amplio, analítica en el marco de la interpretación (Velluzzi) y de la aplicación (Marzocco) jurisprudencial y cuyas consecuencias pueden ser recorridas en clave histórica o historicista (Sabbatini) y crítica (Lalatta Costerbosa), es un planteamiento ideal que se planteó en el seminario.

De manera análoga a la primera jornada, tuvo lugar la segunda con las relaciones de la Profesora Orsetta Giolo, que incidió en la necesidad de una teoría crítica del Derecho respecto a las nuevas emergencias y fenómenos que caracterizan a Occidente (entre los cuales, y a título de mero ejemplo, destaca el problema de los migrantes), del Prof. Carlo Nitsch, que presentó la síntesis de sus últimos estudios sobre Croce y el Derecho internacional, del Prof. Andrea Porciello, que expuso una eficaz hipótesis crítica de la teoría de Alexy, y del Prof. Federico Puppo, que presentó una revisión de determinados aspectos de la teoría de la argumentación, retomando aspectos de la propuesta de Toulmin.

Merece consideración aparte la ponencia del Prof. Greco, que si bien inicialmente presentaba una reflexión sobre el concepto de “poder” con un análisis crítico de Schmitt, en realidad se ha iniciado con una inmediata discusión a partir de los temas recordados por la Prof. Giolo.

A partir de ahí surgió una improvisada, si bien **agradable** y fecunda, discusión sobre el tema de la “responsabilidad”, tanto como concepto en sí (una

consecuencia, quizás, de la ponencia del Prof. Ansuátegui), como responsabilidad de las decisiones en materia de política legislativa.

Este último argumento ocupó a los ponentes y a los asistentes entre el público interesado y los estudiantes presentes, demostrando la vitalidad del tema y del *Novecento del diritto*. Ha de recordarse que el seminario, que el año pasado no se había podido celebrar como consecuencia del terremoto, se desarrolló, en vez de la usual aula de la Antigua Biblioteca de la Universidad de Macerata, en el aula IV del Departamento de Giurisprudencia, en donde normalmente tienen lugar imparten las clases de varias materias, entre ellas las de Filosofía del Derecho impartidas por el Prof. Adriano Ballarini. Se puede añadir como observación final que si el *Novecento* ha permitido pasar del totalitarismo a la democracia y a la afirmación de espacios públicos de discusión, quizás aquella aula es la demostración de toda su importancia.

A las intervenciones presentadas oralmente seguirá la publicación de *Novecento del Diritto* en un volumen colectivo de acuerdo con los criterios de la producción jurídica, de la misma manera que ha ocurrido con los precedentes encuentros que desde el 2009 se han sucedido en Macerata que han dado origen, entre los últimos publicados a *Diritto, interessi ermeneutica, Costituzione, morale, diritto* y el recientísimo *La storicità del diritto. Esistenza materiale, filosofia, ermeneutica*.

FERDINANDO MORRESI

IV Congreso Internacional “El tiempo de los derechos”, organizado por la Red Tiempo de los derechos, Universidad Carlos III de Madrid, 6 y 7 de noviembre 2017

Los días 6 y 7 de noviembre se celebró en la Universidad Carlos III de Madrid el IV Congreso Internacional El tiempo de los derechos, organizado por la Red Tiempo de los derechos, en el que expertos /as e investigadores/as debatieron sobre algunos retos a los que tienen que hacer frente los derechos humanos en la actualidad: Violencia de Género, Derecho a la Salud, Retos de la Protección de Datos de Carácter Personal y Retos de los derechos de las personas con Discapacidad.

La Red Tiempo de los derechos, coordinada por el Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid y de la que forman parte 15 grupos y centros de investigación españoles, se reunió un año más para abordar algunos de los principales desafíos a los que se enfrentan los derechos humanos en las sociedades contemporáneas, así como para que los grupos que la integran pusieran en común sus investigaciones y programasen acciones futuras conjuntas en su campo de trabajo.

En torno a los cuatro ejes temáticos antes apuntados –seleccionados por los miembros de la Red– se organizaron cuatro paneles con un formato que incluyó mesas redondas, conferencias y presentación de comunicaciones en las que se abordaron numerosas cuestiones, entre ellas: la violencia de género como una cuestión de derechos humanos; la custodia compartida, visitas y régimen de comunicación en contextos de violencia de género, la victimización secundaria en supuestos de violencia contra mujeres inmigrantes, la violencia de género y los derechos sociales, la violencia de género en el caso argentino; el derecho a la salud en perspectiva comparada, la relevancia de los determinantes sociales de la salud; la regulación de la protección de datos en la Unión Europea, el derecho al olvido, la evolución de la protección de los derechos de la personalidad, la protección de datos y las nuevas tecnologías, la capacidad jurídica, la educación Inclusiva o el empleo inclusivo.

En el Congreso intervinieron una veintena de ponentes de reconocido prestigio: Manolo Calvo García (Universidad de Zaragoza), Teresa Piconó Novales (Universidad de Zaragoza), Víctor Merino Sancho (Universitat Rovira i Virgili), Paz Olaciregui (Universidad de Zaragoza), David Vila (Universidad de Zaragoza), Laura Clérico (Universidad de Buenos Aires), Carlos Lema Añón (Universidad Carlos III), David Bondía (Universitat de

Barcelona), Silvina Ribotta (Universidad Carlos III de Madrid), Carmen Pombo Morales (Fundación Fernando Pombo), Rosario García Mahamut (Universitat Jaume I), Antonio Fayos Gardó (Universitat Jaume I), Cristina Pauner Chulvi (Universitat Jaume I), Ana Garriga Domínguez (Universidad de Vigo), Mónica Arenas (Universidad de Alcalá), Agustina Palacios (Universidad Nacional de Mar del Plata. Argentina), Miguel Ángel Ramiro (Universidad de Alcalá), Patricia Cuenca (Universidad Carlos III de Madrid), Ignacio Campoy (Universidad Carlos III de Madrid) y José Luis Rey (Universidad Pontificia de Comillas).

La organización de los diferentes paneles fue posible gracias a la colaboración de los siguientes proyectos: Proyecto “El tratamiento de la violencia de género en la Administración de Justicia. Implementación y eficacia de la LO 1/2004”. (DER2014-55400-R); Proyecto “Condicionantes sociales de la salud y justicia: los desafíos del derecho a la salud”, (DER2016-76078-P); Proyecto “El impacto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos: análisis nacional y comparado” (DER2015-63635-R), “Proyecto Diseño, accesibilidad y ajustes. El eje de los derechos de las personas con discapacidad” (DER 2016-7516-P) –financiados en distintas convocatorias de programas estatales del Ministerio de Economía, Industria y Competitividad– y Proyecto “Madrid sin Barreras, discapacidad e inclusión social” financiado por la Comunidad de Madrid (S2015/HUM-3330).

Desde el Comité Académico de destacó como un dato muy positivo el elevado número de comunicaciones presentadas, tanto por parte de investigadores/as de la Red, como de otras universidades y centros de investigación en Derechos Humanos, de las que se aceptaron cerca de 40, muchas de las cuales pueden consultarse en la Colección Papeles el tiempo de los derechos de la Red (disponibles en <https://redtiempodelosderechos.com/agenda/papeles-el-tiempo-de-los-derechos/>)

Esta IV edición del Congreso, a la que asistieron cerca de un centenar de personas, contó con el apoyo y la colaboración de la *Fundación Fernando Pombo*, un claro exponente de la función social de la abogacía, que reforzó el objetivo de conectar la reflexión académica con la realidad social que ha estado presente desde la constitución de la Red Tiempo de los derechos.

Sobre la Red Tiempo de los Derechos

La *Red Tiempo de los Derechos* tiene su origen en 2008 cuando 12 grupos de investigación se agrupan y obtienen una ayuda del Programa Consolidar-Ingenio 2010: ‘*El tiempo de los derechos*’ (HURI-AGE). Este Programa surgió para

promover acciones estratégicas que fueran capaces de marcar un punto de inflexión y propiciar un salto de calidad en la investigación jurídica en Derechos Humanos.

En la actualidad la Red, tras su ampliación en el año 2014, está compuesta por 15 Grupos y Centros que desarrollan una importante labor de investigación y docencia en Derechos Humanos y se ha consolidado como la principal referencia académica española en el campo de los derechos humanos.

Forman parte de la Red: Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas de la Universidad Carlos III de Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Pedro Arrupe” de la Universidad de Deusto, Institut de Drets Humans de la Universitat de València, Institut de Drets Humans de Catalunya, Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Valladolid, Observatorio Gregorio Peces-Barba de la Universidad de Jaén, Centro de investigación de la Efectividad de los Derechos Humanos de la Universitat Jaume I, Laboratorio “Sociedad de la Información y derechos humanos” de la Universidad de Vigo, Laboratorio sobre la Implementación y eficacia de los derechos sociales de la Universidad de Zaragoza, Observatorio de Investigaciones socio-jurídicas sobre Derechos y Libertades Fundamentales de la Universidad de La Rioja, Grupo de Investigación, “Informática, Lógica y Derecho” de la Universidad de Sevilla, Grupo de Investigación “La Comparación en Derecho Constitucional” de la Universidad de Cádiz, Grupo de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria, Grupo de Filosofía del derecho y Filosofía política del Departamento de Derecho Público de la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona, Clínica Legal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá.

Más información:

Sitio web: <https://4congresohuriage.wordpress.com/>

E-mail: 4congreso@redtiempodelosderechos.com

PATRICIA CUENCA GÓMEZ

El Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas impulsa su Clínica Jurídica sobre discapacidad

Como es sabido, las clínicas jurídicas son un tipo de aprendizaje-servicio que combina una función de enseñanza superior del Derecho y una función social. La Clínica del Instituto presta un servicio gratuito de orientación jurídica, que es llevado a cabo por estudiantes de los cursos de Grado o Posgrado de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad Carlos III de Madrid y del Instituto de Derechos Humanos.

En el curso académico 2017-2018, el Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas ha firmado convenios con diferentes instituciones y asociaciones (entre las que cabe citar al CERMI, Plena Inclusión, CNSE, SOLCOM, Plataforma de Atención Temprana de Madrid), contactando con especialistas jurídicos en el campo del Derecho de la Discapacidad y dando una mayor visibilidad a su trabajo y enfoque.

Gracias a esta mayor visibilidad e impulso, contamos con más de 70 alumnos/as de grado y de posgrado que participan en 10 programas clínicos. Estos programas abarcan cuestiones de discriminación de personas con discapacidad en el acceso al trabajo, discriminación por denegación de ajustes razonables, atención temprana, elaboración de normas en materia de discapacidad de ámbito autonómico, estudios de normativa laboral sobre discapacidad, discriminación de personas con discapacidad en el ámbito penitenciario...

La formación de estudiantes de Derecho en el campo de la discapacidad desde un enfoque de derechos humanos es algo fundamental y permitirá que, en unos años, el discurso del modelo social, en el que se basa la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad, se extienda y se aplique en el campo jurídico.

RAFAEL DE ASÍS ROIG

PARTICIPANTES EN ESTE NÚMERO

MARINA LALATTA COSTERBOSA

Es Profesora de Filosofía del Derecho en el Departamento de Filosofía y Comunicación y Miembro del Comité de Bioética de la Università di Bologna. Entre otras publicaciones, destacan *Il diritto come ragionamento morale* (2007); *La comunità dei diritti* (2008); *Una bioetica degli argomenti* (2012); (con M. La Torre) *Legalizzare la tortura?* (2013); *La democrazia assediata* (2014); *Lo spazio della responsabilità* (ed., 2015); *Il silenzio della tortura. Contro un crimine estremo* (2016); (con A. Burgio) *Orgoglio e genocidio* (2016).

THOMAS CASADEI

Es Profesor asociado de Filosofía del Derecho en el Departamento de Derecho de la Universidad de Modena y Reggio Emilia, donde enseña también Teoría y Praxis de los Derechos Humanos e Informática jurídica.

Es miembro del Centro de Investigación sobre discriminaciones y vulnerabilidades (CRID); con Gianfranco Zanetti dirige la colección “Diritto e vulnerabilità” para la editora Giappichelli.

Entre sus publicaciones, además de numerosos artículos y ensayos: *Tra ponti e rivoluzioni. Diritti, costituzioni, cittadinanza in Thomas Paine* (2012); *Il sovversivismo dell'immanenza. Diritto, morale, politica in Michael Walzer* (2012); *I diritti sociali: un percorso filosofico-giuridico* (2012), *Il rovescio dei diritti umani. Razza, discriminazione, schiavitù* (2016), *Diritto e (dis)parità. Dalla discriminazione di genere alla democrazia paritaria* (2017). Ha también organizado *Diritti umani e soggetti vulnerabili. Violazioni, trasformazioni, aporie* (2012) y *Donne, diritto, diritti. Prospettive del giusfemminismo* (2015).

JESÚS IGNACIO MARTÍNEZ GARCÍA

Es Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Ha sido Profesor Titular de la Universidad de Zaragoza y actualmente es Catedrático de Filosofía del Derecho de la Universidad de Cantabria. Ha sido Director del Departamento de Derecho Público, Decano de la Facultad de Derecho y Vicerrector de Extensión Universitaria de la Universidad de Cantabria. Entre otras publicaciones, es autor de los libros *La teoría de la justicia de John Rawls* (1985) y *La imaginación jurídica* (1992).

VALERIA GIORDANO

Es Profesora Titular del Departamento de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Salerno. Enseña Teoría General del Derecho y Teoría del Derecho y de la Argumentación. Editora de *Soft Power. Revista euro-americana de teoría e historia de la política y del derecho*.

Es autora de *Il positivismo e la sfida dei principi* (2004), y de *Modelli argomentativi delle teorie giuridiche contemporanee* (2008). Entre sus últimas publicaciones sobre positivismo jurídico, interpretación de los derechos constitucionales y la globalización jurídica, se encuentra (junto con Peter Langford) *Judicial Decision Making. Artificio, razionalità, valori* (2017).

TERESA PICONTÓ NOVALES

Es Profesora Titular de Filosofía del Derecho y Sociología Jurídica de la Universidad de Zaragoza. Ha sido miembro electo (2006-2010) del *Research Committee of Sociology of Law (International Sociological Association)*. Ha sido profesora en diversos cursos de post-grado, doctorado y master nacionales e internacionales. Ha realizado numerosas estancias de investigación en la Universidad de Oxford (Centre for Socio-Legal Studies y Centre for Family Law and Family Policy). Asimismo en la Università degli Studi di Milano (Italia), en the European University Institute of Firenze (Italia) y en la Universidad de La Sorbonne (Francia).

Cabe destacar entre sus últimas publicaciones las siguientes: "The equality rights of parents and the protection of the best interest of the child after partnership breakdown in Spain", *International Journal of Law, Policy and the Family* 3 (2012), p. 378-400; "Religious freedom and protection of the right to life in minors. A case study", en M. MACLEAN and J. EEKELAAR (eds.), *Managing Family Justice in Diverse Societies* (2013); "Parenting issues after separation in Spain and Southern Europe", en J. EEKELAAR and R. GEORGE (ed.), *The Routledge Handbook of Family Law and Policy* (2014); "Access to Justice in Spain in times of austerity, with special reference to Family Justice", en M. MACLEAN and B. BASTARD (eds.), *Delivering Family Justice in the 21st Century* (2015); "Fisuras en la protección de los derechos de la infancia", *CEFD* 33 (2016), p. 134-164.

VALERIA MARZOCCO

Es Profesora de Filosofía del Derecho en la Facultad de Derecho -ahora Departamento- de la Universidad de Nápoles Federico II. En el mismo Departamento, la Profesora Marzocco impartió la asignatura de Antropología jurídica desde 2011 a 2015 y, desde 2016, enseña Filosofía del Derecho. Ha publicado dos monografías y varios artículos en sus campos de investigación principales: Historia de la Filosofía jurídica, Antropología jurídica, Bioética y Bioderecho, Teoría feminista del derecho. La Prof. Marzocco es miembro del Comité Doctoral en Filosofía del Derecho del Departamento de Derecho de la Universidad de Nápoles Federico II. La Prof. Marzocco ha intervenido en conferencias y congresos internacionales y, desde 2016, es la coordinadora científica italiana del Proyecto internacional "Research on the Public Policies on Migration, Multiculturalization and Welfare for the Regeneration of Communities in European, Asian and Japanese Societies" (dirigido por la Universidad de Kobe, Japón).

CRISTINA MONEREO ATIENZA

Es licenciada en Derecho por la Universidad de Granada en 2002. Con beca FPU, realizó sus tesis en la Universidad Carlos III de Madrid, donde se doctoró *cum laude* en 2006. Actualmente es Profesora Titular de la Universidad de Málaga, donde imparte clases en la Facultad de Derecho. Tiene 5 monografías y 5 co-direcciones de libros colectivos en editoriales prestigiosas como Comares o Dykinson. Ha publicado más de 30 capítulos de libro, 15 artículos y 18 reseñas bibliográficas en revistas como *Anuario de Filosofía del Derecho*, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho* o *Derechos y Libertades*, y extranjeras como *Studi Spanici* (Italia) o *Seqüencia* (Portugal).

FRANCECSO BIONDO

Es funcionario investigador (“Ricercatore confermato”) de la Universidad de Palermo y Doctor en Derechos Humanos. Ha publicado dos monografías: *Desobediencia civil y teoría del derecho. Tomar los conflictos en serio*, (2016); y *Benessere, Giustizia e diritti umani nel pensiero di Amartya Sen* (2003) y varios artículos en revistas españolas, inglesas, alemanas e italianas.

ANGELO VIGLIANISI FERRARO

Es profesor agregado de Derecho privado europeo y director del “Mediterranea International Centre for Human Rights Research” y del Master en Derecho Privado Europeo en el Departamento de Derecho y Economía de la Università “Mediterranea” di Reggio Calabria.

Abogado y Doctor en Derecho Privado (UNIRC), Magister en Derecho Civil (UNICZ) y en Derechos Humanos (UNICAL), Viglianisi Ferraro es Profesor Visitante en varias universidades europeas y extranjeras.

JOSÉ LUIS REY PÉREZ

Es Profesor Agregado de Filosofía del Derecho en la Universidad Pontificia Comillas-ICADE. Es licenciado en Derecho y Administración y Dirección de Empresas por la Universidad Pontificia Comillas y Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad Carlos III. Autor de las siguientes monografías *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* (2007), *El discurso de los derechos. Una introducción a los derechos humanos* (2011), *La democracia amenazada* (2012) y *Sostenibilidad del Estado de Bienestar en España* (2015). Además ha publicado numerosos capítulos de libro y artículos de revista sobre sus líneas de investigación que se centran en los derechos sociales, la renta básica, los sistemas de garantía de ingresos, el derecho al medio ambiente, la democracia y los derechos de los animales.

MILAGROS OTERO PARGA

Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Autora de numerosas publicaciones sobre Axiología Jurídica, Derechos Humanos, Historia del pensamiento Jurídico, Argumentación Jurídica y Mediación. Profesora invitada en México, Chile, Argentina, Portugal, Brasil, Uruguay, Japón. Académica de Número de la Real Academia Gallega de Jurisprudencia y Legislación. Ex decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Santiago de Compostela. Actualmente en servicios especiales por haber sido elegida Valedora do Pobo (Defensora del Pueblo de Galicia).

INSTRUCCIONES PARA PUBLICACIÓN DE ARTÍCULOS EN DERECHOS Y LIBERTADES

Instrucciones para los autores establecidas de acuerdo con la **Norma AENOR UNE 50-133-94** (equivalente a **ISO 215:1986**) sobre **Presentación de artículos en publicaciones periódicas y en serie** y la **Norma AENOR UNE 50-104-94** (equivalente a **ISO 690:1987**) sobre **Referencias bibliográficas**.

La **extensión máxima** de los artículos, escritos en Times New Roman 12, será de 30 folios a espacio 1,5 aprox. y 10 folios a espacio 1,5 para las reseñas. Se debe incluir, en castellano y en inglés, un resumen/abstract de 10 líneas con un máximo de 125 palabras y unas palabras clave (máximo cinco).

Los originales serán sometidos a **informes externos anónimos** que pueden: a) Aconsejar su publicación b) Desaconsejar su publicación c) Proponer algunos cambios. Derechos y Libertades no considerará la publicación de trabajos que hayan sido entregados a otras revistas y la entrega de un original a Derechos y Libertades comporta el compromiso que el manuscrito no será enviado a ninguna otra publicación mientras esté bajo la consideración de Derechos y Libertades. Los originales no serán devueltos a sus autores.

Se deben entregar en **soporte informático PC Word** a las direcciones electrónicas de la Revista (**fco-javier.ansuategui@uc3m.es**; **derechosylibertades@uc3m.es**). Para facilitar el **anonimato** en el informe externo, se deberá incluir una copia donde se deben omitir las referencias al autor del artículo y otra copia donde existan estas referencias. En un fichero aparte, se deben incluir los datos del autor, dirección de la Universidad, correo electrónico y un breve currículum en 5 líneas. Los autores de los artículos publicados recibirán un ejemplar de la Revista y 20 separatas.

Derechos y Libertades establece el uso de las siguientes **reglas de cita** como condición para la aceptación de los trabajos:

Libros: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Trabajos incluidos en volúmenes colectivos: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A. García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derechos del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCARPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*, Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Artículos contenidos en publicaciones periódicas: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

Con el fin de evitar la repetición de citas a pie de página se recomienda el empleo de expresión *cit.*. Como por ejemplo: M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, cit., nota 5).

INSTRUCTIONS FOR PUBLISHING ARTICLES IN DERECHOS Y LIBERTADES

Instructions for authors established following the norm AENOR UNE 50-133-94 (equivalent to ISO 215:1986) about *Presentation of articles in periodic and serial publications* and following the norm AENOR UNE 50-104-94 (equivalent to ISO 690: 1687) about *Bibliographic references*.

The maximum length of the articles, written in Times New Roman 12 and space 1,5, is 30 pages aprox. Books reviews maximum length should be 10 pages with 1,5 space. Also It has to be submitted an abstract of 10 lines with a maximum of 150 words and some keywords (max. 5) both in Spanish and English.

Originals will be submitted to an anonymous and external referee that could : a) advise their publication b) not advise their publication c) propose some changes. Derechos y Libertades will not consider the publication of articles which had been submitted to other reviews. An original should be submitted to Derechos y Libertades as a compromise that the manuscript will not be sent for any other publication while the time it is under Derechos y Libertades consideration for publishing. Originals will not be returned to their authors.

Articles should be submitted in Pc Word format to the Journal's e-mails (fcojavier.ansuategui@uc3m.es; derechosylibertades@uc3m.es). For facilitating the anonymity of the external referee, in one file author's details should be omitted. In a separated file, It should be included these details: author's name, University's address, author's e-mail address and a brief five-lines CV.

Authors of the published articles will receive an issue of the review and twenty copies of their own article.

Originals should be submitted in Spanish.

Derechos y Libertades establish the use of the following reference's rules as a condition for accepting the articles:

Books: E. DIAZ, *Estado de derecho y sociedad democrática*, Taurus, 9ª ed., Madrid, 1998.

Articles included in collective works: G. JELLINEK, "La declaración de derechos del hombre y el ciudadano", trad. de A.García Posada, en VV.AA., *Orígenes de la Declaración de Derecho del hombre y del ciudadano*, edición de J. González Amuchástegui, Editora Nacional, Madrid, 1984, pp 57-120; L. FERRAJOLI, "La semantica della teoria del diritto" en U. SCAPELLI (ed.), *La teoria general del diritto. Problemi e tendenze attuali*. Edizioni di Comunità, Milano, 1983, pp. 81-130.

Articles included in periodic publications: N. BOBBIO, "Presente y porvenir de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, núm. 1, 1981, pp. 2-28.

In order to avoiding the repetition of references is recommended the use of the expression *cit.*. As for instance, (M. WEBER, "La política como vocación", en Id., *El político y el científico*, *cit.*, nota 5).

DERECHOS Y LIBERTADES

BOLETÍN DE SUSCRIPCIÓN

Deseo suscribirme a “Derechos y Libertades” (Año 2018), dos números al año

Abonaré la cantidad de 44,00 € (IVA incluido) por la suscripción anual

Nombre y Apellidos _____

Institución _____

Dirección _____

CP _____ DNI/CIF _____

Población / Provincia _____

Teléfono _____ Fax _____

e-mail _____

Efectuaré el pago mediante domiciliación bancaria

(En caso de que no disponga de cuenta bancaria para hacer el pago, envíenos un e-mail a info@dykinson.com para buscar otra forma de pago)

Titular de la cuenta _____

Datos de la cuenta (IBAN incluido):

Firma (imprescindible)

Fecha:

Remitir a Dykinson, S.L. (C/ Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid – Fax 915446040)

Los datos que nos facilite serán tratados con la máxima confidencialidad. Serán incorporados a nuestros ficheros a efectos de informarle sobre bibliografía, teniendo usted derecho a solicitar su consulta, actualización o anulación.

DERECHOS Y LIBERTADES
Periodicidad semestral (enero-junio)

SUSCRIPCIONES (envío incluido)

Suscripción formato papel

2 números 44,00 €

Número suelto 25,00 €

Suscripción on-line

2 números 40,00 €

Número suelto 22,00 €

Artículo suelto 6,00 €



ÚLTIMOS TÍTULOS PUBLICADOS

- En defensa del estado de derecho. Debilidades y fortalezas del estado de derecho a propósito de las críticas de Carl Schmitt *por Campoy Cervera, Ignacio*
- El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral *por Marcos del Cano, Ana M^a (directora)*
- Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional *por Serra, María Laura*
- Nacidos para salvar. Un estudio ético-jurídico del “bebé medicamento” *por Pinto Palacios, Fernando*
- La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación *por Ara Pinilla, Ignacio*
- Razón y voluntad en el estado de derecho Un enfoque filosófico-jurídico *por Ansuátegui Roig, Francisco Javier*
- Reconstruir la ciudadanía *por Guichot Reina, Virginia*
- El derecho a la vivienda. Reflexiones en un contexto socioeconómico complejo *por González Ordovás, María José*
- Sobre discapacidad y derechos *por Asís Roig, Rafael de*
- El derecho y el poder. Realismo crítico y filosofía del derecho *por Díaz, Elías*
- Las víctimas del terrorismo en España *por Rodríguez Uribes, José Manuel*
- Democracia con motivos *por Jiménez Cano, Roberto M.*
- Rudolf von Jhering y el paradigma positivista. Fundamentos ideológicos y filosóficos de su pensamiento jurídico *por Lloredo Alix, Luis M.*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

CUADERNOS
"BARTOLOMÉ
DE LAS CASAS"



- Condición humana y derechos humanos. Algunas claves filosóficas para un modelo contemporáneo de derechos *por Barranco Avilés, M^a del Carmen*
- Diversidad de género, minorías sexuales y teorías feministas. Superposiciones entre las teorías de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales y el feminismo en la reformulación de conceptos y estrategias político-jurídicas *por Monereo Atienza, Cristina*
- Una mirada a la robótica desde los derechos humanos *por Asís Roig, Rafael de*
- El papel (est)ético de la literatura en la conmemoración del holocausto *por Fernández Gil, María Jesús*

Debates del Instituto Bartolomé de las Casas

- Los derechos de los reclusos y la realidad de las cárceles españolas. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas *por Campoy Cervera, Ignacio*
- Los derechos sociales y su exigibilidad. Libres de temor y miseria *por Ribotta, Silvina y Rossetti, Andrés (eds.)*
- La Laicidad *por Pele, Antonio*
- Ética y medicina *por Ramiro Avilés, Miguel Ángel*
- Terrorismo, justicia transicional y grupos vulnerables *por Dorado Porras, Javier*

CONSULTE TODOS LOS TÍTULOS DE LA COLECCIÓN EN
www.dykinson.com

